

FORMEZ PA

FRA LE CHIARIFICAZIONI DEL  
T.U. DELLE SOCIETÀ  
PARTECIPATE IN MANO PUBBLICA

**Marco Villani**

Novembre 2016



# IL CASO DELLE IN HOUSE

---

## LORO STORIA ED EVOLUZIONE GIURIDICA

---

Molteplici lodevoli obiettivi sono stati raggiunti con la redazione del Testo Unico in materia di società a partecipazione pubblica che - come già avevamo rilevato ma ha più autorevolmente notato il Consiglio di Stato - ha il merito “di ricondurre ad unità ... disposizioni e regolamentazioni su materie per le quali ... il legislatore era più volte intervenuto in modo assai spesso non ordinato e organico” ed ha così posto un solido argine allo sbriciolamento dell’istituto delle realtà economiche in mano pubblica prodottosi nel tempo. Affrontato ripetutamente nel tempo con un accavallarsi di interventi episodici, è il tema delle società *in house*, stretto fra il principio comunitario a tutela della concorrenza nel mercato e le esigenze di auto-organizzazione delle amministrazioni pubbliche. Intorno a tale fenomeno, giunto ora a costituire un vero e proprio tipo societario, si dibatte da decenni fra pronunce giurisprudenziali, comunitarie e nazionali – non sempre dello stesso verso -, e puntuali e parziali interventi normativi.

Le società *in house* hanno spiccata connotazione pubblica, sono chiamate a realizzare una “specifica missione” nell’interesse pubblico. La loro peculiarità principale – come recita la giurisprudenza comunitaria – è che possono ottenere affidamenti, anche molto rilevanti, direttamente dalle amministrazioni pubbliche committenti, senza che si debba ricorrere alle procedure selettive di evidenza pubblica poste a garanzia della concorrenza del mercato.

L’affidamento *in house* costituisce uno strumento alternativo all’applicazione della disciplina comunitaria in materia di appalti, consentendo alla Pubblica Amministrazione di ricorrere direttamente a soggetti sottoposti al proprio controllo al fine di reperire beni e servizi oppure per garantire ai cittadini/utenti le prestazioni fondamentali di un pubblico servizio.

Questo tipo di società è espressione della creazione giurisprudenziale che lo ha modellato per mezzo di affinamenti progressivi. Il primo sostanziale riconoscimento si è avuto ad opera della giurisprudenza comunitaria che, come ha avuto modo di scrivere Maurizio Mirabella, è sempre sensibile ed attenta alle trasformazioni socio-economiche e giuridiche

della collettività organizzata e nel lontano 1999, con la citatissima sentenza Tekal, in causa C-107/1998, sviluppando precedenti pronunce che delineavano una delegazione inter-organica fra amministrazione pubblica affidante ed il soggetto giuridico affidatario, ha individuato un legittimo legame convenzionale purché, fra i soggetti, ricorrano i requisiti del controllo analogo (quale controllo diretto e stringente del soggetto economico da parte dell'amministrazione) e la contestuale prevalenza dell'attività esercitata dal soggetto economico in favore della realtà pubblica vigilante. La presenza di queste condizioni ha portato il giudice comunitario ad affermare l'assenza di una frattura intersoggettiva fra le due parti, quindi ad individuare una nuova forma di legame fra la Pubblica Amministrazione ed un soggetto economico diverso da se ma non sufficientemente estraneo.

Il tempo ha registrato un rincorrersi di pronunce la cui lettura portava o a reciproche precisazioni o al contrapporsi di aperture in sede nazionale cui seguivano sentenze comunitarie che tornavano a circoscrivere, in maniera rigorosa, tale strumento e viceversa<sup>1</sup>. Specialmente negli ultimi anni rigidità e straordinarietà, da una parte, si

---

<sup>1</sup>È bene, in tale sede, ripercorrere brevemente le pronunce più significative in proposito. Con la Sentenza “Stadt Hall” del gennaio 2005 (C-26/03) la Corte di Giustizia europea si è espressa sull'impossibilità di affidamento diretto di un servizio ad una società partecipata dall'Amministrazione aggiudicatrice se a tale società partecipino, anche se in via minoritaria, imprese private. Secondo la Corte, infatti, la partecipazione anche minoritaria di un'impresa privata al capitale di una società alla quale partecipi anche l'Amministrazione aggiudicatrice è sufficiente ad escludere, in ogni caso, che tale Amministrazione possa esercitare sulla detta società un controllo analogo a quello che essa esercita sui propri servizi.

