



UNIVERSITA'
POLITECNICA
DELLE MARCHE

DOTTORATO DI RICERCA IN MANAGEMENT E LAW

CURRICULUM DIRITTO DELL'ECONOMIA

XXXIV ciclo - 20° CICLO N.S.

LO STRANO CASO DELLA FALLIBILITA' DELLE SOCIETA'

PUBBLICHE IN HOUSE PROVIDING

RELATORE

CHIAR.MO PROF. PIETRO MARIA PUTTI

DOTTORANDO

MICHELE CIMINO

INDICE

INTRODUZIONE.....	1
CAPITOLO I: LE SOCIETÀ A PARTECIPAZIONE PUBBLICA	4
1. L'ORIGINE DEL FENOMENO DELLE SOCIETÀ A PARTECIPAZIONE PUBBLICA	4
2. LA NATURA GIURIDICA DELLE SOCIETÀ A PARTECIPAZIONE PUBBLICA.....	10
3. LE SOCIETÀ IN HOUSE PROVIDING	15
3.1. SULLA REALE NATURA DELLE SOCIETÀ' IN HOUSE ALLA LUCE DEL T.U.S.P.	24
3.2. I REQUISITI DELLE SOCIETÀ IN HOUSE	29
3.2.1. Controllo analogo ed eterodirezione.....	43
4. MODALITÀ DI AFFIDAMENTO DEI SERVIZI PUBBLICI.....	50
4.1. LE NUOVE FORME DELL' <i>IN HOUSE</i>	54
4.2. L'AFFIDAMENTO IN HOUSE TRA REGOLA ED ECCEZIONE	58
4.3 L'AFFIDAMENTO IN HOUSE TRA LINEE GUIDA E PNRR.....	73
CAPITOLO II: LA FALLIBILITÀ DELLE SOCIETÀ IN HOUSE	85
1. LA CRISI D'IMPRESA NEL CODICE CIVILE E NEL D.LGS. 14/2019	85
2. L'ALLERTA NEL C.C.I.: DA GESTIONE DELL'EMERGENZA A CULTURA DELLA PREVENZIONE.	88
3. IL PRESUPPOSTO OGGETTIVO DELL'ALLERTA NELLE SOCIETÀ PARTECIPATE	91
3.1. IL RAPPORTO TRA L'ALLERTA PREVISTA DAL T.U.S.P. E QUELLA IPOTIZZATA DAL C.C.I.....	95
3.2. L'ART. 14 DEL TESTO UNICO SULLE SOCIETÀ PARTECIPATE	98
CONCLUSIONI.....	120
BIBLIOGRAFIA	123

INTRODUZIONE

L'esercizio dell'attività d'impresa da parte delle Pubbliche Amministrazioni è un fenomeno che ha le proprie origini nella seconda metà del 1800, seppur in forme differenti da quelle attuali. Lo strano caso delle società *in house* è infatti piuttosto recente, ma, nonostante ciò, ha sempre alimentato un forte dibattito su aspetti diametralmente opposti che hanno riguardato tanto la reale natura dell'istituto, sulla base degli orientamenti giurisprudenziali e della disciplina nazionale e sovranazionale, quanto la sua fallibilità alla luce del Testo Unico sulle Società Partecipate e del Codice della Crisi d'Impresa. L'assenza di una posizione univoca sulla natura giuridica di tali società ha innescato, sul finire degli anni '90, un acceso dibattito giurisprudenziale, che traendo le mosse dalla configurazione giuridica delle società *in house*, ha finito per investire il concetto di affidamento *in house* (*ex multis Corte Giust. CE 18 novembre 1999, causa C-107/98, Teckal Srl c. Comune di Viano, 11 gennaio 2005, causa C-26/03 Stadt Halle*), e in particolare a quelle procedure, in deroga alla disciplina dei contratti pubblici, che consistono nell'affidare un'attività a soggetti che, dal lato decisionale e funzionale, non possono essere considerati distinti dall'Amministrazione affidante.

Se inizialmente, sussisteva un'univoca posizione sul modello *in house*, classificato come eccezione alla regola ordinaria dell'affidamento tramite gara (Corte Cost., 17 novembre 2010, n. 325; Corte Cost., 20 marzo 2013, n. 46), successivamente aveva prevalso la tesi per cui l'*in house* fosse

un'alternativa, dettata da ragioni diverse, alle gare pubbliche e non un *minus* rispetto alle stesse, in piena esplicazione di un principio di autodeterminazione delle amministrazioni pubbliche.

Questo scenario è però mutato tra la fine del 2020 e l'inizio del 2021, con il superamento da parte della giurisprudenza amministrativa della teoria dell'equiparazione tra *in house* ed evidenza pubblica, ritenendo la prima residuale e subordinata alla seconda. Ciò, anche in virtù delle decisioni della Corte di Giustizia (Sez. IX, 6 febbraio 2020, n. 89/19 e C- 91/19) e della sentenza della Corte Costituzionale n. 100/2020.

Tale *revirement* è stato espresso in maniera più o meno stringente dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato e dei TAR, spingendo l'ANAC ad attivare una consultazione volta a predisporre nuove Linee Guida, in merito al rapporto tra queste due realtà e alla funzione determinante assorta dalla motivazione rafforzata richiesta dall'art. 192 d.lgs. n. 50/2016, espressione di quel dibattito mai sopito sulla natura dell'*in house*.

Dalle Linee Guida è apparso come l'intento dell'ANAC, di inserire una motivazione più che rafforzata, fosse orientato a rimediare alle omissioni in sede istruttoria da parte delle Amministrazioni, soprattutto locali, che nella gran parte dei casi tendono a preferire l'affidamento *in house* alla gara pubblica, in spregio alle norme nazionali e sovranazionali in tema di concorrenza e trasparenza.

In tale quadro si è inserito anche il testo del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR), presentato il 25 aprile 2021 dal Governo al Parlamento per l'avvio del procedimento legislativo, che detta alcuni principi in tema di *in house* e servizi pubblici e la tanto agognata riforma del Codice della Crisi d'Impresa, che ha inciso fortemente sulla materia della fallibilità delle *società in house* a chiosa di un iter già avviato con il Testo Unico sulle Società Partecipate, mettendo la parola fine, quantomeno per adesso, all'accesa tenzone dottrinale e giurisprudenziale sul punto.

CAPITOLO I: LE SOCIETÀ A PARTECIPAZIONE PUBBLICA

1. L'ORIGINE DEL FENOMENO DELLE SOCIETÀ A PARTECIPAZIONE PUBBLICA

L'esercizio di attività d'impresa da parte delle Pubbliche Amministrazioni è un fenomeno che ha le proprie origini nella seconda metà del 1800, in particolare la prima impresa pubblica a nascere in Italia nel 1863 fu la Cassa depositi e prestiti ad opera del Ministero delle Finanze, esperienza che servì da volano per una progressiva partecipazione dello Stato al mondo dell'economia, attraverso un coinvolgimento che ha segnato il passaggio di consegne da uno Stato liberista ad uno Stato interventista-liberale venendo istituite le prime imprese ed enti pubblici nazionali, come l'Impresa per la telefonia interurbana, l'Azienda Ferrovie dello Stato, l'Istitutonazionale delle assicurazioni (INA) e la Banca nazionale del lavoro, a cui si affiancarono le società a partecipazione pubblica statale, in cui lo Stato è divenuto azionista, insieme ad altri *shareholder*, in società di diritto comune come l'Azienda Generale Italiana Petroli nel 1926.

Questo fenomeno è stato acuito dalla Grande Crisi che ha colpito gli Stati Uniti d'America nel 1929, determinando l'espansione dell'intervento pubblico in numerosi settori economici in Italia, come ne è la prova l'istituzione dell'IRI (Istituto per la ricostruzione industriale) nato nel 1933, con lo scopo di salvataggio delle imprese in crisi e successivamente nel 1937, con il precipuo fine di conseguire gli obiettivi di politica economica dello

Stato in un ambito che fino a quel momento era riservato ai soli privati. L'IRI dal 1937 ha infatti svolto la funzione di provvedere con criteri unitari alla efficiente gestione delle partecipazioni statali nei vari settori dell'economia, secondo le direttive della politica economica del Regime fascista.

L'IRI è stata infatti la concretizzazione di precise finalità statali volte a porre in essere, sotto forma di ente pubblico, le direttive statali nel panorama economico¹.

La costituzione dell'IRI è l'esempio più emblematico del fenomeno dell'azionariato pubblico verificatosi in quegli anni e del ruolo svolto dallo Stato imprenditore, come ne è testimonianza la Costituzione repubblicana, che anche dopo la caduta del Fascismo ha incorporato nel proprio corpus normativo una matrice interventista che ha permeato i rapporti tra Stato, società ed economia. Questo si evince anche dal sorgere di numerosi enti pubblici nazionali con funzioni di holding finanziarie di controllo, diretto o indiretto, delle imprese pubbliche come l'ENI, sintomatici di un intervento dello Stato nell'economia sempre più pregnante come ne è la riprova la nazionalizzazione dell'industria elettrica attraverso l'istituzione di un ente pubblico economico come l'ENEL, per la gestione in regime di monopolio di tutte le attività del settore dell'energia elettrica. Fino ad allora, in ogni caso, il fenomeno dell'azionariato di Stato non aveva ancora rivestito contorni

¹ L. CAMERIERO, *Storia e funzione dell'impresa pubblica: dall'IRI alle società pubbliche, Le società pubbliche in house e miste*, Giuffrè, Milano, 2008.

strutturali e formali organici e univoci, infatti solo con la L.1589/1956 il sistema ha conseguito una propria struttura formale ben definita. Tale legge ha istituito il Ministero delle Partecipazioni statali, cui sono state attribuite quelle competenze precedentemente in capo ad altri organismi e ministeri. Questo sistema delle partecipazioni statali, negli anni Sessanta, ha però iniziato a mostrare significative criticità, tanto che è stata registrata una progressiva regressione dell'intervento pubblico nell'economia sino a condurre, negli anni Settanta, alla riforma del settore delle partecipazioni statali².

Le ragioni della crisi del sistema sono state ricondotte ad una casistica variegata, che ha acclarato la fallacità del modello sino a quel momento strutturato:

- “nell'inefficienza della struttura a gestire e coordinare gli interessi nei vari settori d'intervento;
- nella rinuncia ad una politica imprenditoriale statale in favore del perseguimento di finalità politiche e sociali;
- nella gestione prettamente politica e non imprenditoriale della struttura;
- nell'inesistenza per la società a partecipazione pubblica della “sanzione economica” a tutela dell'equilibrio finanziario della gestione: il socio pubblico a differenza di quanto avviene nella società a partecipazione privata,

² G. URBANO, *Le società a partecipazione pubblica tra la tutela della concorrenza, moralizzazione e amministrativizzazione*, in *Amministrazione in cammino, Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione*, a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche “Vittorio Bachelet” III, 1987, 478 e ss.

e in spregio alle logiche concorrenziali e di mercato, poteva infatti liberamente e senza alcuna discrezione destinare le risorse finanziarie necessarie alla propria impresa”³.

Quest’ultimo aspetto è stato inoltre corroborato dall’introduzione dei principi del libero mercato da parte della Comunità europea e del c.d. regime di neutralità ricavabile dall’articolo 345 TFUE,

Sicché nel momento in cui non è stato più possibile risolvere il problema del deficit come era stato fatto fino a quel momento, si è dato avvio alla fase delle privatizzazioni.

Quasi tutti gli enti pubblici economici sono stati così trasformati in società per azioni al fine di bilanciare gli interessi pubblici senza incorrere nella violazione della disciplina nazionale o sovranazionale.

Il processo di privatizzazione ha coinvolto tutte le imprese pubbliche, da quelle che svolgevano attività prevalentemente industriale a quelle che richiedevano il coinvolgimento dello Stato nell’operazione delle imprese esercenti servizi pubblici, in passato ordinate in forme pubblicistiche o caratterizzate da un regime speciale fondato sulla partecipazione pubblica necessaria, di maggioranza o totalitaria⁴. È innegabile che per ragioni di efficienza e snellezza operativa, molte pubbliche amministrazioni abbiano appurato come fosse preferibile esternalizzare determinate attività,

³L. CAMERIERO e R. DE NICTOLIS, *Le società pubbliche in house e miste*, in *Il nuovo Diritto Amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2008; F. MERUSI, D. IARIA, *Partecipazioni pubbliche*, in *Enc. Giur.* XXII, Roma, 1990.

⁴S. CASSESE, *Partecipazioni statali ed enti di gestione*, Comunità, Milano, 1962, p. 157 ss

affidandole a società da esse costituite e partecipate che svolgono la propria attività in prevalenza per conto delle amministrazioni e degli enti pubblici di riferimento. In verità, l'avvio delle privatizzazioni non ha avuto come unica ragione l'inefficienza delle aziende pubbliche. Un input di grande rilevanza è stato rappresentato dalle politiche comunitarie che hanno promosso i valori del libero mercato e della concorrenza. Infatti, in tale ottica sono stati visti, come fattori distorsivi della concorrenza, l'indebitamento delle imprese pubbliche e le conseguenti garanzie illimitate sui debiti di tali imprese da parte dello Stato. Inoltre, l'adesione ad un mercato unico europeo e la crescente integrazione economica tra gli Stati membri fino all'introduzione di una moneta unica hanno fatto venir meno molte forme di regolamentazione nazionale ed imposto il rispetto di rigidi parametri in materia di bilancio. Un ruolo rilevante ai fini dell'avvio del processo di privatizzazione è stato peraltro svolto dalla direttiva CEE del 25 giugno 1980, n. 723, sulla trasparenza delle relazioni finanziarie tra gli Stati membri e le imprese pubbliche nazionali. Tale provvedimento, mirando a distinguere «*il ruolo dello Stato in quanto potere pubblico e il ruolo dello Stato in quanto proprietario*»⁵, ha imposto agli Stati membri di evidenziare i flussi finanziari attivi e passivi e dunque l'ammontare dei fondi pubblici erogati alle imprese, nonché di dar conto della loro utilizzazione effettiva. L'intervento

⁵ F. FIMMANÒ, *Le società pubbliche: ordinamento, crisi ed insolvenza*, Milano, 2011, Giuffrè editore, p. 315.

comunitario ha così condizionato fortemente il modo di essere dell'impresa pubblica sul mercato e ha determinato il superamento del sistema delle partecipazioni statali, fondato sul rapporto di dipendenza finanziaria delle stesse.

Nel corso degli anni, sono state varie le modalità con cui tali processi si sono verificati. In alcuni casi, l'esternalizzazione è avvenuta attraverso la costituzione di aziende o agenzie di natura pubblica o mista (pubblico-privata) con specifiche funzioni e coordinate dall'amministrazione pubblica conferente. In altri casi, la funzione dell'ente pubblico si è concretizzata sotto il solo profilo finanziario, senza alcuna responsabilità diretta dell'ente stesso; dunque, con una completa delega nello svolgimento delle funzioni al soggetto privato.

L'esternalizzazione è un fenomeno ancora attuale che permette all'amministrazione di adottare una modalità operativa ulteriore per rispondere in maniera più efficace, efficiente ed economica ai bisogni dei cittadini. Più di recente, l'esternalizzazione è stata sempre più spesso determinata dal tentativo di razionalizzazione delle strutture amministrative sull'esempio di ciò che accade nelle imprese private, affidando a terzi, in particolare, alcune attività legate all'organizzazione interna⁶.

In linea generale le ragioni che hanno portato alla nascita di società pubbliche risiedono nella volontà di:

⁶ G. PIPERATA, *Le esternalizzazioni nel settore pubblico*, in *Dir. Amm.*, 4/2005.

- allocare risorse o evitare lo sviluppo di monopoli privati nell'esercizio di quei servizi che devono essere accessibili a tutti (servizio ferroviario, sfruttamento delle miniere);
- perseguire finalità extraeconomiche, assicurando i servizi di pubblica utilità anche in settori nei quali la gestione da parte dei privati sarebbe poco o per nulla conveniente (come nel caso delle ferrovie, che devono essere gestite anche per tratti non produttivi);
- assumere iniziative che necessitino di massicci investimenti per lo svolgimento di attività che richiedono un enorme capitale fisso;
- redistribuire la ricchezza con la creazione di attività economiche nelle aree più arretrate del Paese;
- evitare frodi che potrebbero verificarsi in regime di impresa privata, in quei campi in cui la "neutralità" dello Stato garantisce l'imparzialità e la correttezza dello svolgimento di tali attività⁷.

Questi sono infatti aspetti determinanti che hanno comportato il ricorso e talvolta l'abuso del fenomeno delle società a partecipazione pubblica.

2. LA NATURA GIURIDICA DELLE SOCIETÀ A PARTECIPAZIONE PUBBLICA

Le società a partecipazione pubblica, pur godendo di un'ampia diffusione nella prassi, non rappresentano una categoria unitaria con caratteristiche

⁷ F. CARINGELLA in *Manuale di Diritto amministrativo*, Roma, Dike editore, 2015.

omogenee, sicché è particolarmente arduo fornire una definizione univoca delle stesse, in particolare le difficoltà sorgono dall'esistenza di quello che è definito “*un fenomeno che si colloca al confine tra diritto pubblico e diritto privato*”⁸.