Sempre nello stesso anno, con la Sentenza “Parking brixen” (C-458/03), la Corte ribadisce che le disposizioni e i principi contenuti nel Trattato CE (tra i quali la libertà di stabilimento e la libera prestazione dei servizi, nonché i principi di parità di trattamento, di non discriminazione e di trasparenza) ostano a che un'autorità pubblica attribuisca, senza svolgimento di pubblica gara, una concessione di pubblici servizi a una società per azioni nata dalla trasformazione di un'azienda speciale della medesima autorità pubblica che abbia comportato l'estensione dell'oggetto sociale a nuovi importanti settori, l'ampliamento dell'ambito territoriale di attività, l'apertura del proprio capitale sociale ad altri azionisti e la costituzione di un Consiglio di amministrazione avente amplissimi poteri di gestione tali da essere esercitati autonomamente. Di conseguenza, in tali casi, l'attribuzione non può essere considerata un'operazione interna (in house).

Nel maggio del 2006, con la Sentenza “Carbotermo” (C-340/04), viene stabilito dalla Corte di Giustizia che ai fini dell'affidamento in house la partecipazione pubblica totalitaria è necessaria ma non sufficiente, visto che per giustificare la deroga alle regole comunitarie di evidenza pubblica occorrono anche ulteriori strumenti di controllo da parte dell'Ente rispetto a quelli previsti dal diritto civile, occorrendo, infatti, la presenza di maggiori poteri esercitati dall'Ente pubblico rispetto a quelli che il diritto societario riconosce alla maggioranza sociale e la mancanza da parte della società di una vera e propria vocazione commerciale che ne renderebbe incerto il controllo da parte dello stesso Ente pubblico. Ai fini poi dell'individuazione del requisito della parte più importante di attività da svolgere per conto dell'Ente pubblico, è ribadito che svolge la parte più importante della propria attività con l'Ente locale che la detiene, l'impresa che destina principalmente la propria attività all'Ente in questione, risultando avere ogni altra attività solo un carattere marginale. Tale apprezzamento spetta all'organo giudicante sulla base di tutte le circostanze del caso di specie, sia qualitative sia quantitative (fatturato compreso).

Nel 2008, con l'Adunanza Plenaria n.1, interviene il Consiglio di Stato che – nel ribadire il concetto secondo il quale anche nell'ambito dei servizi pubblici deve essere assicurata l'apertura alla concorrenza, *(più di pagina continua)*

sono alternate con interpretazioni di apertura per le esigenze di autoproduzione delle amministrazioni che hanno raggiunto – perfino – il limite della “normalità” dell’esecuzione di attività a mezzo *in house*.

---

costituendo i requisiti dell'*in house providing* un’eccezione alle regole generali del diritto comunitario – ritiene, sulla scia della succitata Sentenza Stadt Hall della Corte di Giustizia europea, che la sussistenza del controllo analogo viene esclusa in presenza di una compagine societaria composta anche da capitale privato, essendo necessaria la partecipazione pubblica totalitaria. Infatti, la partecipazione (pure minoritaria) di un’impresa privata al capitale di una società, alla quale partecipi anche l’amministrazione aggiudicatrice, esclude in ogni caso che tale amministrazione possa esercitare su detta società un controllo analogo a quello che essa svolge sui propri servizi. Occorre, quindi, che l’Ente posseda l’intero pacchetto azionario della società affidataria.