Un primo orientamento reputava tali società quali soggetti formalmente privati regolati dalle norme di diritto civile, cui, in alcuni casi, si derogava in chiave pubblicistica distinguendoli dagli enti pubblici economici, caratterizzati dall'essere soggetti formalmente pubblici che operavano in regime di diritto privato.

Una società per essere definita pubblica, o quantomeno in mano pubblica, richiede che la totalità o la maggioranza del capitale sia riconducibile allo Stato o ad altro ente, che sulla stessa esercita il controllo o ha la gestione d. Il codice civile disciplina il fenomeno delle partecipazioni pubbliche negli artt. 2449 e 2451, denotando ad una prima analisi la volontà del legislatore di non assoggettare la società pubblica ad un regime speciale, ma, al contrario, di applicare ad essa i medesimi principi utilizzabili per le società private, cercando una commistione tra gli aspetti distintivi dell'impresa pubblica e dell'impresa privata.

Solo cinquant'anni addietro è stata elaborata la distinzione tra società a partecipazione pubblica di diritto comune e società a partecipazione pubblica

⁸ L. SALVATO, *I requisiti di ammissione delle società pubbliche alle procedure concorsuali*, p. 603.

di diritto speciale⁹, concretizzandosi dopo qualche decennio nel fenomeno dell'espansione degli enti pubblici intrecciatisi con il processo di privatizzazione delle aziende municipalizzate¹⁰. Tutto ciò ha dato vita al fenomeno delle società partecipate come strumento normale di gestione dei servizi amministrativi, accendendo il dibattito sul rapporto fra lo scopo di lucro, tipicamente assegnato alla società dal codice civile, e lo scopo pubblico ispiratore della partecipazione dello Stato e/o di altre amministrazioni.

Il dibattito tradizionale ha evidenziato una contrapposizione tra una visione c.d. "privatistica" e una visione c.d. "pubblicistica" destinato ad incidere su molteplici aspetti delle società a partecipazione pubblica nonché sulla fallibilità delle società in house.

Secondo la prima impostazione, le società a partecipazione pubblica sarebbero soggette al medesimo regime di disciplina delle società di capitali a partecipazione privata, sul presupposto che alle stesse si applicasse lo statuto comune della società per azioni, salvo quanto disposto dall'articolo 2449 c.c..

Sulla base del secondo orientamento, invece si tratterebbero di società sottoposte ad una disciplina legislativa speciale che ne caratterizza in senso pubblicistico la natura, imponendo il perseguimento di un determinato fine

⁹G. VISENTINI, *Partecipazioni pubbliche in società di diritto comune e di diritto speciale*, Longanesi, Milano, 1979.

¹⁰G. VISENTINI, *Partecipazioni pubbliche in società di diritto comune e di diritto speciale*, cit.; G. MARASÀ, *Le "società" senza scopo di lucro*, Milano, Giuffrè, 1984, p. 353 e ss.

pubblico, indisponibile alla volontà degli organi deliberativi e ciò proprio in considerazione della rilevanza degli interessi pubblici perseguiti.

Il dibattito sorto e mai sopito, che ha interessato la discussa natura giuridica delle società *in house providing*, un ibrido tra natura pubblica e privata, ha incentrato il dibattito sulla necessità di conciliare la struttura tipica delle società, imperniata sul fine di lucro, con l'interesse pubblico che si intende realizzare¹¹.

La materia delle società a partecipazione pubblica è stata, nel tempo, oggetto di un complesso di interventi che, da una parte, ha disciplinato diritti speciali del socio pubblico; dall'altra, ha introdotto vincoli legislativi sulla composizione azionaria o sull'oggetto sociale o poteri di direttiva o di approvazione di modifiche e di atti di gestione, al contrario, non sempre in armonia con il modello societario generale¹² in quanto diretti ad un'alterazione dei poteri dell'assemblea e del consiglio di amministrazione.

Sulla scia del proliferare delle società pubbliche e dell'interesse del legislatore a regolare con profili singoli di specialità le società commerciali, la giurisprudenza¹³ ha diviso le società a partecipazione pubblica in due raggruppamenti.

¹¹ F. NICOTRA, *Società a capitale pubblico e assoggettabilità a fallimento. Aspetti problematici*, in www.diritto.it, pubblicato il 12 giugno 2015

¹² G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2003; 18 C. IBBA, *L'impresa pubblica in forma societaria fra diritto privato e diritto pubblico*, in *Analisi giuridica dell'economia*, Il Mulino, Milano, 2/2015 (I), p.410.

¹³ Cass. 25 novembre 2013, n. 26283.

Il primo afferente alla società pubblica in generale, intesa come quella costituita o partecipata da enti pubblici per il perseguimento delle finalità pubbliche, che può essere definita come società di diritto privato a tutti gli effetti anche ai sensi dell'articolo 2449 c.c. e quindi quale soggetto autonomo e distinto rispetto ai suoi organi e ai suoi soci con un proprio patrimonio. In tali società, lo Stato o altro ente pubblico detiene la titolarità dell'intero pacchetto azionario o di rilevanti quantitativi di esso e interviene attraverso l'esercizio dei diritti dell'azionista in assemblea. Queste società non rientrano nel perimetro della pubblica amministrazione e operano nel mercato in concorrenza con le imprese private.

Il secondo raggruppamento è quello delle c.d. "semi-amministrazioni"¹⁴.

Si tratta di realtà che, pur presentandosi sotto forma di società, sono, per le funzioni che svolgono, nella sostanza quasi-amministrazioni¹⁵, venendo assoggettate in virtù di ciò a vincoli e controlli di carattere pubblicistico. In quest'ultima categoria rientrano quelle forme societarie il cui fine è diverso da quello dell'attività di impresa con scopo lucrativo:

a) "il modello di società *in house*, diffuso tra gli enti locali, che consente l'affidamento diretto dei servizi pubblici, in deroga ai principi dell'evidenza pubblica e il cui vincolo con l'amministrazione dovrebbe intendersi tanto

¹⁴ ASSONIME, *Principi di riordino del quadro giuridico delle società pubbliche*, Roma, 2008.

¹⁵ M. CLARICH, *Società di mercato e quasi-amministrazioni* in Convegno organizzato da ASSONIME e dall'università LUISS "Guido Carli" su *Le società pubbliche tra Stato e mercato: alcune proposte di razionalizzazione della disciplina*, Roma, 13 maggio 2009.

forte da identificarla come un “ufficio” della stessa amministrazione partecipante e tale da condurre all’annullamento della sua personalità giuridica e autonomia patrimoniale;

b) le società a cui vengono attribuite le funzioni pubbliche, che sono assimilate agli organismi di diritto pubblico, cioè quegli organismi istituiti per soddisfare esigenze di carattere generale aventi carattere non industriale o commerciale e finanziati in modo maggioritario dallo Stato o da altri enti pubblici; sono assimilate a tali organismi anche per quanto riguarda l’applicazione delle regole sugli appalti pubblici di lavori, servizi e forniture;

c) le società che prestano servizi strumentali alle funzioni pubbliche esercitate da autorità amministrative e, in particolare, le società costituite da amministrazioni regionali e locali; si tratta di società a partecipazione pubblica che svolgono attività nei confronti della pubblica amministrazione a supporto di funzioni amministrative di rilevanza pubblicistica”¹⁶.

3. LE SOCIETÀ IN HOUSE PROVIDING

Passando ora ad affrontare il tema della disciplina giuridica delle società a partecipazione pubblica, bisogna evidenziare il ruolo fondamentale del Testo Unico sulle società pubbliche approvato con d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175,

¹⁶ M. CLARICH, *Le società partecipate dallo Stato e dagli enti locali fra il diritto pubblico e diritto privato*, in *Le società a partecipazione pubblica*, a cura di F. GUERRERA, Giappichelli, Torino, 2010, p. 2 e ss.

con cui il Governo ha dato attuazione a una delle deleghe contenute nella cosiddetta “riforma Madia” della pubblica amministrazione.

In particolare, con la c.d. legge Madia (L. 7 agosto 2015, n. 124) il legislatore ha provveduto, con l’art. 18, al “*riordino della disciplina delle partecipazioni societarie delle amministrazioni pubbliche*”. La relativa delega legislativa è stata conferita per il perseguimento di due obiettivi principali: il riordino della disciplina e la riduzione del numero delle società pubbliche.

Per conoscere adeguatamente il fenomeno dell’*in house providing*, occorre però prendere le mosse dalla sua prima elaborazione in ambito comunitario a cura della giurisprudenza della Corte di giustizia. La locuzione *in house contract* è apparsa per la prima volta nella Comunicazione della Commissione 143, Libro Bianco sugli appalti pubblici dell’Unione Europea del 1998.

È possibile, tuttavia, rinvenire le radici dell’*in house providing* (inteso quale procedura di affidamento) e delle caratteristiche necessarie perché una pubblica amministrazione possa legittimamente farvi ricorso nella sentenza della Corte di Giustizia delle Comunità Europee del 18 novembre 1999, causa C – 107/98 - Teckal.

L’espressione cristallizzata nella nota pronuncia della CGUE, individua l’*in house providing* come quel fenomeno “*di autoproduzione di beni, servizi o lavori da parte della pubblica amministrazione, che ricorre quando quest’ultima acquisisce un bene o un servizio attingendoli all’interno della*

propria compagine organizzativa senza ricorrere a terzi tramite gara e dunque al mercato”.

Il modello si contrappone a quello “*dell’outsourcing, o contracting out* (la c.d. esternalizzazione), *in cui la sfera pubblica si rivolge al privato, demandandogli il compito di produrre e/o fornire i beni e i servizi necessari allo svolgimento della funzione amministrativa*”¹⁷ .

Pertanto in un panorama normativo ancora in divenire e per taluni aspetti in un contesto giurisprudenziale e dottrinale particolarmente animato, continuo, il riordino della disciplina si è reso necessario perché, fino all’introduzione del Testo Unico, la materia era regolata in modo frammentario e incoerente visti i numerosi interventi normativi che si erano succeduti nel tempo e che avevano dato luogo ad un regime giuridico di difficile applicazione, recante un basso grado di attuazione ed effettività.

Il Testo Unico, per ovviare a queste problematiche, si è pertanto preoccupato di disciplinare una serie abbastanza eterogenea di fattispecie.

Il TUSP, nel testo risultante dalle modifiche apportate dal decreto correttivo 16 giugno 2017, n. 100, dà attuazione all’art. 16, comma 1, lettera b), della Legge delega Madia.

¹⁷ Corte Giustizia, caso *Teckal*, 18 novembre 1999, causa C-107/98; Corte Giustizia, caso *Econord*, 29 novembre 2012, cause riunite C-182/11 e C-183/11; Corte Giustizia, caso *Stadt Hall*, 11 gennaio 2005, causa C-26/03; Corte Giustizia, caso *Coname*, 21 luglio 2005, causa C-231/03; Corte Giustizia, caso *Jean Auroux*, 18 gennaio 2007, causa C-220/05; Corte Giustizia, sez. II, 17 luglio 2008, causa C-371/05; Corte Giustizia, 11 maggio 2006, caso *Carbotermo e Consorzio Alisei c. Comune di Busto Arsizio*, causa C-340/04.

Scopo del Testo Unico è quello di riassumere in un quadro organico le numerose disposizioni fino ad allora vigenti in materia, ridisegnandone la disciplina con la finalità di ridurre e razionalizzare il fenomeno delle società a partecipazione pubblica, avendo anche riguardo ad una efficiente gestione delle partecipazioni medesime ed al contenimento della spesa pubblica. Il Testo Unico si articola sostanzialmente in quattro tipologie di intervento:

- disposizioni introduttive recanti: l'indicazione dell'oggetto e dell'ambito di applicazione del T.U. (art. 1); la formulazione delle definizioni (art. 2); l'individuazione dei tipi di società in cui è ammessa la partecipazione pubblica (art. 3). L'individuazione delle tipologie di società è completata dagli artt. 16, 17 e 18, dedicati, rispettivamente, alle società *in house*, alle società miste pubblico-private, al procedimento di quotazione di società a controllo pubblico in mercati regolamentati;
- disposizioni volte a stabilire condizioni e limiti delle partecipazioni pubbliche, nonché a ridefinire le regole per la costituzione di società o per l'assunzione o il mantenimento di partecipazioni societarie da parte di amministrazioni pubbliche, e di alienazione di partecipazioni pubbliche (artt. da 4 a 10);
- disposizioni in materia di organi di amministrazione e di controllo delle società a controllo pubblico, con riferimento ai seguenti profili: *governance* societaria, requisiti dei componenti degli organi di

amministrazione e compensi dei membri degli organi sociali (art. 11); regime di responsabilità dei rappresentanti degli enti pubblici partecipanti (art. 12); regime di controllo, con riguardo all'attivazione del controllo giudiziario (art. 13), alla prevenzione della crisi di impresa (art. 14), al controllo e monitoraggio da parte del Ministero dell'economia e delle finanze (art. 15);

- disposizioni volte a incentivare l'economicità e l'efficienza mediante l'introduzione di procedure di razionalizzazione periodica e di revisione straordinaria (artt. 20 e 24), di gestione del personale (artt. 19 e 25), di specifiche norme finanziarie per le partecipate degli enti locali (art. 21) e di promozione della trasparenza (art. 22).

Per quanto riguarda l'ambito di applicazione, il D. Lgs. 175/2016 disciplina la costituzione di società da parte di amministrazioni pubbliche, nonché l'acquisto, il mantenimento e la gestione di partecipazioni da parte delle P.A. in società a totale o parziale partecipazione pubblica, diretta o indiretta.

Quanto al rapporto con la disciplina "comune", ossia quella civilistica, viene espressamente previsto che, per quanto non derogato dal decreto, trovano applicazione le disposizioni del Codice Civile e le norme generali di diritto privato; pertanto, stabilendo espressamente la generale assimilazione delle società pubbliche con quelle private.

Innanzitutto, il Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica limita la possibilità di costituire società o acquisire o mantenere

partecipazioni societarie ad un elenco tassativo di attività, tra cui la produzione di un servizio di interesse generale, imponendo inoltre alle P.A. un rilevante onere di motivazione analitica dell'atto deliberativo¹⁸.

Il decreto, in secondo luogo, ha previsto numerosi adempimenti a carico delle società a controllo pubblico, in particolare l'obbligo di adeguare i propri statuti alla disciplina del Testo unico entro il 31 luglio 2017.

La definizione dell'ambito soggettivo di applicazione della disciplina introdotta dal d.lgs. n. 175/2016 è pertanto solo apparentemente un'operazione semplice: l'art. 1, c. 1, del decreto chiarisce infatti che esso si applica alla *“costituzione di società da parte di amministrazioni pubbliche, nonché l'acquisto, il mantenimento e la gestione di partecipazioni da parte di tali amministrazioni, in società a totale o parziale partecipazione pubblica, diretta o indiretta”*.

Purtroppo, la genericità d.lgs. n. 175/2016 ha obbligato, in ogni caso, a un supplemento di analisi per identificare correttamente quali società a partecipazione pubblica siano effettivamente soggette alle norme in esso contenute e quali no.

Le disposizioni del decreto hanno condotto, infatti, a un'articolata classificazione delle società pubbliche, che è di seguito sinteticamente riportata:

¹⁸ F. CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, XIV edizione, Dike editore, Roma, 2021.

- a) società a partecipazione pubblica che, in ragione delle loro finalità o del loro oggetto, possono essere costituite o, se esistenti, nelle quali può essere mantenuta la partecipazione;
- b) società a partecipazione pubblica esistenti che possono essere mantenute, indipendentemente dal loro oggetto sociale, perché nominalmente individuate nell'Allegato A del decreto;
- c) società “quotate” (definite dalla lett. *p*) dell'art. 2 del d.lgs. n. 175/2016 come “*le società a partecipazione pubblica che emettono azioni quotate in mercati regolamentati; le società che hanno emesso, alla data del 31 dicembre 2015, strumenti finanziari, diversi dalle azioni, quotati in mercati regolamentati; le società partecipate dalle une o dalle altre, salvo che le stesse siano anche controllate o partecipate da amministrazioni pubbliche*”);
- d) società che, in ragione delle loro finalità o del loro oggetto, non possono essere costituite e devono essere dismesse, liquidate o comunque interessate da un procedimento di alienazione delle partecipazioni.

Rispetto a questa schematizzazione, va sottolineato che le società di cui alle lettere *a*) e alla lettera *b*) ricadono nell'ambito soggettivo di applicazione del d.lgs. n. 175/2016. Pertanto, le società nominalmente incluse nell'Allegato A di cui alla lettera *b*)¹⁹ non sono, per questo, sottratte all'applicazione del

¹⁹ Si tratta delle seguenti: Coni Servizi, EXPO, Arexpo, Invimit, IPZS, Sogin, Gruppo ANAS, Gruppo GSE, Gruppo Invitalia, Gruppo Eur, FIRA, Sviluppo Basilicata, Fincalabra, Sviluppo Campania, Gruppo Friulia, Lazio Innova, Filse, Finlombarda, Finlombarda Gestione SGR, Finmolise, Finpiemonte, Puglia Sviluppo, SFIRS, IRFIS-FinSicilia, Fidi-Toscana, GEPAFIN, Finaosta, Veneto Sviluppo, Trentino Sviluppo, Ligurcapital, Aosta

decreto: semplicemente, esse possono sopravvivere indipendentemente dalla verifica di rispondenza delle loro finalità a una delle categorie che il decreto stesso individua quale presupposto necessario per l'ammissibilità di una società pubblica.