L’anno successivo, tuttavia, con un’altra importante pronuncia sempre in materia di affidamento in house (C-573/07), interviene nuovamente la Corte di giustizia europea che – chiamata a decidere sulla compatibilità con il diritto comunitario dell’affidamento diretto di un servizio ad una S.p.A. a capitale interamente pubblico nel cui statuto era prevista però la possibilità di entrata nel capitale societario da parte di investitori privati – si allontana dal suo precedente orientamento restrittivo (secondo cui bastava la sola previsione nello statuto della società pubblica di una eventuale apertura al capitale privato per escludere il requisito del controllo analogo) e afferma che l’ingresso di capitale privato e la previsione contenuta nello statuto della società aggiudicataria di fornire servizi ad operatori economici privati non impedisce che l’obiettivo principale di detta società rimanga la gestione di servizi pubblici, cosicché tale previsione non è sufficiente per sostenere una vocazione commerciale della società. Nello stesso anno il Consiglio di Stato, con la Sentenza n. 1365/2009, interviene sulla questione riguardante il requisito del controllo analogo nel caso di società partecipate da una pluralità di enti pubblici, affermando, in linea con la giurisprudenza della Corte di Giustizia europea, che nel caso di società partecipate da più Enti pubblici, il controllo della mano pubblica sul soggetto affidatario deve essere effettivo, ancorché esso venga esercitato congiuntamente dalla pluralità degli Enti pubblici soci della società mediante deliberazioni adottate con il criterio della maggioranza. Tale tema della configurabilità dell'*in house providing* nel caso di partecipazione azionaria frazionata tra più Enti pubblici affidanti è stato poi ripreso dalla Corte di Giustizia nel 2012 in particolare con una Sentenza (Causa C-182/11) nella quale i giudici comunitari hanno affermato il principio secondo cui “ove più autorità pubbliche facciano ricorso ad un’entità comune ai fini dell’adempimento di un compito comune di servizio pubblico, non è indispensabile che ciascuna di esse detenga da sola un potere di controllo individuale su tale entità; ciononostante, il controllo esercitato su quest’ultima non può fondarsi soltanto sul potere di controllo dell’autorità pubblica che detiene una partecipazione di maggioranza nel capitale dell’entità in questione, e ciò perché, in caso contrario, verrebbe svuotata di significato la nozione stessa di controllo congiunto”. In altre parole, quando più autorità pubbliche, nella loro veste di amministrazioni aggiudicatrici, istituiscono in comune un’entità in grado di svolgere attività di servizio pubblico ad esse spettanti, tali autorità, per essere dispensate dal loro obbligo di avviare una procedura di aggiudicazione di appalto pubblico in conformità alle norme del diritto dell’Unione europea, debbono esercitare congiuntamente sull’entità in questione un controllo analogo a quello che esse sono in grado di esercitare sui propri servizi; questa condizione è soddisfatta qualora ciascuna delle autorità stesse partecipi sia al capitale sia agli organi direttivi dell’entità suddetta. Sempre la stessa Corte di Giustizia, poi, nel 2014 (C- 15/13), nel nome di una concorrenza aperta e non falsata in tutti gli Stati membri, ha ulteriormente rimarcato il concetto di deroga degli affidamenti in house rispetto alla regola degli appalti pubblici non riconoscendo esistente, nel caso specifico, alcuna relazione di controllo tra una Università tedesca, amministrazione aggiudicatrice, e l’entità affidataria rappresentata da una impresa di diritto privato detenuta dallo stesso Stato federale tedesco. Sennonché nel 2015, con la Sentenza n. 257, il Consiglio di Stato ha precisato che l’affidamento diretto *in house* – lungi dal configurarsi come un’ipotesi eccezionale e residuale di gestione dei servizi pubblici locale – costituisce invece una delle (tre) normali forme organizzative delle stesse (oltre alla gara ad evidenza pubblica e al partenariato pubblico-privato per mezzo di una società mista), con la conseguenza che la decisione di un Ente in ordine alla concreta gestione dei servizi pubblici locali, ivi compresa quella di avvalersi dell’affidamento diretto in house (sempre che ne ricorrano tutti i requisiti delineatisi per effetto della normativa comunitaria e della relativa giurisprudenza), costituisce frutto di una scelta ampiamente discrezionale, che deve essere adeguatamente motivata circa le ragioni di fatto e di convenienza che la giustificano e che, come tale, sfugge al sindacato di legittimità del giudice amministrativo, salvo che non sia manifestamente inficiata da illogicità, irragionevolezza, irrazionalità ed arbitrarietà, ovvero non sia fondata su di un altrettanto macroscopico travisamento dei fatti.

Nel nostro Paese il legislatore cominciò ad abbozzare il modello per far fronte, inizialmente, alle necessità degli Enti Locali, quando questi, all'inizio degli anni '90, cominciarono ad avere funzioni operative di sempre più ampio rilievo.

Il nostro legislatore è così intervenuto più volte nel corso degli anni in materia di società partecipate, attraverso disposizioni legate soprattutto alla modalità di affidamento e gestione dei servizi pubblici locali che è bene qui di seguito richiamare ed esaminare.

Già nel 1990 l'art. 22 della legge n. 142 sull'Ordinamento delle autonomie locali, confluito poi nell'art. 113 del Testo Unico delle leggi sull'ordinamento degli Enti locali (d. lgs. 267 del 2000), prevedeva espressamente la costituzione di apposite società a prevalente capitale pubblico locale ogni qual volta era rilevata l'opportunità, in relazione alla natura o all'ambito territoriale del servizio da erogare, della partecipazione di altri soggetti pubblici o privati. Tale disciplina dettata dall'art. 113 T.U.E.L., che attribuiva di fatto all'Amministrazione locale una sorta di potere assoluto nella scelta tra esternalizzazione e affidamento *in house*, non fu in Europa favorevolmente accolta per via di un profilo apparentemente incompatibile con l'orientamento comunitario secondo cui l'affidamento *in house* avrebbe dovuto essere considerato uno strumento del tutto eccezionale tale da intervenire, ad esempio, solo nel caso di assoluta rigidità o fallimento del mercato comportando una continua riscrittura del testo. È allora intervenuta la legge finanziaria per il 2002 (l. 448/2001) che ha introdotto nel T.U.E.L. l'art. 113 *bis* il quale, nell'effettuare una distinzione tra servizi pubblici di rilevanza industriale e servizi privi di tale rilevanza, ha sancito solo verso questi ultimi l'operabilità dell'affidamento diretto, peraltro a favore soltanto di istituzioni, aziende speciali e società di capitali costituite o partecipate dagli Enti locali e regolate dal codice civile (non trovando quindi più spazio il modello della società di capitali scelta in base a procedura ad evidenza pubblica). Per i servizi aventi rilevanza industriale era sancita, invece, la regola dell'obbligatorietà della gara con procedura ad evidenza pubblica che portava, quindi, al superamento del sistema dell'affidamento diretto alle società miste a partecipazione pubblica locale. Sennonché, con sentenza n. 272 del 2004, la Corte Costituzionale ha dichiarato l'illegittimità delle disposizioni contenute nel suddetto art. 113 *bis* del T.U.E.L. per via della "illegittima compressione" dell'autonomia regionale che ne derivava, risultando l'intervento del legislatore nazionale "ingiustificato e non proporzionato rispetto all'obiettivo della tutela della concorrenza".