Infine, le "società quotate" (nella definizione che di esse è data dall'art. 2 del d.lgs. n. 175/2016)²⁰ sono formalmente ricomprese nell'ambito soggettivo di applicazione del decreto, ma, nella sostanza, ciò si traduce nella soggezione di queste società soltanto a due norme³² (la cui incidenza è peraltro molto poco significativa).

Alle "società quotate" si applicano, pertanto, soltanto gli artt. 8 e 9 del decreto, riguardanti – rispettivamente – l'organo competente e le modalità per l'acquisizione di partecipazioni in società già costituite (ma solo se l'operazione comporta l'acquisto della qualità di socio) e l'individuazione dell'organo competente all'esercizio.

Secondo le disposizioni del Testo Unico, le partecipazioni pubbliche servono non a svolgere attività d'impresa, ma a perseguire finalità di interesse pubblico. Ciò che emerge da tale disciplina è una connotazione alquanto

Factor, FVS SGR, Friulia Veneto Sviluppo SGR, Sviluppo Umbria, Sviluppo Imprese Centro Italia - SICI SGR.

²⁰ L'art. 2, c. 1, lett. p), del d.lgs. n. 175/2016 stabilisce che, ai fini di quanto in esso disposto, si intendono per "società quotate" sia "le società a partecipazione pubblica che emettono azioni quotate in mercati regolamentati", sia "le società che hanno emesso, alla data del 31 dicembre 2015, strumenti finanziari, diversi dalle azioni, quotati in mercati regolamentati", nonché "le società partecipate dalle une o dalle altre, salvo che le stesse siano anche controllate o partecipate da amministrazioni pubbliche".

pubblicistica delle società partecipate, che giustifica un regime di regole e vincoli che obiettivamente allontanano le società pubbliche da quelle private. Le società a partecipazione pubblica possono essere ricondotte a più tipologie. La prima è quella delle società pubbliche disciplinate integralmente dal diritto comune. Il solo collegamento con lo Stato e gli enti pubblici è rappresentato dalla titolarità dell'intero pacchetto o di quantitativi rilevanti di azioni e si manifesta, esclusivamente, attraverso l'esercizio dei diritti dell'azionista in assemblea. Esse svolgono attività d'impresa spesso in mercati non regolamentati in concorrenza con imprese private e non rientrano nel perimetro della pubblica amministrazione.

La seconda categoria è quella delle società pubbliche istituite e regolate in modo speciale con finalità diverse da quella di esercizio dell'attività d'impresa con scopo lucrativo. Esse presentano prescrizioni puntuali o deroghe più o meno marcate rispetto alla disciplina codicistica.

La terza categoria, che per taluni può essere ricondotta ad una sub-specie della seconda sono le società a partecipazione pubblica, le c.d. società *in house*.

Si tratta di società così strettamente legate a una pubblica amministrazione sul piano organizzativo e operativo da poter essere equiparate, riprendendo una definizione coniata dal Giannini, ad un *munus* pubblico.

Le società *in house*, la cui natura è stata a lungo dibattuta, sono costituite in forma di società per azioni, il cui capitale è detenuto in toto, direttamente o indirettamente, da un ente pubblico che affida loro determinate attività

strumentali alla funzione pubblica consistenti nella produzione o erogazione di servizi di gestione interna o al servizio della collettività.

3.1. SULLA REALE NATURA DELLE SOCIETA' IN HOUSE ALLA LUCE DEL T.U.S.P.

Dalla celebre Sentenza Teckal alla pronuncia delle SS.UU. della Corte di Cassazione n. 26283/2013 si è assistito ad una deriva interpretativa che ha deviato la società in house dai caratteri tipologici del modello societario sulla scorta di un corrispondente e suggestivo avvicinamento agli organismi di diritto pubblico. Si è pertanto assistito al passaggio da una valutazione di specialità connessa alle modalità di organizzazione dell'attività della PA ad una concezione di singolarità riferita alla persona giuridica che riceve l'affidamento diretto.

Siffatto orientamento interpretativo, di fatto, ha condotto al concepimento di una nuova soggettività giuridica, ibrida, che risulta essere distinta da quella di diritto comune, esacerbando l'idea di una società *in house* rientrante nell'alveo delle società di capitali.

Alla luce di un panorama interpretativo contrapposto, il tentativo di assorbire l'attività della società partecipata su un piano di immedesimazione organica con l'azione dell'ente pubblico è parso infatti incompatibile con i principi generali del diritto societario ed ha condotto ad un dicotomia: negare del tutto la possibilità che una PA possa avvalersi di questo strumento organizzativo

per lo svolgimento del proprio *agere*, oppure inquadrare il fenomeno entro lo schema concettuale della società singolare o di diritto speciale²¹.

Ad oggi la giurisprudenza è comunque orientata a confermare la natura pubblica delle società *in house*, dando maggiore rilevanza alla sostanza rispetto alla veste privatistica.

L'art. 16 del Testo Unico delinea il modello delle società *in house*, conferendo dignità ontologica a una terminologia mutuata dal diritto comunitario (dapprima a livello giurisprudenziale, poi sotto il versante normativo) che delineava le società *in house* sotto un profilo negativo; nell'impostazione del Testo unico, l'*in house providing* è invece delineato in positivo, proprio per tratteggiare un'autonoma tipologia societaria.

I requisiti normativi sono mutuati dalla giurisprudenza comunitaria e consistono rispettivamente:

1. nella partecipazione esclusiva al capitale sociale da parte delle pubbliche amministrazioni, e dunque nell'assenza di una partecipazione di soci privati, ad eccezione di quelle prescritte da norme di legge²² che non attribuiscono un potere di veto né l'esercizio di un'influenza determinante sulla società controllata (art. 16 c. 1);
2. nel controllo analogo, da parte di una o più pubbliche amministrazioni, rispetto a quello che è esercitabile rispetto ai propri

²¹ F. GUERRA, *Il controllo analogo*, in *Giur.comm.*, 2011, I, p. 799 e ss.

²² C. Stato, 26 maggio 2015, n. 2660.

organi, intendendosi per esso l'esercizio di un'influenza determinante sugli obiettivi strategici e sulle decisioni significative;

3. nella destinazione della maggior parte dell'attività della società *in house* (art. 16 c. 3 "oltre l'80% del loro fatturato") allo "svolgimento dei compiti a esse affidati dall'ente pubblico o dagli enti pubblici soci", vale a dire ad attività sostanzialmente non collocate, o difficilmente spendibili sul mercato; mentre la produzione eccedente si può giustificare solo in funzione del conseguimento di economie di scala o del recupero di efficienza.

La società *in house* costituisce, a ben vedere, un modello organizzativo essenzialmente non societario ma assimilabile nella sostanza ad una pubblica amministrazione. Il ricorso a una tale tipologia di struttura si giustifica allora, essenzialmente, con la volontà dell'amministrazione di utilizzare il più duttile modello societario per perseguire proprie finalità istituzionali.

Il Testo Unico, proprio nel rispetto della natura para-pubblicistica delle società *in house*, contiene un secondo blocco di disposizioni che costituiscono previsioni di carattere eccezionale, in quanto disciplinano l'attività di soggetto formalmente privatistico in modo sostanzialmente assimilabile a quella di una pubblica amministrazione. D'altronde ai sensi dell'art. 16 c. 1 del Testo Unico, esse "*ricevono affidamenti diretti di contratti pubblici dalle amministrazioni che esercitano su di esse il controllo analogo o da ciascuna delle amministrazioni che esercitano su di esse il controllo analogo*

congiunto” o in maniera più semplicistica non sono tenute a partecipare a procedure concorsuali per l’affidamento di contratti pubblici; ed allo stesso modo, ai sensi dell’art. 16 c. 7, tali società sono equiparate alle pubbliche amministrazioni, “*sono tenute all’acquisto di lavori, beni e servizi secondo la disciplina di cui al d.lgs. n° 50/2016, e sono quindi equiparate alle PA*”.

Dal dettato normativo si può pertanto addivenire alla definizione di società *in house*, che si identifica con la beneficiaria di affidamenti diretti, sottoposta ad un controllo dell’amministrazione analogo a quello esercitato sui propri servizi, ovvero ad un’influenza determinante sugli obiettivi strategici e sulle decisioni significative, e con la quale svolge in via quanto meno prevalente l’attività sociale.

L’introduzione del Testo Unico è stata preceduta dall’entrata in vigore del D. Lgs. 18 aprile 2016, n° 50 (Codice degli Appalti), recante norme di attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/25/UE sull’aggiudicazione dei contratti di concessione, appalti pubblici e sulle procedure d’appalto degli enti erogatori nei settori dell’acqua, dell’energia, dei trasporti e dei servizi postali.

Il nuovo Codice degli appalti pubblici e delle concessioni, per un verso, all’art. 5, regola i principi comuni in materia di esclusione dalla procedura competitiva dell’affidamento di concessioni ed appalti pubblici e predetermina le condizioni richieste perché l’amministrazione aggiudicatrice possa legittimamente disporre affidamenti *in house* in favore di società partecipata; per altro verso, ai sensi dell’art. 192 onera l’amministrazione

aggiudicatrice della comunicazione all'ANAC ai fini dell'iscrizione nell'apposito elenco degli enti che operano mediante affidamenti diretti nei confronti di società *in house*.

La norma contiene inoltre uno specifico riferimento alla società pluripartecipata, ovvero alla società partecipata da più amministrazioni pubbliche che esercitano congiuntamente un'influenza determinante sugli obiettivi strategici e sulle decisioni significative.

A tal proposito, l'art. 2, lett. d), definisce il controllo analogo congiunto come la situazione in cui l'amministrazione esercita congiuntamente con altre amministrazioni un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi.

Pur non essendo state espressamente richiamate le direttive comunitarie n. 23, 24 e 25 del 2014, pare fuori discussione la derivazione comunitaria della disposizione. Nella stesura del T.U. si è infatti preferito mantenere il rinvio alle condizioni dettate dall'art. 5, comma 2, del d.lgs. 50/2016, norma nella quale sono state integralmente riprese le regole oggetto delle citate direttive comunitarie.

Nel caso della società pluripartecipata, si considera questa soggetta ad un controllo analogo definito congiunto quando:

- gli organi decisionali della società controllata siano composti da rappresentanti di tutte le amministrazioni aggiudicatrici, ciascuno dei quali rappresenta varie o tutte le amministrazioni partecipanti;

- le amministrazioni aggiudicatrici siano in grado di esercitare costantemente un'influenza determinante sugli obiettivi strategici e sulle decisioni significative;
- la società controllata non persegua interessi contrari a quelli delle amministrazioni aggiudicatrici controllanti.

Da ciò discendono i requisiti fondamentali ai fini di una configurazione della società partecipata da una PA *in house providing*.

3.2. I REQUISITI DELLE SOCIETÀ IN HOUSE

Secondo la giurisprudenza della Corte di giustizia²³, le società *in house* si configurano se sussiste la contemporanea presenza di tre requisiti:

- la totale partecipazione pubblica al capitale della società;
- la sua destinazione statutaria ad operare in via esclusiva o prevalente in favore dell'amministrazione pubblica partecipante;
- l'esistenza del c.d. "controllo analogo" a quello che l'ente affidante esercita sui propri servizi.

È infatti con la sentenza *Teckal* che sono stati chiariti i caratteri indicativi di un rapporto di delegazione interorganica, tra la Pubblica Amministrazione e

²³ Corte Giustizia, caso *Teckal*, 18 novembre 1999, causa C-107/98; Corte Giustizia, caso *Econord*, 29 novembre 2012, cause riunite C-182/11 e C-183/11; Corte Giustizia, caso *Stadt Hall*, 11 gennaio 2005, causa C-26/03; Corte Giustizia, caso *Coname*, 21 luglio 2005, causa C-231/03; Corte Giustizia, caso *Jean Auroux*, 18 gennaio 2007, causa C-220/05; Corte Giustizia, sez. II, 17 luglio 2008, causa C-371/05; Corte Giustizia, 11 maggio 2006, caso *Carbotermo e Consorzio Alisei c. Comune di Busto Arsizio*, causa C-340/04.

un fenomeno divenuto sempre meno circoscritto, come aveva lasciato intuire la prima giurisprudenza degli anni novanta.

Criteri che, a partire dal 2005, constatato il crescente ricorso a tale istituto e le possibili conseguenze che si andavano prefigurando, ha condotto la Corte a optare per un'interpretazione più puntuale delle condizioni di ammissibilità, proprio al fine di evitare elusioni dei limiti generici indicati nelle prime pronunce.

In relazione al requisito della “partecipazione totalitaria pubblica” bisogna dire che anche dopo la sentenza *Teckal*, la giurisprudenza comunitaria ha continuato a interrogarsi sulla possibilità di garantire quel fenomeno di dipendenza organica connaturato alla Pubblica Amministrazione, in presenza di un soggetto affidatario che abbia la veste di società per azioni.

Numerose pronunce della CGUE²⁴ hanno stabilito la necessità che la partecipazione pubblica fosse totalitaria ai fini della ricorrenza dei requisiti per l'affidamento *in house*, paventando al contrario, l'impossibilità di un modello *in house* in presenza di una partecipazione privata al capitale della società, rappresentando in tale ipotesi la necessità di seguire una procedura di evidenza pubblica per l'affidamento alla società mista. Infatti, la presenza di capitale privato impedisce di considerare la società, strumento di perseguimento di interessi pubblici, assoggettata ad uno stringente controllo

²⁴ Corte Giustizia, caso *Stadt Hall*, 11 gennaio 2005, causa C-26/03; Corte Giustizia, caso *Coname*, 21 luglio 2005, causa C-231/03; Corte Giustizia, caso *Jean Auroux*, 18 gennaio 2007, causa C-220/05.

analogo. L'investimento privato risponde, invero, a logiche privatistiche in potenziale e permanente conflitto di interessi con le ragioni pubblicistiche sottese alla società *in house*.

Questi principi, però, sono stati messi in discussione da una pronuncia della Corte di Giustizia del 2008²⁵, nella quale si è ravvisata una certa apertura al capitale privato, al ricorrere di precise condizioni, quali: la sussistenza del controllo analogo ed il conseguente affidamento diretto da parte della PA; e l'assenza di alcuna influenza su atti e decisioni rilevanti per la società *in house*.

-Relativamente al secondo requisito, quello "dell'attività prevalentemente dedicata al socio pubblico", prima ancora del TUSP che agli articoli 3 e 4 disciplina questo profilo, è possibile trovare il primo riferimento nella pronuncia della CGUE dell'11 maggio del 2006 che ha affrontato anche questo aspetto e ha stabilito che il requisito in questione è finalizzato, in particolare, a garantire che la disciplina comunitaria a tutela della concorrenza continui ad essere applicabile nel caso in cui un'impresa controllata da uno o più enti sia attiva sul mercato in concorrenza con altre imprese.

Secondo la Corte di Giustizia dell'Unione Europea, infatti, "*un'impresa non è necessariamente privata della libertà di azione per la sola ragione che le decisioni che la riguardano sono prese dall'ente pubblico che la detiene, se essa può esercitare ancora una parte importante della sua attività economica*

²⁵ Corte Giustizia, sez. II, 17 luglio 2008, causa C-371/05.

presso altri operatori. È inoltre necessario che le prestazioni di detta impresa siano sostanzialmente destinate in via esclusiva all'ente locale in questione. Entro tali limiti, risulta giustificato che l'impresa di cui trattasi si sottratta agli obblighi della direttiva 93/36, in quanto questi ultimi sono dettati dall'intento di tutelare una concorrenza che, in tal caso, non ha più ragion d'essere".

Nel precisare il principio, la Corte ha stabilito che "occorre considerare che il fatturato determinante è rappresentato da quello che l'impresa in questione realizza in virtù delle decisioni di affidamento adottate dall'ente locale controllante, compreso quello ottenuto con gli utenti in attuazione di tali decisioni. Infatti, le attività di un'impresa aggiudicataria da prendere in considerazione sono tutte quelle che quest'ultima realizza nell'ambito di un affidamento effettuato dall'amministrazione aggiudicatrice, indipendentemente dal fatto che il destinatario sia la stessa amministrazione aggiudicatrice o l'utente delle prestazioni".

Infine, nel valutare se un'impresa svolga la parte più importante della sua attività con l'ente pubblico che la detiene "si deve tener conto di tutte le attività realizzate da tale impresa sulla base di un affidamento effettuato dall'amministrazione aggiudicatrice, indipendentemente da chi remunera tale attività, potendo trattarsi della stessa amministrazione aggiudicatrice o dell'utente delle prestazioni erogate, mentre non rileva il territorio in cui è svolta l'attività".