È quindi intervenuto, dopo qualche anno, l'art. 23 *bis* del d.l. n. 112 del 2008, convertito nella l. n. 133/2008 e modificato nel 2009, introdotto al fine di (ri)disciplinare l'affidamento e la gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, in applicazione della disciplina comunitaria, al fine di favorire la più ampia diffusione dei principi di concorrenza, libertà di stabilimento e libera prestazione dei servizi di tutti gli operatori economici interessati alla gestione di servizi di interesse generale in ambito locale, nonché al fine di garantire il diritto di tutti gli utenti alla universalità ed accessibilità dei servizi pubblici locali e al livello essenziale delle prestazioni, ai sensi dell'articolo 117, secondo comma, lettere *e*) e *m*), della Costituzione. Il suddetto art. 23 *bis*, nel riformare la disciplina fino a quel momento regolata dall'art. 113 del T.U.E.L., distingueva le due seguenti modalità di conferimento e gestione dei servizi: 1) modalità ordinaria di conferimento a favore di imprenditori o di società, in qualunque forma costituite, individuati mediante procedure competitive ad evidenza pubblica – nel rispetto dei principi del Trattato istitutivo della Comunità europea e dei principi generali relativi ai contratti pubblici – nonché a favore di società miste a partecipazione pubblica e privata, a condizione che la gara, oltre alla qualità del socio, avesse ad oggetto anche lo stesso affidamento del servizio; 2) modalità di conferimento “in deroga” per mezzo della quale – in presenza di situazioni eccezionali che, a causa di peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento, non consentivano un efficace e utile ricorso al mercato – l'affidamento poteva avvenire a favore di società a capitale interamente pubblico, partecipate dall'Ente locale, in possesso dei requisiti richiesti dall'ordinamento comunitario per la gestione *in house* (e, comunque, nel rispetto dei principi della disciplina comunitaria in materia di controllo analogo e di prevalenza dell'attività svolta dalla stessa società con l'Ente o gli Enti pubblici che la controllano). Tuttavia, a seguito del referendum popolare del 2011, l'intero articolo 23 *bis* del d.l. n. 112 del 2008 è stato abrogato dal D.P.R. n. 113/2011. Per effetto di tale abrogazione – tenuto conto delle ragioni del quesito referendario sulla maggiore libertà di scelta degli Enti locali sulle forme di gestione dei servizi pubblici locali, anche attraverso internalizzazione e società *in house* –, come rilevato anche dal Consiglio di Stato con la Sentenza n. 762 del 2013, è venuto meno il principio della eccezionalità del modello *in house* nella gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica così come delineato dalla disposizione abrogata. Successivamente a tale pronuncia di incostituzionalità, sempre in materia di società pubbliche e di affidamenti diretti, è intervenuto nuovamente il legislatore con la legge n. 135 del 2012 di conversione del d.l. 95/2012 in materia di

“spending review”, disponendo alternativamente lo scioglimento o l’alienazione delle partecipazioni delle società controllate direttamente o indirettamente dalle PP.AA. che avessero raggiunto nel 2011 un fatturato da prestazione di servizi, a favore delle medesime PP.AA., superiore al 90%. Anche tale disposizione è stata però oggetto di una pronuncia della Corte Costituzionale che ne ha sancito l’illegittimità, con Sentenza n. 229 del 2013, per invadenza dell’autonomia organizzativa regionale. Resta però vigente il comma 8 dell’art. 4 del suddetto decreto del 2012 sulla revisione della spesa pubblica che, nel testo modificato dall’art. 34 del d.l. 179/2012 (convertito con modificazioni dalla l. 221/2012), stabilisce espressamente che *“a decorrere dal 1° gennaio 2014 l’affidamento diretto può avvenire solo a favore di società a capitale interamente pubblico, nel rispetto dei requisiti richiesti dalla normativa e dalla giurisprudenza comunitaria per la gestione in house”*. Inoltre, il comma 20 sempre del suddetto art. 34 del d.l. 179/2012 prevede un importante obbligo in capo alla P.A. affidante stabilendo che: *“per i servizi pubblici locali di rilevanza economica, al fine di assicurare il rispetto della disciplina europea, la parità tra gli operatori, l’economicità della gestione e di garantire adeguata informazione alla collettività di riferimento, l’affidamento del servizio è effettuato sulla base di apposita relazione, pubblicata sul sito internet dell’ente affidante, che dà conto delle ragioni e della sussistenza dei requisiti previsti dall’ordinamento europeo per la forma di affidamento prescelta e che definisce i contenuti specifici degli obblighi di servizio pubblico e servizio universale, indicando le compensazioni economiche se previste”*. Quanto previsto dal predetto comma 20 risponde alla logica della trasparenza sulla valutazione degli interessi ai fini della scelta dell’affidamento alla società *in house*. Come rilevato, infatti, recentemente dal Tar di Brescia nella sentenza n. 691 del 2016, è comunque indubbia la natura discrezionale della scelta da parte dell’Ente locale di garantire un determinato servizio ai cittadini attraverso una certa modalità organizzativa piuttosto che un’altra (ricorrendo quindi anche all’*in house*).

In questo percorso è intervenuta nel 2014 la Direttiva comunitaria 2014/24/UE sugli appalti pubblici che, pur non disciplinando l’istituto in maniera esplicita, ha fissato per la prima volta a livello normativo le condizioni di esclusione che devono necessariamente sussistere affinché l’affidamento diretto a favore di tali società sia lasciato fuori dal campo di applicazione della stessa direttiva sugli appalti pubblici in linea con l’evoluzione normativa rappresentata e sporgendosi – se così si può dire - un poco oltre. Nel “considerato”<sup>5</sup> della direttiva settori ordinari n. 2014/24/UE sancisce che nessuna disposizione obbliga gli Stati membri ad affidare a terzi o ad esternalizzare la prestazione di servizi che desiderano prestare essi stessi o organizzare con strumenti diversi dagli appalti pubblici. Il modello *in house* è, pertanto, riconosciuto come modalità di gestione



ordinaria dei servizi pubblici alternativa rispetto all'affidamento attraverso selezione pubblica e dunque non come una mera eccezione alla regola. Per di più, l'art. 12 della medesima Direttiva UE, sempre in merito all'*in house providing*, stabilisce che un appalto pubblico aggiudicato da un'Amministrazione a una persona giuridica di diritto pubblico o di diritto privato non rientra nell'ambito di applicazione della stessa direttiva sugli appalti quando siano soddisfatte tutte le seguenti condizioni:

- a) *l'amministrazione aggiudicatrice esercita sulla persona giuridica di cui trattasi un controllo analogo a quello da essa esercitato sui propri servizi;*
- b) *oltre l'80 % delle attività della persona giuridica controllata sono effettuate nello svolgimento dei compiti ad essa affidati dall'amministrazione aggiudicatrice controllante o da altre persone giuridiche controllate dall'amministrazione aggiudicatrice di cui trattasi;*
- c) *nella persona giuridica controllata non vi è alcuna partecipazione diretta di capitali privati, ad eccezione di forme di partecipazione di capitali privati che non comportano controllo o potere di veto, prescritte dalle disposizioni legislative nazionali, in conformità dei trattati, che non esercitano un'influenza determinante sulla persona giuridica controllata.*

Inoltre, il d. lgs. n. 50 del 2016, nel dare attuazione alla più volte citata Direttiva UE, ha espressamente previsto, al secondo comma dell'art. 192, rubricato "Regime speciale degli affidamenti in house", che "*ai fini dell'affidamento in house di un contratto avente ad oggetto servizi disponibili sul mercato in regime di concorrenza, le stazioni appaltanti effettuano preventivamente la valutazione sulla congruità economica dell'offerta dei soggetti in house, avuto riguardo all'oggetto e al valore della prestazione, dando conto nella motivazione del provvedimento di affidamento delle ragioni del mancato ricorso al mercato, nonché dei benefici per la collettività della forma di gestione prescelta, anche con riferimento agli obiettivi di universalità e socialità, di efficienza, di economicità e di qualità del servizio, nonché di ottimale impiego delle risorse pubbliche*"; ciò in perfetta linea con la sopra descritta disposizione contenuta nell'art. 34 del d.l. 179 del 2012 sull'obbligo di rendere conoscibili le valutazioni della P.A. nella scelta del modello più economico ed efficiente. Preme anche ricordare che sempre all'art.192, nel 1 comma, è previsto un adempimento importante ai fini della trasparenza e della preventiva pubblicità delle realtà, con l'istituzione presso l'ANAC di un elenco di enti aggiudicatari di affidamenti *in house* o che esercitino funzioni di controllo o collegamento tali da permettere forme di affidamento diretto ad enti strumentali.

Inoltre, con il recentissimo d.lgs. 175 del 19 agosto 2016 (“Testo Unico in materia di società a partecipazione pubblica”), il legislatore è intervenuto in materia di società partecipate cercando, una volta per tutte, di operare una chiara distinzione tra i tipi di società operanti in ambito pubblico a seconda degli interessi pubblici di riferimento e di razionalizzare le partecipazioni pubbliche secondo criteri di efficienza, efficacia ed economicità nonché di definire un preciso regime di responsabilità degli amministratori, dei dipendenti e degli organi di gestione e controllo delle società partecipate (per la cui disamina si rinvia all’articolo citato all’inizio e pubblicato su questo blog, in data 12 ottobre, dal titolo “Responsabilità per danni arrecati al patrimonio delle società partecipate”). In tale quadro, definitivamente, l’organismo «*in house*» (al di là del formale «velo societario») si qualifica come mera articolazione organizzativa interna dell’ente o organismo che lo controlla, in tal modo qualificando l’istituto medesimo come legittima declinazione del generale principio dell’autoproduzione (ovvero, per utilizzare la pregnante terminologia della direttiva 2014/23/UE, come corollario del «principio di libera amministrazione delle autorità pubbliche»; Consiglio di Stato; Sezione VI; 18 maggio 2015 n. 2515).