La tematica è stata inoltre corroborata dalla recente giurisprudenza della CGUE, la quale ha confermato come il potere riconosciuto alla società aggiudicataria di fornire servizi ad operatori economici privati non impedisca il perseguimento dell'obiettivo principale di gestione di servizi pubblici. Secondo la Corte *“Tale conclusione è confermata dal fatto che la seconda condizione posta al punto 50 della citata sentenza Teckal, in base alla quale la società aggiudicataria deve svolgere la parte più importante della sua attività con gli enti locali che la controllano, consente che questa società eserciti un'attività avente un carattere marginale con altri operatori diversi da questi enti. Tale condizione sarebbe priva di oggetto se la prima condizione di cui al punto 50 della citata sentenza Teckal fosse interpretata nel senso di vietare ogni attività accessoria, anche con il settore privato”*²⁶. L'attività prevalente come la finalità della società deve quindi essere quella principalmente destinata al socio pubblico, mentre ogni altra attività deve avere carattere marginale.

Sul tema lo stesso Testo Unico sulle Società Partecipate ha chiarito come per la costituzione della società *in house* occorre tenere conto dei limiti posti dagli articoli 3 e 4 del T.U.. La società *in house* è infatti sottoposta alla regolamentazione di diritto comune ed è coerentemente tenuta a conformare l'assetto corporativo secondo i canoni di una privatizzazione dello stesso

²⁶ Corte Giustizia, 11 maggio 2006, caso *Carbotermo e Consorzio Alisei c. Comune di Busto Arsizio*, causa C-340/04

modello organizzativo. Questo naturalmente osservando i limiti previsti dallo stesso T.U. per cui le amministrazioni pubbliche non possono tanto direttamente quanto indirettamente costituire società aventi per oggetto attività di produzione di beni e servizi non strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali, né tantomeno acquisire o mantenere partecipazioni, anche di minoranza in tali società.

La rilevanza del vincolo funzionale imposto nell'assunzione della partecipazione pubblica va infatti primariamente raccordata alla decisione dell'amministrazione pubblica di costituire la società, ma di fatto incide anche sugli assetti societari.

Nel caso specifico delle società *in house*, la norma presuppone una connessione di ordine funzionale tra il perseguimento delle finalità istituzionali dell'amministrazione aggiudicatrice e l'attività esercitata dalla società affidataria, da intendersi anche sotto il profilo della valutazione di conformità della tecnica organizzativa impiegata per lo svolgimento del servizio o dell'opera ed avuto altresì riguardo alle modalità di svolgimento dell'attività.

Il livello di condizionamento dell'assetto corporativo interno alla società è d'altronde desumibile dall'obbligo di svolgere l'attività prevalentemente in favore dell'amministrazione aggiudicatrice, come esplicitamente prevedono i commi 3 e 3 bis dell'art. 16, laddove fanno riferimento alla destinazione

prevalente entro limiti più stringenti rispetto ai limiti previsti nel Codice degli appalti o nelle direttive comunitarie.

Il T.U. individua infatti due parametri, uno quantitativo ed uno qualitativo, al fine di valutare il requisito della destinazione prevalente. Se per quanto riguarda l'aspetto quantitativo si fa riferimento allo svolgimento dei compiti affidati dall'amministrazione aggiudicatrice che deve rispettare almeno il parametro dell'80% del fatturato delle società, sotto l'aspetto qualitativo è richiesto che la produzione ulteriore sia strumentale al conseguimento di economie di scala o altri recuperi di efficienza comunque collegati nel complesso all'attività principale svolta dalla società.

L'obbligo di esercitare l'attività prevalentemente nei confronti dell'amministrazione partecipante si pone pertanto su un piano di stretta corrispettività al vincolo di esclusività dell'oggetto sociale previsto nello statuto.

Prima di affrontare la positivizzazione del controllo analogo, terzo requisito indicativo di un'ipotesi di una società in house, avvenuta con il Codice dei Contratti prima e con il T.U.S.P. dopo, è opportuno comprendere il dibattito europeo e nazionale che ha preceduto la codificazione di una delle tre condizioni che permettono di qualificare una società come in house.

Per quanto riguarda il requisito del "controllo analogo", il *leading case* comunitario che deve essere preso come punto di riferimento e che ha influenzato la giurisprudenza successiva, è, appunto, il caso "*Teckal*", che ha

riguardato l'affidamento senza gara effettuato dal Consiglio comunale di Viano al consorzio AGAC per la gestione del servizio di riscaldamento di alcuni edifici comunali. Con la sentenza relativa a tale vicenda, infatti, la Corte di giustizia, ha individuato per la prima volta in maniera chiara, i tratti qualificanti delle società *in house*, rinvenendoli nell'assenza di un rapporto contrattuale tra l'amministrazione aggiudicatrice e la persona giuridica destinataria dell'affidamento, in quanto l'ente conferente esercita sul prestatore del servizio un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e tale persona giuridica realizza la parte più importante della propria attività con l'ente o gli enti che la controllano.

La Corte ha ritenuto che la mancanza di autonomia sostanziale del consorzio, dovuta al diritto di intervento dei soci partecipanti negli atti di maggior rilievo afferenti il consorzio, non consentisse di identificare l'affidatario come soggetto del tutto distinto dall'amministrazione affidante e di integrare la fattispecie tipica tutelata dalla disciplina di affidamento delle concessioni. Ed è per la prima volta in tale sentenza che la Corte di giustizia ha affermato che la disciplina comunitaria sulla messa a gara non si applica nelle situazioni in cui vi fosse un particolare controllo dell'affidante sull'affidatario. In particolare, l'esame della Corte si è incentrato sulla necessità di verificare, sotto il profilo concorrenziale, se la persona giuridica affidataria possa considerarsi un concorrente o un soggetto coincidente con l'amministrazione pubblica. Nel diritto antitrust, infatti, convenzionalmente ciò che rileva è la

soggezione specifica della controllata alle direttive della controllante ed è l'unità di indirizzo che ne deriva a comportare la considerazione unitaria. Per aversi unità di indirizzo deve, evidentemente, esserci una politica comune; il controllo deve essere concreto.

La Corte di giustizia ha confermato il proprio orientamento anche nel caso "*Econord*", rilevando ancora una volta che il *controllo analogo* "*sussiste quando l'entità di cui trattasi è assoggettata ad un controllo che consente all'amministrazione aggiudicatrice di influenzare le decisioni dell'entità medesima. Deve trattarsi di una possibilità di influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni importanti...*"²⁷, quindi deve trattarsi di un controllo strutturale e funzionale effettivo.

Seppur il legislatore ha determinato le condizioni che positivizzano l'*in house*, il dibattito dottrinale e pretorio non può dirsi del tutto sopito, fornendo sul punto numerosi spunti interpretativi di pregio in ordine al contenuto concreto della forma del controllo in questione.

Al fine di una corretta perimetrazione del requisito del "controllo analogo", un'attenta dottrina ha infatti posto l'accento sull'esigenza di distinguere fra "controllo strutturale" e "controllo sull'attività".

Volendo definire questa differenziazione, mentre il "controllo strutturale" consiste nel potere di nomina della maggioranza dei soggetti che compongono gli organi dell'amministrazione, direzione o vigilanza del soggetto

²⁷ Corte Giustizia, caso *Econord*, 29 novembre 2012, cause riunite C-182/11 e C-183/11.

aggiudicatario, il “controllo sull’attività” consiste invece nella valutazione della conformità dell’attività svolta dall’ente gestore ad un parametro legale di efficienza.

Per l’orientamento prevalente, che sposa la tesi della cumulabilità, al controllo sull’attività deve infatti aggiungersi anche il controllo strutturale. Il controllo sulla sola attività dell’ *in house providing* non integra infatti gli estremi di un’ingerenza pubblica sull’organizzazione imprenditoriale tale da implicare la qualificazione del rapporto fra i due soggetti interessati alla stregua di un legame organizzativo meramente interno all’amministrazione stessa²⁸.

Una tesi minoritaria e ormai risalente ha invece sostenuto la necessità di una partecipazione pubblica totalitaria, ribadendo l’ammissibilità dell’affidamento diretto senza gara solo quando il vincolo tra l’ente che bandisce l’appalto e la società aggiudicatrice sia qualificabile in termini di delega interorganica, specificando che per compiere la valutazione in ordine alla sussistenza del “controllo analogo”, si debba constatare la compresenza di più elementi, quali:

- a) la dipendenza formale;
- b) la dipendenza economica;
- c) la dipendenza amministrativa.

²⁸ Corte Giust. CE, 27 Febbraio 2003, causa C-373/00, Adolf Truley GmbH c. Bestattung Wien GmbH.

Sicché solo in presenza di queste condizioni l'aggiudicatario sarebbe risultato essere effettivamente un tutt'uno con l'ente pubblico, divenendo una sua *longa manus*.

Ad oggi il panorama prospettato da questa corrente minoritaria risulta ancora più obsoleto alla luce del significato che il T.U. riconosce al controllo analogo attraverso una lettura in combinato disposto degli articoli 16 e 2 del testo in questione.

In *primis* controllo analogo non può essere confuso con il parallelo richiamo al controllo pubblico, e men che meno potrà essere assorbito nella categoria di diritto comune del controllo societario.

In *secundis* il controllo analogo va identificato nell'esercizio di un'influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni significative della società.

Alla luce di ciò, si può quindi affermare che è stato frutto di una distorsione del ragionamento, l'associare il controllo analogo cui è sottoposta la società *in house* al controllo cui è sottoposto un organo o ufficio interno dell'ente pubblico. D'altronde, se si considera che per le tesi pubblicistiche il controllo analogo si traduce in una vera e propria situazione di dominio, tipica di rapporti fondati sulla mera gerarchia dove è espunta ogni forma di autonomia decisionale del soggetto subordinato, l'identificazione tra la società *in house* e l'organo o l'ufficio interno all'ente pubblico assume sempre più i connotati di un paradosso.

Paradosso che risulta più evidente se si tiene conto dei principi sanciti all'art. 97 Cost, tra cui emerge quello di sussidiarietà, il quale sancisce l'organizzazione dell'esercizio delle funzioni su diversi criteri di competenza e responsabilità, confermando che sarebbe errato riconoscere un potere gerarchico su una persona giuridica formalmente e soggettivamente distinta dall'amministrazione aggiudicatrice quando un analogo potere di dominio talvolta non è neanche riscontrabile sugli organi interni alla medesima pubblica amministrazione.

Il controllo analogo, pertanto, alla luce della definizione prevista nel Testo unico si fonda su tre principi generali:

- l'alterità soggettiva tra l'amministrazione aggiudicatrice e la società affidataria;
- l'irritualità delle modalità di esercizio dell'influenza;
- la predeterminazione dei poteri attraverso i quali si estrinseca il controllo analogo.

Il controllo analogo identifica una situazione di influenza determinate su un soggetto (società partecipata) che sia terzo e soggettivamente distinto dall'amministrazione pubblica. Il riferimento alla società *in house* è strumentale al riconoscimento di un'autonoma soggettività, nonché funzionale a rimarcare come la relazione di controllo non escluda, ma viceversa presupponga, un'alterità con l'amministrazione aggiudicatrice, non venendo alterati o compromessi i margini della soggettività giuridica

riconosciuta alla società partecipata a dispetto di chi invece ha sostenuto e in parte continua a sostenere la sussistenza di un rapporto di tipo interorganico tra la società e l'amministrazione pubblica²⁹.

L'esercizio di questo controllo può derivare dalla:

- introduzione di clausole statutarie che derogano alle disposizioni di cui agli articoli 2380 bis e 2409 novies c.c.;
- attribuzione all'ente di particolari diritti ex art. 2468 c. 3 c.c.;
- conclusione di appositi patti parasociali stipulati per una durata anche superiore a cinque anni.

Queste prescrizioni hanno però carattere meramente indicativo, risultando irrilevanti le modalità attraverso cui l'ente pubblico controlla le società. Sarà sufficiente che l'amministrazione possa determinare gli obiettivi strategici e le decisioni significative, dando vita ad un'influenza determinante che si esplica in un controllo atipico. Il ricorso alle tecniche convenzionali di precostituzione del controllo e la concreta introduzione di clausole statutarie, così come la stipula di patti parasociali, andranno infatti considerate alla stregua di mere facoltà concesse ed eventualmente esercitabili dall'amministrazione pubblica.

Quindi la portata della norma si esaurisce nella consacrazione secondo legittimità di questi strumenti organizzativi, raccordando in astratto la portata della norma alla definizione della condizione del controllo analogo. In questo

²⁹ C. IBBA e I. DEMURO, *Le società a partecipazione pubblica*, Zanichelli, Bologna, 2018.

modo la consacrazione di questi strumenti non assume una portata vincolante o necessaria rispetto alla precostituzione del controllo analogo, ma solo di predeterminazione.

La ragione per la quale il potere deve essere predeterminato si ricollega all'interesse dell'amministrazione aggiudicatrice a motivare puntualmente la decisione di concedere l'appalto o la concessione ad una società partecipata senza ricorrere ad una procedura competitiva. Pertanto, per dare certezza alla valutazione sulla legittimità del provvedimento con cui la pubblica amministrazione aggiudicatrice abbia disposto l'affidamento, è richiesto esclusivamente che il requisito del controllo analogo sia precostituito e possa essere corrispondentemente verificato a monte sulla base dello statuto, dell'accordo parasociale, di un contratto di servizio o di qualunque altro atto o regolamento idoneo.

Il controllo analogo può quindi essere declinato come esercizio di un'influenza determinante sugli obiettivi strategici e sulle decisioni significative. Si possono individuare due diverse accezioni nella definizione in questione:

- la prima riferita all'intensità dell'influenza (determinante);
- la seconda rivolta all'oggetto della determinazione (obiettivi strategici e decisioni significative).

Il riferimento all'aspetto determinante dell'influenza va correlato al mantenimento di una distinta soggettività della società partecipata:

d'altronde, proprio perché determinata, non può non riconoscersi che essa, rispetto alla volontà dell'amministrazione aggiudicatrice, sia differente. Quindi non solo da un lato è preservata la soggettività della società controllata, ma al contempo sono anche assicurate alcune condizioni del regime di autonomia decisionale dell'organizzazione corporativa, con una dirigenza che seppur sottoposta ad un'influenza determinante non è comunque del tutto esautorata dei propri poteri a tal punto da comportare una regressione della suddetta a mera esecutrice. Sarebbe infatti più opportuno parlare di un'influenza determinante in quanto frutto di un processo decisionale indotto e pertanto solo in parte coartato.

L'influenza determinante evoca pertanto una forma di ingerenza più rarefatta e rigorosa se si considera che il dominio riconosciuto dall'art. 2359 c.c. normalmente copre un fascio di relazioni più ristretto, ma è parimenti vero che la soggezione al controllo societario non è necessariamente sufficiente per accertare la presenza di un controllo anche analogo.

Si tenga conto, poi, che il controllo analogo si risolve nell'esercizio di un'influenza determinante riferita solamente alla definizione degli obiettivi strategici nonché alle altre decisioni significative.

3.2.1. Controllo analogo ed eterodirezione

In relazione al controllo analogo si è affermato il concetto di eterodirezione, inteso come influenza che la società controllata subisce dall'ente pubblico,

limitatamente però ad un livello di gestione che interessa la determinazione degli obiettivi strategici o le decisioni più significative.

Alla luce di ciò deve così convenirsi che l'eterodirezione identifica una relazione di controllo nella quale non si consuma l'integrale erosione della capacità decisionale del soggetto controllato permanendo comunque un'autonomia nell'azione e nella funzione che non mina, anzi consolida un rapporto intersoggettivo e non interorganico³⁰.

Quanto detto trova pieno riscontro nel T.U.E.L., ed in particolare nell'art. 147quater, per il quale da un lato l'amministrazione pubblica definisce preventivamente gli obiettivi gestionali cui deve tendere la società partecipata, secondo parametri qualitativi e quantitativi; dall'altro, organizza 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, e, sulla base delle informazioni acquisite in esito alle rilevazioni eseguite, effettua il monitoraggio periodico sull'andamento della società, analizzando eventuali scostamenti rispetto agli obiettivi assegnati.

Definito il concetto di controllo analogo, avendo proceduto con un'interpretazione a contrario, individuando spesso le peculiarità che

³⁰F. VASSALLI, *Responsabilità d'impresa e potere di amministrazione nelle società personali*, Giuffrè, Milano, 1974.

permettono di definire questo parametro attraverso il negare l'esistenza di altri, è necessario ritornare al disposto normativo da cui abbiamo preso le mosse per definire le società *in house*, per cogliere alcuni aspetti più intimi delle società sottoposte a controllo analogo.

L'art. 16 c. 2 contempla espressamente la facoltà di inserire nello statuto clausole che, in funzione della sottoposizione della società al controllo analogo, si pongano in deroga all'art. 2380 bis c.c..

Il nucleo centrale della disposizione è dato dal riconoscimento di un'investitura monopolistica in favore degli amministratori di società azionarie della competenza a gestire l'impresa. La dottrina tradizionale tendeva ad escludere la facoltà di prevedere statutariamente una diversa assegnazione delle competenze gestorie, fuori ed in deroga alla rigorosa regolamentazione fondata sul combinato disposto degli artt. 2364 - 2380bis c.c..

Senonché, il taglio generico con il quale l'art. 16 c. 2bis T.U.S.P. contempla oggi la facoltà di derogare all'art. 2380 bis c.c., pone incertezze sui limiti di questa autonomia statutaria. Si potrebbe rinvenire nella norma la chiave per legittimare l'introduzione, nello statuto di società partecipate, di una generale riserva di competenza in favore del socio pubblico, tanto nelle forme di una diversa ripartizione delle competenze tra l'organo amministrativo e l'assemblea degli azionisti, quanto attraverso l'assegnazione diretta di poteri gestori in favore del socio o dei soci nel caso di società pluristrutturata,

comportando una derogabilità dell'assetto corporativo e riconoscendo all'autonomia statutaria la facoltà di predeterminare uno svuotamento delle competenze dell'organo amministrativo o destrutturare lo stesso attraverso lo spostamento di funzioni gestorie e di controllo.

Un ulteriore argomento a sostegno dell'assenza di un riconoscimento assoluto alla deroga dei principi del testo in questione, si rinviene da una lettura in combinato disposto degli art. 16 e 14 del T.U. sulle società partecipate con gli articoli 2476 c.c. e 146 L. Fallimentare, dove la previsione di una responsabilità per la corretta e sana gestione dell'impresa consente di teorizzare la vigenza in capo agli amministratori della società *in house* dei consueti doveri di protezione e conservazione dell'integrità del patrimonio sociale. Sicché, qualsiasi cambiamento nella ripartizione delle competenze attraverso l'attività pattizia della ripartizione delle competenze gestionali, deve pertanto essere raccordata alle responsabilità degli amministratori correlate, a meno che non si opti per un depotenziamento del meccanismo di controllo sulla governance.

Una siffatta interpretazione sembrerebbe però contrastare con la *ratio* sottesa al T.U.S.P., in quanto comporterebbe un sovvertimento dei principi che reggono l'organizzazione corporativa; d'altronde, se da un lato è possibile ammettere l'assegnazione al socio pubblico della competenza a decidere singoli atti di gestione, dall'altro lato queste statuizioni non potrebbero comunque travalicare la riserva di competenza generale riservata agli

amministratori. Quindi come evincibile dall'art. 1 c.3 T.U. e dal principio di proporzionalità delle deroghe rispetto alla disciplina privatistica, da un lato si riconosce l'incontrovertibilità di alcuni principi, mentre dall'altra si ammette l'ammissibilità di deroghe alla disciplina societaria solo se strettamente necessarie al perseguimento delle finalità pubblicistiche perseguite.

In conclusione, ad onta dell'ampia e generica portata con la quale viene prevista la straordinaria possibilità di derogare alla norma codicistica, è ragionevole ritenere che la devoluzione di competenze gestorie in favore del socio pubblico si possa statutariamente riconoscere nei limiti della precostituzione del potere di esercitare un'influenza determinante su singoli atti di alta gestione, identificati nelle decisioni strategiche e significative³¹. Quindi si devono preferire interpretazioni limitative sulla derogabilità dell'art. 2380 bis c.c., nonché sui limiti dell'autonomia statutaria, entro i quali si possono eventualmente collocare almeno due proposte:

- lo statuto potrebbe predeterminare la competenza dell'assemblea ad autorizzare il compimento di singoli atti di amministrazione nei quali sono tradotti gli obiettivi strategici dell'attività o le decisioni significative;
- lo statuto potrebbe inoltre predeterminare la competenza dell'assemblea a deliberare specifiche operazioni di alta gestione nelle

³¹ C. IBBA e I. DEMURO, *Le società a partecipazione pubblica*, cit.

quali si esplicitino le scelte degli obiettivi strategici o le decisioni significative.

Il panorama delineato permette di comprendere come la facoltà di derogare all'art. 2380 bis c.c. non possa essere invocata per legittimare un'indiscriminata estensione dei poteri decisionali all'assemblea su qualsiasi atto di gestione seppur minuto. La predeterminazione statutaria di competenze deliberative in favore dell'amministrazione aggiudicatrice si giustifica in virtù della precostituzione del potere di esercitare un'influenza determinante su atti di alta gestione e può corrispondentemente assorbire la decisione riguardante gli obiettivi strategici e le decisioni significative.

La possibilità di un'articolazione diversa del sistema delle competenze è dunque ammessa dall'art. 16 c. 2 del T.U.S.P. con esclusivo riferimento alla decisione di compiere singolari atti di gestione, che per natura e per oggetto possano costituire atti di indirizzo e di alto governo dell'impresa. La predeterminazione statutaria di una competenza deliberativa in favore dell'amministrazione aggiudicatrice non importerebbe, pertanto, alcuna destrutturazione dell'organizzazione corporativa della società.

Assodato il carattere di mera eventualità ai sensi dell'art. 16 c. 2 del T.U.S.P. delle clausole capaci di incidere sulla ripartizione delle competenze gestorie, emerge come l'opzione statutaria di predeterminazione del controllo analogo non abbia carattere essenziale, predeterminazione però che può avvenire

mediante il ricorso a strumenti organizzativi del diritto societario, quali per esempio i patti parasociali.

Questi sono accordi interni ai soci, dai quali è completamente estraneo un effetto reale e dai quali può derivare comunque un vincolo di soggezione per l'ente.

Con i patti parasociali, infatti, i contraenti concordano le modalità di esercizio del diritto di voto in funzione dell'attuazione di un'influenza su alcuni atti di governo dell'impresa.

Si può quindi concludere che, sebbene la costituzione di una società *in house* rappresenti, nella prospettiva unionale della concorrenza, uno strumento organizzativo equipollente ad un esercizio diretto del servizio, il significato della internalizzazione dell'attività non vada rinvenuto sul piano della confusione soggettiva ma neanche nell'assorbimento strutturale della società nell'apparato della pubblica amministrazione.

L'associazione presupposta sulla base del riferimento al controllo analogo deve essere invece ricercata sul piano delle condotte serbate dagli operatori e collegata alla mera influenza esercitata sugli amministratori della società.

Si può allora dire che la società è riferibile all'amministrazione aggiudicatrice nel limitato e improprio senso di agire come un'entità economicamente unitaria in considerazione del parallelismo delle iniziative, del coordinamento, o meglio dell'esistenza di una eterodirezione del socio pubblico.

4. MODALITA' DI AFFIDAMENTO DEI SERVIZI PUBBLICI

L'analisi di una tematica tanto attuale quanto complessa quale quella delle società *in house* necessita di una trattazione che deve prendere le mosse dal Testo unico degli enti locali.

In particolare, l'art. 113 T.U.E.L. rubricata "*Gestione delle reti ed erogazione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica*", afferma, al comma 1, il carattere inderogabile delle norme dettate e la loro funzione di tutela della concorrenza.

Questo è il punto di partenza fisiologico per la disamina di una questione delicata come l'*in house*, che presuppone innanzitutto l'individuazione delle modalità di affidamento di un servizio, per poi comprendere la natura delle società *in house* e le peculiarità di una figura che solo recentemente e a seguito di innumerevoli pronunce sovranazionali e nazionali ottiene dei caratteri sempre più definiti.

La disciplina dell'affidamento diretto dei servizi pubblici, detto *in house providing*, era inizialmente contenuta nella *lettera c)* dell'abrogato comma 5 dell'art. 113 T.U.E.L..

A seguito di tale abrogazione, numerosi sono stati gli interventi del Legislatore e della Consulta, che hanno condotto ad un quadro normativo stratificato e frammentario.

Prima di dare atto di tale processo legislativo e giurisprudenziale, è tuttavia opportuno focalizzare preliminarmente l'attenzione sul modello della

gestione *in house*, passando in rassegna i connotati fondamentali dell'istituto attraverso il ricorso al Testo Unico in materia di Società a Pubblica (D.Lgs. 175/2016) e il Codice dei Contratti pubblici (D.Lgs. 50/2016).

Difettando in origine una definizione e una disciplina puntuale, trattandosi tuttavia di un istituto alternativo alla stipula di un contratto di affidamento del servizio con procedura ad evidenza pubblica, si è sopperito a tale lacuna con la definizione delle figure dell'appalto di pubblici servizi, così da ricavare, in negativo, i confini dell'affidamento *in house*.

Giova rammentare che nell'appalto pubblico di servizi l'appaltatore esegue la sua prestazione a favore dell'ente pubblico; nella diversa ipotesi della concessione di servizio pubblico, invece, il concessionario si sostituisce all'ente concedente nell'esercizio dell'attività propria dell'ente e destinata al pubblico. Il tratto distintivo risiede quindi nel fatto che il concessionario si surroga all'Ente Pubblico concedente nell'esercizio dell'attività spettante a quest'ultimo, a differenza dell'appaltatore.

In entrambe le fattispecie è possibile cogliere, quale dato unificante, l'alterità tra il soggetto che prende in carico il servizio ed il soggetto appaltante o concedente.

L'individuazione dell'intersoggettività come tratto distintivo delle figure contrattuali dell'appalto e della concessione ha permesso di addivenire ad una definizione in negativo dell'*in house*, dove questo rapporto di intersoggettività viene meno alla luce dell'intensità del controllo e

dell'influenza esercitata dal soggetto pubblico sull'affidatario tale da escludere, al di là del dato formale, che sussista una distinzione sostanziale tra i due soggetti.

La mancanza della suddetta relazione ha eliminato l'obbligo di ricorrere alla gara per l'affidamento del servizio, comportando in concorso con altri fattori il configurarsi di un affidamento *in house*.

Questa modalità di affidamento, che si è consolidata nel tempo, non è però sorta in un contesto esclusivamente italiano, ma è il frutto di una strutturazione progressiva operata a livello giurisprudenziale e normativa, tanto a livello europeo quanto a livello nazionale.

Sul punto si deve ricordare la già citata celebre sentenza Teckal³², nella quale sono analiticamente enucleati i criteri al cospetto dei quali è legittimo addivenire all'affidamento *in house* e cioè la sottoposizione al controllo strutturale dell'ente titolare del servizio (c.d. controllo analogo) e a condizione che il soggetto affidatario diretto svolga la parte prevalente della propria attività in favore dell'ente locale affidante (c.d. dedizione prevalente). Per la CGUE, pertanto, per esservi un affidamento diretto del servizio è necessario che vi sia una delegazione interorganica in favore di un soggetto sottoposto che, pur se dotato di personalità giuridica, risulti sottoposto a un penetrante controllo da parte dello stesso ente, alla stregua di tutte le articolazioni interne classiche del soggetto pubblico.

³² Corte Giust. UE, 18 novembre 1999, Causa C-107/98

Sulla scia della giurisprudenza comunitaria e oltre a quella del Legislatore nazionale anche l'elaborazione pretoria è stata di rilevante impatto. Particolarmente significativa sul punto è la sentenza della Cassazione a Sezioni Unite 25 novembre 2013, n°26283, la quale, chiamata a pronunciarsi sulla sussistenza della giurisdizione contabile nei confronti di amministratori di società *in house* che abbiano provocato danni per la società, ha delineato il perimetro dell'istituto seppur non in maniera completa, prima ancora del Codice degli appalti e del Testo Unico sulle Società Partecipate.

La pronuncia ha rilevato che *“la società in house, come già in qualche modo la sua denominazione denuncia, non pare in grado di collocarsi come un'entità posta al di fuori dell'ente pubblico, il quale ne dispone come di una propria articolazione interna. È stato osservato, infatti, che essa non è altro che una longa manus della pubblica amministrazione, al punto che l'affidamento pubblico mediante in house contract neppure consente veramente di configurare un rapporto contrattuale intersoggettivo; di talché l'in house non può ritenersi terzo rispetto all'amministrazione controllante ma deve considerarsi come uno dei servizi propri dell'amministrazione stessa. 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”*. Seppur si parli di società, *“questa va intesa come persona giuridica autonoma cui corrisponda un autonomo centro decisionale e di cui sia possibile individuare un interesse*

suo proprio, non è più possibile parlare. Ne consegue che gli organi di tali società, assoggettati a vincoli gerarchici facenti capo alla PA, neppure possono essere considerati, a differenza di quanto accade per gli amministratori delle altre società a partecipazione pubblica, come investiti di un mero munus privato, inerente ad un rapporto di natura negoziale instaurato con la medesima società”³³, concludendo che il danno erariale realizzato dagli amministratori della società risulta essere di competenza della Corte dei Conti.

Delineate quindi la modalità dell'affidamento diretto, c.d. *in house providing* che si contrappone all'affidamento tramite gara, è opportuno passare alla disamina dei soggetti che ricevono questo affidamento diretto, alla luce del Codice degli appalti pubblici e delle concessioni e del Testo unico in materia di società pubbliche.

4.1. LE NUOVE FORME DELL'IN HOUSE

L'evoluzione dottrinale e giurisprudenziale volta a depotenziare la nozione di controllo analogo dai connotati marcatamente autoritativi, che poggiano sulla presunta appartenenza della società all'amministrazione aggiudicatrice, ha condotto al sorgere di differenti forme di affidamenti *in house*, differenti rispetto a quelle fondate su un rapporto di controllo diretto e verticale dell'amministrazione pubblica sulla persona giuridica beneficiaria dell'affidamento.

³³Cass. Sezioni Unite, 25 novembre 2013, n° 26283.

La prima forma che rileva è quella dell'*in house* orizzontale, recentemente oggetto di discussione da parte della CGUE. In questa prima e nuova forma di *in house* tra l'amministrazione e la società non si viene ad instaurare un rapporto diretto bensì indiretto, fondato sull'interposizione di un terzo soggetto pubblico titolare di un potere di controllo analogo sugli altri due enti. In questa ipotesi il controllo esercitato dal terzo, posto in posizione apicale, consente all'amministrazione di concedere affidamenti diretti in favore di una società terza cui l'amministrazione aggiudicatrice non partecipa e con la quale essa può istituire una relazione di tipo solamente orizzontale. Proprio la CGUE, con la sentenza 8 maggio 2014, causa C-15/13 ha stabilito che *“il fondamento che giustifica l'applicazione del regime dell'in house deve rinvenirsi nel fatto che la conclusione del contratto tra l'amministrazione aggiudicatrice e la società affidataria non sia il risultato di volontà autonome degli enti che ne costituiscono le parti, ma sia l'espressione di una volontà unica”*. Il controllo, nella fattispecie in esame, si sostanzia quindi in un legame allentato e rarefatto, la cui portata è limitata alle relazioni esistenti tra i due enti con la comune amministrazione controllante, di talché il concetto di controllo analogo andrà sempre di più a sfumare.

Un'altra forma di *in house* nata dall'attenuarsi del concetto di controllo analogo, è quella dell'*in house* congiunto che sorge allo scopo di servire una pluralità di enti pubblici. Mentre la valutazione sulla novità è indiscutibilmente positiva se vista nella prospettiva del funzionamento

dell'azione amministrativa, proprio l'avanzamento del fenomeno dell'*in house* ha segnato un definitivo indebolimento del suo nucleo concettuale, alimentando quel processo di rarefazione del vincolo di asserita appartenenza della società all'amministrazione aggiudicatrice.

Quando la società è pluripartecipata, infatti, la relazione tra la singola amministrazione aggiudicatrice e la società *in house* si riduce al mantenimento delle seguenti condizioni minimali:

1. previsione di partecipazione negli organi decisionali delle persone giuridiche controllate di tutte le amministrazioni partecipanti³⁴;
2. capacità da parte delle amministrazioni aggiudicatrici di esercitare congiuntamente un'influenza determinante sugli obiettivi strategici e sulle decisioni significative;
3. che la persona giuridica controllata non persegua interessi contrari a quelli delle amministrazioni aggiudicatrici controllanti, nel senso che il progetto imprenditoriale promosso dalla società pluripartecipata tenga conto della valorizzazione delle esigenze di tutte le amministrazioni partecipanti (come nel caso di una società dedicata al trasporto pubblico, che i territori di ciascuna amministrazione siano coperti dal servizio erogato), a prescindere dalla dimensione

³⁴V. DONATIVI, *I confini (ancora incerti) del controllo analogo congiunto in materia di in house providing*, in Giur.comm., Giuffrè, Milano, 2014

dell'investimento e dalla misura della partecipazione detenuta dai singoli enti pubblici.

L'affievolimento della posizione di controllo insito nel carattere congiunto dell'esercizio, così come provocato dalla necessaria condivisione del potere e dalla mediazione della volontà dei soci, comporta un corrispondente livellamento verso il basso delle condizioni essenziali e minimali correlate all'accertamento del carattere organizzativo delle società partecipate, confermando un depotenziamento del controllo da correlare al carattere congiunto o plurifrazionato.

Proprio questa possibilità di *in house* pluripartecipato ha dato vita alle forme dell'*in house* frazionato o frantumato, che ritiene configurabile il controllo analogo anche quando vi sia una pluralità di soci pubblici che nel loro insieme assicurino il controllo nei limiti prefissati. Sul punto si è espressa anche la CGUE in via pregiudiziale con la Sentenza CoditelBrabant SA³⁵, affermando che se il controllo esercitato da più autorità pubbliche associate sull'ente concessionario è effettivo, non risulta indispensabile che sia individuale.