Se quindi la giurisprudenza comunitaria, ancor prima del Legislatore, è dovuta spesso intervenire sull’argomento delle società *in house* per coprire il vuoto legislativo e regolamentare dei vari ordinamenti nazionali in materia, una pietra miliare è rappresentata proprio dal suddetto T.U. con il quale si è inteso operare un riordino e una semplificazione normativa della disciplina in materia di partecipazioni societarie delle Amministrazioni pubbliche. Tale Decreto, oltre ad operare, come sopra specificato, una chiara distinzione tra i tipi di società in ambito pubblico, interviene in questo complesso settore tipizzando espressamente il modello *in house*, ridefinendo le condizioni e i limiti per la costituzione di società, l’assunzione e il mantenimento di partecipazioni societarie da parte di amministrazioni pubbliche entro il perimetro dei compiti istituzionali o di ambiti strategici per la tutela di interessi pubblici rilevanti e definendo un preciso regime di responsabilità degli amministratori, dei dipendenti e degli organi di gestione e controllo delle società partecipate. Proprio in merito a quest’ultimo punto, l’art. 12 del suddetto Decreto (rubricato “Responsabilità degli enti partecipanti e dei componenti degli organi delle società partecipate”) ha inteso fornire una precisa definizione del regime di responsabilità stabilendo espressamente, al primo comma, che “i componenti degli organi di amministrazione e controllo delle società partecipate sono soggetti alle azioni

civili di responsabilità previste 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”. Il dato ancor più interessante è che nel devolvere, sempre attraverso il primo comma, alla Corte dei Conti, nei limiti della quota di partecipazione pubblica, la giurisdizione sulle controversie in materia di danno erariale, tale articolo ha inteso, al comma successivo, indicare una puntuale definizione dello stesso stabilendo 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”. Con tale disposizione è stato pertanto non solo recepito dal Legislatore l'orientamento giurisprudenziale sulla giurisdizione della Corte dei Conti nel caso di danno erariale causato da amministratori e dipendenti di una società *in house*, ma si è anche voluto dare una opportuna definizione di danno erariale collegandolo agli aspetti patrimoniali e non patrimoniali dell'ente partecipante. Inoltre è stata anche puntualizzata la responsabilità dei rappresentanti degli enti pubblici partecipanti e di coloro che hanno il potere di decidere per essi. L'art. 16 (rubricato “Società in house”), sempre del suddetto T.U., nel disciplinare il nuovo assetto organizzativo della società in house – nel quale, in coerenza con le direttive europee (2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE), si ammette anche la presenza dei capitali privati purché in forme che non implicino poteri di controllo o di veto, né l'esercizio di influenza determinante sulla società controllata – opera una sorta di vero e proprio coordinamento con le disposizioni relative agli appalti pubblici, come dimostra, tra gli altri, l'espresso richiamo, contenuto nell'ultimo comma, al d.lgs. 50 del 2016 mediante il quale, come detto, è stata data attuazione alle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché sul riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture. Più in dettaglio si precisa, al comma 3, che gli statuti delle società in house *devono prevedere che oltre l'ottanta per cento del loro fatturato sia effettuato nello svolgimento dei compiti a esse affidati dall'ente pubblico o dagli enti pubblici soci e che la produzione ulteriore rispetto al suddetto limite di fatturato sia consentita solo a condizione che la stessa permetta di conseguire economie di scala o altri recuperi di efficienza sul complesso dell'attività principale della società*. Inoltre, il mancato rispetto di tale limite quantitativo costituisce grave

irregolarità ai sensi dell'articolo 2409 del codice civile e dell'articolo 15 del medesimo T.U.