Si segnala sempre sull'*in house* frantumato, anche la pronuncia della CGUE, Grande sezione, 9 giugno 2009, causa C-480/06, che nel caso di una società dedita al servizio di smaltimento dei rifiuti in favore di più pubbliche amministrazioni, ha precisato che “*poiché il diritto comunitario non impone in alcun modo alle autorità pubbliche di ricorrere ad una particolare forma*

³⁵ C.G.U.E. 13 novembre 2008, C-324/2007

giuridica per assicurare in comune le loro funzioni di servizio pubblico, non contrasta con il Trattato l'accordo a titolo oneroso, di durata ventennale, stipulato tra enti locali volto a consentire il trattamento dei rifiuti nell'impianto di uno di essi, con l'obbligo per gli altri di mettere a disposizione le capacità ricettive delle proprie discariche non sfruttate".

4.2. L'AFFIDAMENTO IN HOUSE TRA REGOLA ED ECCEZIONE

Delineati i connotati dell'*in house* alla luce degli interventi del Legislatore in risposta alle pronunce giurisprudenziali e al dibattito dottrinale, occorre chiedersi se il modulo dell'*in house* costituisca una soluzione alternativa all'esternalizzazione o se, invece, la P.A. debba necessariamente rivolgersi al mercato per la selezione del partner contrattuale cui affidare la gestione di un servizio pubblico.

La giurisprudenza unionale, facendo leva sui principi della trasparenza e della libera concorrenza di cui agli articoli 52, 56 e 106 del T.F.U.E., ha dubitato della legittimità comunitaria dell'art. 113 c. 5, D.lgs. 18 agosto 2000, n° 267, nella parte in cui non poneva alcun limite alla libera scelta dell'Amministrazione pubblica e all'affidamento diretto a società da essa interamente controllate. Questa giurisprudenza ha infatti evidenziato come il carattere eccezionale del modello *in house* sia da utilizzare con le dovute cautele, laddove abbia ad oggetto un servizio di rilevanza economica, e cioè di servizio che possa essere ordinariamente soddisfatto mediante il ricorso al mercato nel rispetto dei principi della disciplina comunitaria.

Ad un orientamento iniziale che qualificava l'*in house* come eccezione ha fatto seguito una giurisprudenza della C.G.U.E. che ha superato queste perplessità ritenendo legittima una normativa nazionale che consenta a un ente pubblico di attribuire in via diretta la gestione di pubblici servizi a società in mano pubblica, affermando che nessun principio risulterebbe violato da una disciplina nazionale che consenta a un soggetto pubblico di attribuire in via diretta, e quindi senza pubblica gara, una concessione di pubblici servizi a società di mano pubblica, di cui il soggetto pubblico detenga l'intero capitale, a condizione che il soggetto pubblico eserciti sulla società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e che la società in questione realizzi la parte più importante della propria attività con il soggetto pubblico che lo detiene.

Sicché alla base di questa posizione vi sarebbe sì la volontà di favorire e promuovere un mercato concorrenziale, ma laddove sia propedeutica al rispetto della non discriminazione e della trasparenza nonché della tutela del mercato.

Affermata quindi l'iniziale libertà da parte della C.G.U.E. per i legislatori nazionali di ricorrere indistintamente alla gestione interna o esterna di un servizio pubblico, lo stesso quesito si è posto a livello nazionale, interrogandosi nei limiti fissati dal massimo organo di Giustizia unionale, quando si possa ricorrere all'internalizzazione o alla esternalizzazione del servizio.

Una prima tesi ha opinato nel senso della libera facoltà dell'ente pubblico di ricorrere a tale strumento di gestione del servizio piuttosto che al mercato, sulla base degli articoli 117 e 118 Cost., che riconoscono un'ampia autonomia organizzativa alle P.A., autorizzando implicitamente il ricorso al modello dell'*in house* per la gestione del servizio pubblico.

Una differente tesi, invece, sulla scia di una pronuncia del Consiglio di Stato³⁶, ha sostenuto che il ricorso all'*in house* non costituisca un principio generale, prevalente sulla normativa interna, ma è un principio derogatorio di carattere eccezionale che consente, e non obbliga, i legislatori nazionali a prevedere tale forma di affidamento, di guisa che, laddove la legislazione interna non dovesse riconoscere esplicitamente la facoltà di ricorrere a tale sistema di autoproduzione, la P.A. debba necessariamente esternalizzare l'opera o il servizio. In coerenza di ciò si è sostenuto che l'onere della prova del ricorso all'*in house* e quindi delle condizioni legittimanti, spetti all'ente controllante e all'affidatario del servizio.

Lo status giuridico e giurisprudenziale tanto nazionale quanto europeo faceva quindi propendere per un *favor* nei confronti della prima tesi, sulla base anche di orientamenti univoci dei T.A.R. a livello nazionale per i quali: “*(ne)l diritto comunitario la cd. "autoproduzione" (gestione in house) e l'esternalizzazione sono poste sullo stesso piano e l'alternativa tra le due opzioni è rimessa al prudente apprezzamento delle singole amministrazioni*” (ex multis T.A.R.

³⁶Cons. Stato, Sez. VI, 3 marzo 2007, n° 1514.

Veneto Venezia Sez. I, 20 marzo 2014, n. 358; T.A.R. Lombardia Brescia Sez. II, 1° marzo 2016, n. 309).

A suffragare questa posizione la giurisprudenza richiamava la chiara dizione del quinto Considerando della direttiva 2014/24/UE, laddove si precisa che *“nessuna disposizione della presente direttiva obbliga gli Stati membri ad affidare a terzi o a esternalizzare la prestazione di servizi che desiderano prestare essi stessi o organizzare con strumenti diversi dagli appalti pubblici ai sensi della presente direttiva”* (Cons. Stato, Sez. V, 18 luglio 2017, n. 3554; Sez. III, 24 ottobre 2017, n. 4902).

Nonostante tale tesi, la scelta a favore dell'*in house* non era comunque libera e le Amministrazioni, nell'esercizio della loro discrezionalità, avrebbero dovuto comunque giustificarla, dimostrandone la convenienza economica attraverso una comparazione con gli interessi in gioco. Già da queste coordinate era infatti desumibile l'approdo a cui si sarebbe giunti in merito al ruolo della motivazione nel ricorso all'*in house* come deroga all'evidenza pubblica.

Recentemente, infatti, si è assistito in giurisprudenza ad un ritorno all'orientamento che poneva l'*in house* in posizione eccezionale rispetto all'ordinario affidamento tramite gara pubblica, richiedendo perciò una giustificazione stringente ed approfondita alla scelta.

Ciò, anche in virtù delle decisioni della Corte di Giustizia (Sez. IX, 6 febbraio 2020, n. 89/19 e C-91/19) e della sentenza della Corte Costituzionale n. 100/2020.

In primo luogo, la Corte di Giustizia, chiamata a rispondere sulla corretta interpretazione dell'art. 12 par. 3 della direttiva n. 24/2014 in merito ai presupposti dell'affidamento in house ha ammesso, riferendosi ai legislatori nazionali, che la normativa europea "*li autorizza a subordinare* la conclusione di un'operazione interna all'impossibilità di indire una gara d'appalto e, in ogni caso, alla dimostrazione, da parte dell'amministrazione aggiudicatrice, dei vantaggi per la collettività specificamente connessi al ricorso all'operazione interna", concludendo che "*occorre quindi rispondere alla prima questione dichiarando che l'articolo 12, paragrafo 3, della direttiva 2014/24 deve essere interpretato nel senso che non osta a una normativa nazionale che subordina la conclusione di un'operazione interna, denominata anche "contratto in house", all'impossibilità di procedere all'aggiudicazione di un appalto e, in ogni caso, alla dimostrazione, da parte dell'amministrazione aggiudicatrice, dei vantaggi per la collettività specificamente connessi al ricorso all'operazione interna.*" (Corte di Giustizia, Sez. IX, 6 febbraio 2020, in cause da C-89/19 a C-91/19).

La Corte di Giustizia UE utilizza, non a caso, il termine "subordina" dimostrando il *revirement* rispetto all'*in house*.

Questa pronuncia è stata inoltre seguita e citata dalla Corte Costituzionale, nella sentenza n. 100/2020, chiamata a rispondere sulla legittimità costituzionale dell'art. 192 comma 2 d.lgs. n. 50/2016 nella parte in cui impone all'amministrazione un onere motivazionale più stringente nel caso di affidamento *in house*.

Il codice dei contratti pubblici, dedica alcune norme specifiche al settore dell'*in house*, ovvero l'articolo 192 "Regime speciali degli affidamenti *in house*" e l'articolo 193 "Società pubblica di progetto", oltre ai principi sanciti nell'articolo 5.

Il comma 2 dell'articolo 192, facendo seguito a quegli orientamenti giurisprudenziali sovranazionali che cominciavano a delimitare l'alveo di operatività dell'*in house* attraverso un motivazione più stringente che ne giustificasse il ricorso, ha infatti previsto che le stazioni appaltanti debbano preventivamente effettuare una valutazione sulla congruità economica dell'offerta dei soggetti *in house*, prevedendo motivazioni stringenti per l'affidamento interno anche in merito alle specifiche ragioni di pubblico interesse³⁷.

La Consulta, in tal caso, ha salvato la norma ritenendo giustificato un onere motivazionale più stringente per un'ipotesi di affidamento da ritenere eccezionale rispetto all'evidenza pubblica.

³⁷ D. ANSELMINI e F. SMERCHINCH, *Affidamento in house: dall'elaborazione giurisprudenziale al Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza*, in www.primogrado.com, 2021.

E così, anche nella giurisprudenza amministrativa è stato accolto il diverso orientamento che tende a ritenere l'*in house* se non subordinato, quantomeno residuale rispetto all'esternalizzazione.

Sicché, salvo alcuni casi isolati relativi a precisi servizi pubblici, in cui è stato ritenuto che l'*in house providing* fosse una modalità ordinaria di affidamento dei relativi servizi, "perfettamente alternativa al ricorso al mercato" (T.A.R. Liguria Genova Sez. II, 3 ottobre 2020, n. 683), la maggior parte della più recente giurisprudenza amministrativa ritiene che sia necessaria una motivazione particolarmente rafforzata ed esplicativa delle ragioni che hanno indotto alla scelta a favore dell'affidamento *in house*.

In ragione di ciò, il Consiglio di Stato ha riformato la sentenza del TAR Liguria, in merito all'affidamento *in house* del servizio di gestione dell'accesso, sosta e viabilità ad un noto ospedale genovese, richiedendo un onere motivazionale aggiuntivo. La motivazione del Consiglio di Stato non lascia infatti dubbi sul revirement della giurisprudenza sul ricorso all'*in house* *"l'art. 192, comma 2, del Codice degli appalti pubblici (d. lgs. n. 50 del 2016) impone che l'affidamento in house di servizi disponibili sul mercato sia assoggettato a una duplice condizione, che non è richiesta per le altre forme di affidamento dei medesimi servizi (con particolare riguardo alla messa a gara con appalti pubblici e alle forme di cooperazione orizzontale fra amministrazioni): a) la prima condizione consiste nell'obbligo di motivare le condizioni che hanno comportato l'esclusione del ricorso al mercato. Tale*

condizione muove dal ritenuto carattere secondario e residuale dell'affidamento in house, che appare poter essere legittimamente disposto soltanto in caso di, sostanzialmente, dimostrato 'fallimento del mercato' rilevante a causa di prevedibili mancanze in ordine a "gli obiettivi di universalità e socialità, di efficienza, di economicità e di qualità del servizio, nonché di ottimale impiego delle risorse pubbliche", cui la società in house invece supplirebbe; b) la seconda condizione consiste nell'obbligo di indicare, a quegli stessi propositi, gli specifici benefici per la collettività connessi all'opzione per l'affidamento in house (dimostrazione che non è invece necessario fornire in caso di altre forme di affidamento – con particolare riguardo all'affidamento tramite gare di appalto -. Anche qui la previsione dell'ordinamento italiano di forme di motivazione aggravata per supportare gli affidamenti in house muove da un orientamento di sfavore verso gli affidamenti diretti in regime di delegazione interorganica, relegandoli ad un ambito subordinato ed eccezionale rispetto alla previa ipotesi di competizione mediante gara tra imprese" (Consiglio di Stato sez. III, 12 marzo 2021, n. 2102).

Il Consiglio di Stato fa riferimento all'*in house* come una modalità "secondaria e residuale" di affidamento, possibile "soltanto" in caso di "dimostrato fallimento del mercato", ribadendo lo sfavore dell'ordinamento per questa tipologia di affidamento.

Continua la sentenza spiegando i limiti ed i contenuti necessari della motivazione: *“Deve quindi evidenziarsi che il giudice di primo grado, lungi dall’obliterare l’esigenza che l’Amministrazione motivi (anche) in ordine alle ragioni del mancato ricorso al mercato ai fini dell’affidamento in house del servizio, ha affermato che, da un lato, la corretta applicazione della citata disposizione non richieda “un confronto concorrenziale preliminare tra i due modelli di gestione del servizio”, dall’altro lato, che la motivazione sottesa all’opzione internalizzante può assumere carattere “unitario”, siccome idonea a dare conto, ad un tempo, delle ragioni del mancato ricorso al mercato e dei benefici per la collettività attesi dal modello in house. Del resto, tale formula motivazionale è conforme allo schema interpretativo fornito da questa Sezione con la sentenza citata, laddove evidenzia che, così come l’obbligo motivazionale inerente alla dimostrazione del “fallimento del mercato rilevante” deve essere assolto avendo riguardo alle prevedibili mancanze in ordine agli “obiettivi di universalità e socialità, di efficienza, di economicità e di qualità del servizio, nonché di ottimale impiego delle risorse pubbliche, cui la società in house invece supplirebbe”, anche quello relativo agli “specifici benefici per la collettività connessi all’opzione per l’affidamento in house” deve essere adempiuto con riferimento “a quegli stessi propositi” (ergo, in relazione ai suddetti “obiettivi di universalità e socialità, di efficienza, di economicità e di qualità del servizio, nonché di ottimale impiego delle risorse pubbliche”).*

Deve peraltro osservarsi che la motivazione “unitaria” della scelta di ricorrere all’affidamento in house non stride con il carattere “preferenziale” del canale concorrenziale di acquisizione del servizio (quale trova paradigmatica espressione nello svolgimento di una gara), posto in risalto dalla pronuncia citata, costituendo i “benefici per la collettività” attesi dall’organizzazione in house dello stesso e le “ragioni del mancato ricorso al mercato” le due facce di una medesima realtà, di cui colgono, rispettivamente, gli elementi “positivi” (inclinanti la valutazione dell’Amministrazione verso l’opzione gestionale di tipo inter-organico) e quelli “negativi” (sub specie di indisponibilità di quei “benefici” attraverso il ricorso al mercato). Né può omettersi di rilevare che, trattandosi di valutazione unitaria e complessa, siccome finalizzata a sintetizzare entro un quadro unificante (rappresentato dai vantaggi insiti nell’affidamento in house rispetto a quelli derivanti dal meccanismo concorrenziale) dati molteplici e variegati (secondo lo spettro valoriale dianzi richiamato), il sindacato del giudice amministrativo non potrà che svolgersi secondo le coordinate tipiche del potere discrezionale, rifuggendo quindi da una analisi di tipo atomistico e parcellizzato della decisione amministrativa portata alla sua cognizione, ma orientandolo verso una valutazione di complessiva logicità e ragionevolezza del provvedimento impugnato. Occorre solo aggiungere che l’obbligo motivazionale facente carico all’Amministrazione, come innanzi delineato, si riverbera, sul piano istruttorio, nella attribuzione

alla stessa della scelta, anch'essa eminentemente discrezionale, in ordine alle modalità più appropriate - salva la verifica del giudice amministrativo circa la loro idoneità a fornire un quadro attendibile ed esaustivo della realtà fattuale rilevante nei sensi illustrati – a cogliere, in relazione alla concreta fattispecie, i dati necessari al fine di compiere, in maniera oggettiva quanto completa, la suddetta valutazione di “preferenza”: metodo che impone coerentemente all'Amministrazione di prendere in considerazione sia la soluzione organizzativa e gestionale praticabile attraverso il soggetto in house (al fine, appunto, di enucleare i “benefici per la collettività” da essa attesi), sia la capacità del mercato di offrirne una equivalente, se non maggiormente apprezzabile, sotto i profili della “universalità e socialità, efficienza, economicità, qualità del servizio e ottimale impiego delle risorse pubbliche”.

Al riguardo, deve altresì rilevarsi che la congruità dell'attività istruttoria posta in essere dall'Amministrazione deve essere valutata caso per caso, non potendo escludersi la possibilità (recte, legittimità) di un modus procedendi che non si traduca nell'effettuazione di specifiche indagini di mercato e/o di tipo comparativo, laddove sussistano plausibili, dimostrabili e motivate ragioni, insite nell'affidamento del servizio all'organismo in house, per ritenere che l'affidamento mediante gara non garantisca (non, quantomeno, nella stessa misura di quello diretto) il raggiungimento degli obiettivi prefissati”.

Nel caso di specie, il Consiglio di Stato ha concluso riformando la sentenza di primo grado ed osservando che: “*esso (cioè il profilo motivazionale) inerisce a considerazioni di carattere soggettivo concernenti il soggetto affidatario, insufficienti di per sé a veicolare in termini necessitati la scelta circa la soluzione organizzativa ottimale in direzione dell'affidamento in house, e quindi a dimostrare che nel mercato non siano reperibili soggetti ugualmente qualificati da un punto di vista professionale/esperienziale*”.