Se dunque per molti, forse troppi, anni il ricorso fin troppo facile alla costituzione di Società *in house* ha lasciato spazio, a causa di un rilevante vuoto normativo, a giustificati dubbi sulla legittimità e sul corretto utilizzo di alcuni affidamenti diretti soprattutto nel settore dei servizi di interesse economico generale, attualmente, sulla base della nuova disciplina favorita anche dalle cospicue pronunce giurisprudenziali, non c'è dubbio che la decisione di non esternalizzare l'attività da parte di un ente pubblico può essere una scelta legittima purché efficacemente motivata, dovendosi dimostrare che la scelta organizzativa interna si risolve in un maggiore vantaggio per i cittadini. Tale impostazione che nega la presenza di una mera discrezionalità in capo all'amministrazione pubblica, o, per meglio dire, vincola la decisione dell'amministrazione al mero vantaggio per la collettività, risulta di sicuro in linea con il principio generale di tutela della concorrenza espressamente richiamato dall'art. 1 comma 2 del suddetto T.U.

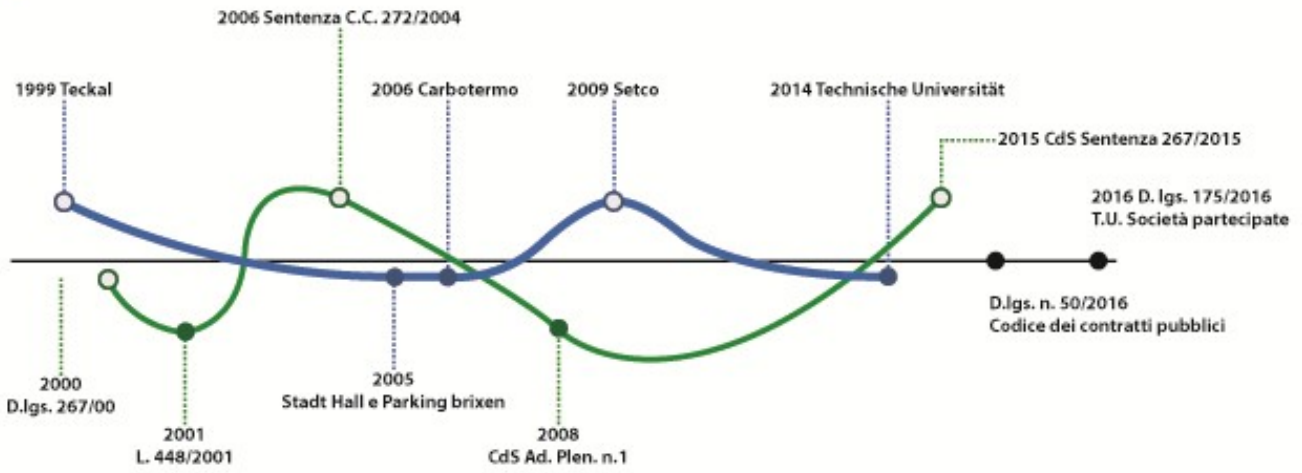
È ancora presto per dire quali saranno i risvolti di tale nuovo assetto, ma oramai non si è più in un terreno incerto e le scelte del legislatore forniscono agli operatori una certezza: d'ora in poi ci si potrà avvalere degli strumenti ritenuti più idonei per tutelare l'interesse pubblico, fra questi anche le strutture a partecipazione pubblica ed *in house*. Ciò che riguarda la collettività e, dunque, tutti noi cittadini, deve essere gestito in maniera rigorosa e trasparente al solo scopo di garantire la realizzazione del corrispondente interesse pubblico da perseguire.

La speranza è che ora si compia un ulteriore sforzo ed ottengano pieno riconoscimento le realtà *in house* davvero efficaci ed efficienti, degne della loro "tipicità", che soddisfano le esigenze collettive dei cittadini utenti, e ne siano riconosciuti i meriti voltando pagina per tutte quelle organizzazioni economiche che, al contrario, fino ad ora non si sono dimostrate degne.

U.E. 

○ Orientamento di apertura

● Orientamento di chiusura



Italia 

○ Orientamento di apertura

● Orientamento di chiusura