Viene così censurata la valutazione e la motivazione dell'Amministrazione, che avrebbe indagato il solo contesto soggettivo dell'affidatario (ciò che l'impresa avrebbe potuto offrire) e non quello oggettivo della realtà di riferimento (il territorio ed il mercato in cui sarebbe stato svolto il servizio).

Anche la sentenza del Consiglio di Stato, Sez. V, del 15 dicembre 2020, n. 8028, aderisce a questo orientamento, in cui motivazioni particolarmente pregnanti devono giustificare, nel significato letterale di “scusare”, la scelta dell'*in house*, andando a snocciolare tutti i vantaggi di derogare alla gara pubblica nel caso concreto.

Si tratta di una tendenza presente altresì nella giurisprudenza di merito (cfr., ad esempio, T.A.R. Lombardia Brescia Sez. I, 23 marzo 2021, n. 280 e T.A.R. Lombardia Brescia Sez. I, 8 aprile 2021, n. 329), la quale si è occupata anche del caso, del tutto particolare, del rapporto tra la costituzione di una nuova società e l'affidamento di un servizio *in house*.

In tale ipotesi, il TAR ha ritenuto percorribile la possibilità di derogare alla motivazione rafforzata, ma solo qualora la scelta sia effettivamente quella di costituire una nuova società e ciò avvenga sulla base di un atto legislativo (nel caso di specie una legge provinciale).

Diversamente, permane l'obbligo motivazionale analitico, nel caso di affidamento del servizio *in house* ad una società già esistente: *“Ad avviso del Collegio, non sono condivisibili, in contrasto con quanto dedotto nel precedente punto, le argomentazioni giuridiche cui è pervenuta la difesa provinciale che, nel ricondurre l'articolo 19 della l.p. 2 del 2020 esclusivamente all'articolo 5 del Testo unico in materia di Società a partecipazione pubblica (TUSPP, ossia il D.Lgs. 19 agosto 2016, n. 175) ritiene che tale opzione possa consentire di travalicare tout court l'applicazione delle disposizioni statuali dell'articolo 192, comma 2, del Codice dei contratti, che operano nell'ambito dell'affidamento in house. A tale approdo, in tesi dell'Amministrazione intimata, si perviene sulla scorta del rilievo della sostanziale congruenza degli obblighi di motivazione del predetto articolo 5 del TUSPP, quanto alla motivazione analitica delle ragioni di interesse pubblico che giustificano la costituzione di una società in house, con la motivazione rafforzata prevista dall'art. 192, comma 2, del Codice dei contratti richiesta in sede di affidamento del servizio secondo la scelta dell'autoproduzione in luogo dell'appalto. Ne deriverebbe che tale coincidenza, unita all'esonero dall'obbligo di motivazione analitica nel caso*

di scelta operata con lo strumento legislativo quale si rinviene nell'incipit dell'articolo 5 del TUSPP, consentirebbero di prescindere dalla necessità di esprimere la motivazione rafforzata di cui all'articolo 192, comma 2, del D.Lgs. n. 50 del 2016, in sede di affidamento domestico del servizio, poiché tale affidamento diretto rappresenta l'atto conseguente ed esecutivo rispetto a quella prodromica decisione legislativa.

Ritiene invece il Collegio che le norme del TUSPP e del Codice dei Contratti devono essere interpretate ed applicate in modo integrato, rendendo coerenti le scelte rimesse all'autonomia organizzativa e funzionale delle Amministrazioni con quelle di tutela della promozione del mercato. Infatti, le due discipline in tema di affidamenti in house si integrano reciprocamente, con effetti che complessivamente vanno nella direzione di razionalizzare il sistema delle partecipazioni pubbliche, nell'ottica di una riduzione della spesa, di promozione di adeguati livelli di pubblicità e trasparenza, oltre che di contrasto dei fenomeni di maladministration e lotta alla corruzione. In particolare, mentre le norme del TUSPP stabiliscono quando e a che fine sia possibile costituire una società in house (artt. 2,4,16), il Codice dei contratti pubblici ammette l'in house negli appalti pubblici e permette gli affidamenti diretti (art. 5), introducendo a tale riguardo un sistema di controlli atti a garantire la legittimità dell'affidamento fuori mercato (art. 192).

Ciò è comprovato dalla stessa previsione dell'articolo 4, comma 2, del TUSPP, il quale dispone che "Nei limiti di cui al comma 1, le amministrazioni

pubbliche possono, direttamente o indirettamente, costituire società e acquisire o mantenere partecipazioni in società esclusivamente per lo svolgimento delle attività sotto indicate:" tra le quali si contempla alla lett. d) l'"autoproduzione di beni o servizi strumentali all'ente o agli enti pubblici partecipanti o allo svolgimento delle loro funzioni, nel rispetto delle condizioni stabilite dalle direttive europee in materia di contratti pubblici e della relativa disciplina nazionale di recepimento". Inoltre, anche l'articolo 16, comma 7, del medesimo TUSPP, sempre con riguardo alle società in house, stabilisce che "Resta fermo quanto previsto dagli articoli 5 e 192 del medesimo D.Lgs. n. 50 del 2016". Di tale circostanza, a ben vedere, è consapevole la stessa Provincia resistente che, oltre a richiamare l'articolo 4 lett. d) in sede difensiva - come correttamente osservato dalla ricorrente - esprime puntuale contezza di tale cogente necessità nell'approvazione delle deliberazioni di riordino della governance delle società partecipate (deliberazioni 1690 del 2017 e 1867 del 2017), ivi compresa T.S. S.p.a., società a socio unico provinciale.

I due ordinamenti pertanto sono tra loro coerenti, e se l'esclusione della motivazione può essere sostenuta per la costituzione di nuove società, ai sensi di quanto previsto dall'incipit del comma 1 dell'art. 5 del TUSPP, ove si operi con una disposizione di legge provinciale, non altrettanto può viceversa dirsi quando si tratti di disporre l'affidamento in house del servizio." (T.R.G.A. Trentino-Alto Adige Trento Sez. Unica, 21 dicembre 2020, n. 208).

4.3 L’AFFIDAMENTO IN HOUSE TRA LINEE GUIDA E PNRR

Il cambio di orientamento espresso in maniera più o meno stringente dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato e dei TAR su scala nazionale, ha spinto l’ANAC ad attivare una consultazione per predisporre nuove Linee Guida proprio in merito alla motivazione rafforzata richiesta dall’art. 192 d.lgs. n. 50/2016, al fine di rimediare alle omissioni in sede istruttoria da parte delle Amministrazioni, soprattutto locali, che nella gran parte dei casi tendono a preferire l’affidamento *in house* alla gara pubblica.

In tale quadro si è inserito anche il testo del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR), presentato il 25 aprile 2021 dal Governo al Parlamento per l’avvio del procedimento legislativo, che ha dettato alcuni principi in tema di *in house* e servizi pubblici, valutati talmente importanti dal Consiglio di Stato che con il Parere 01073/2021 ha ritenuto di dover sospendere la discussione sulle Linee Guida ANAC e la stessa redazione del parere nelle more di un delineamento più preciso dell’assetto normativo che il PNRR ha comportato nel panorama nazionale.

Sul punto, dopo un ampio confronto con l’AGCM e altri stakeholder, l’ANAC è da ultimo intervenuta con l’adozione delle Linee guida recanti “Indicazioni in materia di affidamenti in house di contratti aventi ad oggetto lavori, servizi o forniture disponibili sul mercato in regime di concorrenza ai sensi dell’articolo 192, comma 2 del D.Lgs. 18 aprile 2016 n. 50”.

Le nuove Linee Guida ANAC, suddivise in sette punti, dedicano una particolare attenzione proprio alle ragioni che spingono la pubblica amministrazione a non ricorrere al mercato e alla necessità che il provvedimento adottato contenga un'adeguata motivazione, conoscibile per tutti gli operatori del settore, possibili "concorrenti".

Secondo l'ANAC, la motivazione deve riportare "*una valutazione concreta, riscontrabile, controllabile, chiara e specifica...*" sulle valutazioni effettuate dalla stazione appaltante.

Queste valutazioni devono riguardare: la presenza sul mercato della prestazione da affidare; la congruità economica dell'offerta dell'organismo *in house*; i possibili benefici per la comunità. In ordine alla presenza sul mercato dei lavori, servizi o forniture da affidare, l'ANAC richiede che la stazione appaltante, predetermini gli elementi essenziali del contratto, quali l'oggetto, le esigenze da soddisfare, gli standard qualitativi richiesti e la durata dell'affidamento.

La valutazione sulla congruità economica, invece, dovrà tener conto dell'oggetto e del valore della prestazione, e quindi del costo del lavoro e delle modalità di svolgimento oltre che delle esperienze pregresse in termini di efficienza ed efficacia. Infine, la stazione appaltante, sempre per il tramite del responsabile unico del procedimento o del responsabile nominato ai sensi della Legge 241/1990, deve dar conto nella motivazione dell'affidamento dei benefici per la collettività conseguibili mediante il ricorso all'*in house*,

operando un raffronto comparativo rispetto agli obiettivi perseguibili mediante il ricorso al mercato.

Sulle medesime Linee guida e sulla loro fondatezza è stato chiamato a pronunciarsi anche il Consiglio di Stato a seguito di richiesta di parere da parte del presidente dell'ANAC, al fine di fornire indicazioni pratiche per orientare l'azione degli enti interessati verso comportamenti conformi alla normativa vigente ed uniformi, favorendo la diffusione di *best-practice*.

La Sezione consultiva del Consiglio di Stato con il Parere n. 01073 ha però affermato che *“prima di procedere all’analisi delle linee guida e delle diverse, spesso complesse e delicate problematiche ivi affrontate”* sia opportuno *“demandare a codesta autorità un ulteriore approfondimento sui profili relativi all’impatto delle Linee Guida nel contesto di attuazione del PNRR (...)”* fermando e riservando ogni ulteriore valutazione e determinazione sul merito contenutistico delle proposte linee guida, ad un momento successivo.

A tal proposito è necessario riportare un passo del testo di PNRR trasmesso il 25 aprile 2021 al Parlamento.

In particolare, a pag. 74, nel paragrafo “C. Concorrenza e valori sociali” era previsto: *“Una parte importante del disegno di legge sarà diretta a promuovere dinamiche competitive finalizzate ad assicurare anche la protezione di diritti e interessi non economici dei cittadini, con particolare riguardo ai servizi pubblici, alla sanità e all’ambiente. In particolare, si*

rendono opportuni i seguenti interventi: In materia di servizi pubblici, soprattutto locali, occorre promuovere un intervento di razionalizzazione della normativa, anche prevedendo l'approvazione di un testo unico, che in primo luogo chiarisca il concetto di servizio pubblico e che assicuri – anche nel settore del trasporto pubblico locale – un ricorso più responsabile da parte delle amministrazioni al meccanismo dell'in house providing. In questa prospettiva, pur preservandosi la libertà sancita dal diritto europeo di ricorrere a tale strumento di auto-produzione, andranno introdotte specifiche norme finalizzate a imporre all'amministrazione una motivazione anticipata e rafforzata che dia conto delle ragioni del mancato ricorso al mercato, dei benefici della forma dell'in house dal punto di vista finanziario e della qualità dei servizi e dei risultati conseguiti nelle pregresse gestioni in auto-produzione, o comunque a garantire una esaustiva motivazione dell'aumento della partecipazione pubblica. Sarà inoltre previsto un principio generale di proporzionalità della durata dei contratti di servizio pubblico, compresi quelli affidati con la modalità dell'in house (legge annuale 2022)".

Diversi sono gli spunti di riflessione che possono trarsi da queste righe del PNRR. Innanzitutto, risulta che il testo tende a focalizzarsi sui servizi pubblici, soprattutto locali, sulla stessa lunghezza d'onda dell'ANAC, ritenendo questo settore particolarmente delicato ed esposto ad “abusi di affidamento in house”.

Sul punto, è interessante notare il ricorso da parte dei redattori del testo alla locuzione “responsabile” per riferirsi alla prassi delle Amministrazioni di ricorso all’affidamento *in house*. Il che confermerebbe quanto appena detto in termini di presunto approfittamento della disciplina *in house* da parte degli Enti pubblici.

Inoltre, viene confermata anche in sede di PNRR la tendenza, già espressa nella giurisprudenza, per cui l’*in house* si trova su un “gradino più basso” rispetto all’affidamento tramite gara pubblica e per tale motivo è necessario avere una motivazione rafforzata su benefici finanziari e qualitativi dell’affidamento, spiegando i vantaggi del mancato ricorso al mercato e riportando, come dato di novità, le eventuali esperienze pregresse *in house*.

Ancor più di recente è poi intervenuto *in subiecta materia* il legislatore che, nel dettare la nuova disciplina della “*governance del Piano nazionale di ripresa e resilienza mediante prime misure di rafforzamento delle strutture amministrative e di accelerazione e snellimento delle procedure*”, con l’art. 10 (rubricato Misure per accelerare la realizzazione degli investimenti pubblici) del decreto-legge 31 maggio 2021, n. 77, convertito, con modificazioni, dalla legge 29 luglio 2021, n. 108, ha per un verso ampliato l’area applicativa del ricorso all’*in house providing*, autorizzando le amministrazioni interessate, al fine di “sostenere la definizione e l’avvio delle procedure di affidamento ed accelerare l’attuazione degli investimenti pubblici, in particolare di quelli previsti dal PNRR e dai cicli di

programmazione nazionale e dell'Unione europea 2014-2020 e 2021-2027”, ad avvalersi, mediante apposite convenzioni, “*del supporto tecnico-operativo di società in house qualificate ai sensi dell'articolo 38 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50*”, e, per l’altro verso, ha introdotto, nel comma 3, una disciplina ad hoc della motivazione del ricorso alla formula dell’in house in deroga al mercato, di cui all’art. 192, comma 2.

L’ANAC su tale scia ha pertanto proposto, mediante l’adozione delle linee guida in esame, l’obiettivo di “garantire un’applicazione non soltanto formale della norma, proponendo soluzioni interpretative estensive rispetto al dato letterale, che fossero comunque in linea con la ratio della disposizione”, “in particolare con riferimento: all’individuazione dell’ambito oggettivo di applicazione dell’articolo 192, comma 2, del codice, che si propone di estendere anche ai contratti di lavori e di forniture; alla scelta di attribuire al termine «concorrenza» un significato atecnico, riferendosi alle prestazioni che siano svolte in modo alternativo sul mercato e, quindi, in ogni caso in cui vi sia una concorrenza per il mercato o nel mercato; alla scelta di ritenere escluse dall’applicazione della norma in esame le sole prestazioni che non sono al momento disponibili sul mercato e non potranno esserlo in futuro, neanche a seguito di attività di adeguamento da parte dei possibili esecutori; alla pubblicazione della motivazione, che si suggerisce di anticipare rispetto al provvedimento di affidamento”.

Più in particolare, tali obiettivi, tendenzialmente ampliativi del campo applicativo dell'obbligo istruttorio e motivazionale (e dunque potenzialmente restrittivi del campo di applicazione) del ricorso all'in house, nascono, come riferito nella relazione AIR, dalla considerazione della forte diffusione degli affidamenti diretti effettuati dagli enti territoriali in favore delle società partecipate, come emerge dai dati desunti dalla relazione 2021 della Corte dei conti, Sezione delle Autonomie *“sono stati rilevati, in generale, circa 11.300 affidamenti, per la maggior parte – soprattutto da parte dei Comuni – di servizi pubblici; solo il 5 per cento degli affidamenti a società controllate è avvenuto con gara; su 18.251 commesse, corrispondenti ad un impegno annuale di poco più di 11 miliardi di euro, gli affidamenti diretti costituiscono il 64 per cento, per oltre il 79 per cento degli impegni di spesa; secondo la relazione annuale della medesima Sezione riferita al 2019, gli affidamenti diretti di servizi pubblici, secondo il modello dell'in house providing, costituivano il 93 per cento del totale degli affidamenti disposti dagli enti locali). Analoghe indicazioni provengono dai dati pubblicati dal Ministero dello sviluppo economico relativi agli affidamenti dei servizi pubblici locali negli anni dal 2017 al 2020, dai quali risulta che circa il 50 per cento è avvenuto mediante affidamento diretto a società in house”*.

L'esigenza di intervenire con apposite linee guida nella materia de qua, come provato dalla relazione AIR, deriva anche dall'analisi di alcune motivazioni del mancato ricorso al mercato predisposte dalle Amministrazioni, dalle quali

è emerso che le relazioni si dilungano molto sulla sussistenza dei requisiti dell'*in house*, ma sono, invece, molto sintetiche nella parte dedicata alla motivazione del mancato ricorso al mercato, dove vengono frequentemente utilizzate formule di stile che denotano l'assenza di una valutazione concreta. Circostanze, queste, invero poste in luce anche dal Giudice delle leggi nella già menzionata sentenza n. 100 del 2020, nella quale (punto 9 della motivazione in diritto si è sottolineato come *“La norma delegata [l'art. 192, comma 2], in effetti, è espressione di una linea restrittiva del ricorso all'affidamento diretto che è costante nel nostro ordinamento da oltre dieci anni, e che costituisce la risposta all'abuso di tale istituto da parte delle amministrazioni nazionali e locali, come emerge dalla relazione AIR dell'Autorità nazionale anticorruzione (ANAC), relativa alle Linee guida per l'istituzione dell'elenco delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori che operano mediante affidamenti diretti nei confronti di proprie società in house, ai sensi dell'art. 192 del codice dei contratti pubblici”*).

Tutto ciò premesso, il Consiglio di Stato ha ritenuto di dover segnalare, nell'ottica di una proficua cooperazione con ANAC, come le nuove linee guida, all'esame del Collegio, si inserissero in un contesto giuridico e istituzionale molto dinamico, soprattutto sotto la spinta urgente dello sviluppo e dell'attuazione del PNRR, del Piano nazionale per gli investimenti complementari e del Piano nazionale integrato per l'energia e il clima, ma

anche, più in generale, sotto la spinta della ripresa economica seguente alla pandemia da covid-19. Che l'istituto dell'*in house providing* sia al centro dell'attenzione del Governo e del Parlamento, in relazione (in particolare, ma non solo) alle esigenze di semplificazione e di rafforzamento della "*capacity building*" degli apparati amministrativi (chiamati a uno sforzo straordinario e aggiuntivo di efficienza ed efficacia realizzativa per l'attuazione del PNRR, degli interventi inclusi nel fondo complementare, nonché di tutte le altre, numerosissime opere pubbliche urgenti), è dimostrato dalla già citata norma *ad hoc* inserita nella recente normativa primaria dedicata alla definizione della governance del PNRR (l'art. 10 del decreto-legge n. 77 del 2021 sopra richiamato), che sembra incrociarsi esplicitamente con l'intervento in esame (il quale però non pare tenerne conto, neanche negli atti di accompagnamento).

Più in generale, appare in evoluzione l'intero scenario normativo riferito alla materia dei contratti pubblici, come è dimostrato dalle numerose riforme, tutte rivolte nella direzione della semplificazione e dell'accelerazione delle procedure, succedutesi dal 2019 in avanti: dal decreto-legge 18 aprile 2019, n. 32, convertito, con modificazioni, dalla legge 14 giugno 2019, n. 55, al decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 settembre 2020, n. 120, fino al già citato decreto-legge n. 77 del 2021, che reca un apposito Titolo IV dedicato ai Contratti pubblici.

La materia degli appalti sembra rivestire, oggi, un rilievo centrale ai fini di una gestione efficace del piano di ripresa e resilienza e, più in generale, agli effetti di un recupero dello storico deficit di capacità realizzativa delle opere pubbliche e di spesa degli investimenti pubblici, anche comunitari, che affligge non da ieri il Paese.

Si tocca, qui, uno snodo fondamentale per una ripresa durevole e sostenibile dell'economia, in una fase nella quale le politiche espansive di bilancio, anche a livello europeo, offrono un'opportunità straordinaria di rilancio economico attraverso forti investimenti pubblici.

Accanto a tali interventi d'urgenza si aggiunge allora, de iure condendo, il recente disegno di legge AS 2330 di Delega al Governo in materia di contratti pubblici, presentato dal Governo al Senato in data 21 luglio 2021, con l'obiettivo (tra gli altri) di *“assicurare il perseguimento di obiettivi di stretta aderenza alle direttive europee mediante l'introduzione o il mantenimento di livelli di regolazione corrispondenti a quelli minimi richiesti dalle direttive stesse”* (come recita il primo periodo della relazione a corredo di disegno di legge, corrispondente al primo dei principi e criteri direttivi di cui all'art. 1, comma 2).

È verosimile che tale riforma modificherà ulteriormente, e in tempi ravvicinati, le prassi amministrative che ci si propone di cambiare con lo schema in oggetto, rinvenendo magari ancora un altro, diverso punto di equilibrio tra le esigenze di speditezza, celerità, efficienza ed efficacia

operativa delle pubbliche amministrazioni nella realizzazione degli investimenti pubblici e le esigenze di promozione del mercato e della concorrenza, nonché di garanzia della trasparenza e imparzialità dell'azione amministrativa, assume, pertanto, in questo preciso momento storico, un rilievo del tutto strategico e centrale.

Tutti questi importanti (e ancora in evoluzione) elementi di contesto normativo vanno tenuti presenti per l'esame dell'intervento in oggetto, che, come detto, consiste in misure di natura non normativa (si tratta di linee guida non vincolanti) ma di impatto rilevante, evidenziato anche dall'AIR, sull'assetto e sulla applicazione pratica dell'istituto giuridico dell'*in house providing*. Pertanto, in questa fase, l'esigenza, pur condivisibile, di operare una messa a punto o un riassetto dello status quo dell'*in house providing*, come definito nei più recenti arresti giurisprudenziali, deve tener conto di due diversi profili.

Da un lato, de iure condito, l'approvazione delle linee guida deve comunque tener conto delle implicazioni della *lex specialis* prima menzionata (art. 10, d.l. n. 77/21), nonché del possibile impatto delle nuove prassi sugli effetti attesi dalla legge. Dall'altro, de iure condendo, si dovrebbe valutare adeguatamente l'opportunità di emanare le linee guida in esame pur nella eventualità di una possibile, prossima modifica del quadro legislativo con la riforma in itinere del codice dei contratti o con un altro degli interventi normativi strumentali all'attuazione del PNRR. In caso affermativo,

occorrerebbe comunque considerare l'impatto "in concreto", sull'operatività delle amministrazioni, della successione ravvicinata nel tempo di tali interventi, a diverso livello (quello, proposto, con linee guida non vincolanti – ma di sicuro impatto – e quelli di rango legislativo, con delega o decreto-legge) e della conseguente esigenza di assicurare comunque stabilità, chiarezza e uniformità del quadro applicativo. Ciò anche in considerazione del fatto che – allo stato, in assenza di nuovi interventi, normativi e non – l'istituto giuridico in questione appare piuttosto stabilizzato nell'elaborazione giurisprudenziale. Difatti, come emerge dal breve richiamo sopra effettuato, sia la Corte di giustizia sia la Corte costituzionale hanno sostanzialmente confermato il vigente regime giuridico e non sembrano avere evidenziato, nell'attuale disciplina, problematiche talmente rilevanti da indurre inevitabilmente all'introduzione urgente di indirizzi non normativi ampliativi del campo applicativo dell'obbligo motivazionale. In altri termini, posto che l'intervento non appare "imposto" da fonti esterne né dalla giurisprudenza, prima di valutarne nel merito la portata e i contenuti occorre verificare l'eventualità di un possibile incrocio di interventi, normativi e non, e la loro compatibilità.

CAPITOLO II: LA FALLIBILITÀ DELLE SOCIETÀ IN HOUSE

1. LA CRISI D'IMPRESA NEL CODICE CIVILE E NEL D.LGS. 14/2019

Il d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14, pubblicato in G.U. n. 38 del 14 febbraio 2019, Suppl. ord. n. 6, reca il nuovo “*Codice della crisi d’impresa e dell’insolvenza in attuazione della L. 19 ottobre 2017, n. 155*”, la cui entrata in vigore è stata differita al 16 maggio 2022 facendo slittare le procedure di allerta e di composizione assistita della crisi al 31 dicembre 2023.

Ai fini del presente Codice si intende per “crisi”: “*lo stato di difficoltà economico finanziaria che rende probabile l’insolvenza del debitore, e che per le imprese si manifesta come inadeguatezza dei flussi di cassa prospettici a far fronte regolarmente alle obbligazioni pianificate*”; mentre per “insolvenza” s’intende: “*lo stato del debitore che non è più in grado di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni, e che si manifesta con inadempimenti o altri fattori esteriori*”.

L’obiettivo del presente Codice, come sancito all’articolo 1 è quindi quello di disciplinare “*in modo esclusivo e unitario le situazioni di crisi o insolvenza del debitore, sia esso consumatore, professionista o imprenditore, che eserciti, anche non ai fini di lucro un’attività commerciale, industriale, artigiana o agricola, operando quale persona fisica, persona giuridica o*

altro ente collettivo, gruppo di imprese o società pubblica, con esclusione dello Stato e degli enti qualificati pubblici dalla legge”.

Il C.C.I., tra i “*Doveri del debitore*” sanciti nell’art. 3, prevede che l’imprenditore individuale “*deve adottare misure idonee a rilevare tempestivamente lo stato di crisi e assumere senza indugio le iniziative necessarie a farvi fronte*” (c.1); che quello collettivo “*deve adottare un assetto organizzativo adeguato ai sensi dell’articolo 2086 del codice civile, ai fini della tempestiva rilevazione dello stato di crisi e dell’assunzione di idonee iniziative*” (c. 2).

Punto nodale della Riforma è quindi il dovere dell’anticipata emersione della crisi elevato al rango di principio generale, imponendo al debitore di organizzarsi per rilevare e fronteggiare tempestivamente le situazioni di crisi, al fine di una migliore gestione, liquidatoria o conservativa, della stessa³⁸.

In particolare, il nuovo assetto di leggi e riforme – finalizzate alla ristrutturazione aziendale – tende a mettere in luce il potenziale dinamico di una società che si trovi in difficoltà economico-finanziaria, promuovendo l’introduzione di sofisticati sistemi di allerta preventiva con la finalità di un’emersione tempestiva della situazione di crisi che è condizione perché

³⁸ G. D’ATTORRE, *La governance delle società pubbliche*, in *Giur. comm.*, 2020, I, p. 278. Più in generale sull’emersione anticipata della crisi d’impresa, v. S. DE MATTEIS, *L’emersione anticipata della crisi d’impresa*, Milano, Giuffrè, 2017. In senso diverso v., però, M. BIANCA, *I nuovi doveri dell’organo di controllo tra Codice della crisi e Codice civile*, in *Dir. fall.*, 2019, I, p. 1340 (per il quale invece la norma costituirebbe una novità assoluta, persino per le società azionarie, e addirittura “epocale” per le società di persone) e, B. INZITARI, *Crisi, insolvenza, insolvenza prospettica, allerta: Nuovi confini de-la diligenza del debitore, obblighi di segnalazione e sistema sanzionatorio*, in *Dir. fall.*, 2020, I, p. 550.

altrettanto tempestivamente si possano adottare gli interventi idonei a consentirne il superamento della stessa attraverso la rimodulazione delle strutture di *governance* societaria ed il ruolo degli amministratori³⁹.

L'assetto organizzativo dev'essere, perciò, tale da consentire la pronta percezione di quegli indicatori che, come previsto dagli artt. 12 ss. c.c.i., comportano l'obbligo di segnalazione all'Organismo di composizione della crisi d'impresa (Ocri), dando così vita alla procedura di allerta ed eventualmente di composizione assistita della crisi⁴⁰.

Il dovere di istituire adeguati assetti organizzativi è connaturato all'attività imprenditoriale, essendo evidente che l'aspetto organizzativo, se l'impresa è definibile come un'attività economica organizzata (art. 2082 c.c.), ne costituisce un elemento fondamentale.

D'altronde, né il codice della crisi né il codice civile paiano interferire con i normali criteri di ripartizione delle competenze in seno agli organi amministrativi pluripersonali di cui la società sia eventualmente dotata⁴¹.

Ciò nonostante, l'emersione di nuovi profili di criticità rende necessaria una riconsiderazione dell'impatto delle recenti riforme nei confronti della organizzazione societaria interna nonché della tutela dell'interesse sociale. È,

³⁹ E. TERRIZZI, *Adeguatezza degli assetti organizzativi per la gestione della crisi d'impresa*, in *Società*, 2020, p. 281; G. C. BUONAURA, *Amministratori e gestione dell'impresa nel codice della crisi*, in *Giur. comm.*, 2020, I, p. 10.

⁴⁰ S. DE MATTEIS, *La Governance della crisi d'impresa: le Società Pubbliche*, scritto destinato agli studi in ricordo di Egidio Lamberti, in corso di pubblicazione per Satura Editore, Napoli, 2021.

⁴¹ R. RORDORF, *Doveri e responsabilità degli organi di società alla luce del codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, in *Riv. soc.*, 2019, p. 933.

infatti, innegabile che con gli adeguati assetti organizzativi finalizzati all'emersione tempestiva della crisi si aprano nuovi scenari di intersezione tra il diritto della crisi e quello societario⁴².

2. L'ALLERTA NEL C.C.I.: DA GESTIONE DELL'EMERGENZA A CULTURA DELLA PREVENZIONE.

È noto che il legislatore della riforma, anche sulla scorta delle norme sovranazionali, ha previsto un istituto marcatamente innovativo al quale dedica l'intero titolo II (artt. 12-25), rubricato "*Procedure di allerta e di composizione assistita della crisi*"⁴³, che sono appunto quelle "*finalizzate a incentivare l'emersione anticipata della crisi e ad agevolare lo svolgimento di trattative tra debitore e creditori*" (art. 4, c. 1, legge delega n. 155/2017).

Tale istituto ha il suo antecedente in Francia nelle "*procédure d'alerte*" con la *loi* n. 84-148 dell'1 marzo 1984, benché trovi la sua origine a livello

⁴² M. CAMPOBASSO *et al.* (diretto da), *Società, banche e crisi d'impresa. Liber amicorum Pietro Abbadessa*, vol. III, Torino, Utet, 2014, p. 2836.

⁴³ V., tra gli altri, G. BONFANTE, *Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza-Misure d'allerta*, in *Giur. it.*, 2019, p. 1943; A. CARRATTA, *La composizione assistita della crisi e le misure di protezione "anticipate" nel codice della crisi e dell'insolvenza*, in *Dir. fall.*, 2020, I, p. 267; M. FERRO, *Allerta e composizione assistita della crisi nel d.lgs. n. 14/2019: le istituzioni della concorsualità preventiva*, in *Fallimento*, 2019, p. 419; S. MASTURSI, *Le misure di prevenzione della crisi e i controlli nel sistema dell'allerta*, in *Dir. fall.*, 2020, I, p. 1067; M. PERRINO, *Crisi di impresa e allerta: indici, strumenti e procedure*, in *Corr. giur.*, 2019, p. 653; L. SALVATO, *Strumenti di allerta e di composizione assistita della crisi di impresa (anche al tempo del Covid-19)*, in www.giustiziacivile.com, 16 aprile 2020; D. SEGA, *Allerta e prevenzione: nuovi paradigmi della crisi d'impresa*, in *Nuove leggi civ.*, 2019, p. 1101. Prima del varo del d.lgs. n. 14/2019, S. DE MATTEIS, *L'allerta nel disegno di legge delega n. 3671-bis*, in *Dir. fall.*, 2017, I, p. 751; S. DE MATTEIS, *La governance della crisi d'impresa: le "società pubbliche. Prime riflessioni a margine del codice della crisi e dell'insolvenza e del testo unico in materia di società a partecipazione pubblica"*, destinato agli *Studi in ricordo di Egidio Lamberti*.

internazionale nelle indicazioni da parte dell'Uncitral e della Banca mondiale, nonché dell'Unione europea. In particolare, a livello europeo, vanno segnalati il Regolamento Ue n. 848/2015, la proposta di direttiva Ue 359/2016 nonché la direttiva n. 1023/2019.

Su questa scia, il Legislatore delegante ha voluto, così, introdurre una fase preventiva *“intesa non tanto, o non solo, quale richiamo a connotazione meramente ammonitoria, quanto come strumento di sostegno, diretto in prima battuta a una rapida analisi delle cause del malessere economico e finanziario dell'impresa [...] destinato a risolversi, all'occorrenza, in un vero e proprio servizio di composizione assistita della crisi, funzionale ai negoziati per il raggiungimento dell'accordo con i creditori o eventualmente, anche solo con alcuni di essi”*.

Per dette ragioni, l'obiettivo dichiarato è stato di *“creare un luogo d'incontro tra le contrapposte – ma non necessariamente divergenti – esigenze del debitore e dei suoi creditori, secondo una logica di mediazione e di composizione, non improvvisata e solitaria, bensì assistita da organismi professionalmente dedicati alla ricerca di una soluzione negoziata”*⁴⁴.

L'allerta consiste nella *“tempestiva rilevazione degli indizi di crisi dell'impresa”* e nella *“sollecita adozione delle misure più idonee alla sua composizione”* (art. 12 c.c.i.).

⁴⁴ Relazione illustrativa al Codice della Crisi d'Impresa (c.c.i.).

Tale sistema, è stato ideato per ovviare a quella connaturata ritrosia dell'imprenditore a prendere atto della situazione di difficoltà aziendale, prevedendo specifici obblighi in capo agli organi di controllo e al revisore (o società di revisione) nella rilevazione (tempestiva) e nella segnalazione della crisi⁴⁵, definita, nell'art. 2, c. 1, lett. a), come *“lo stato di difficoltà economico-finanziaria che rende probabile l'insolvenza del debitore e che, per le imprese, si manifesta come inadeguatezza dei flussi di cassa prospettici a far fronte regolarmente alle obbligazioni pianificate”*.

Si tratta di misure che sono, dunque, finalizzate all'emersione anticipata della crisi, sul presupposto che l'intervento nella sua fase prodromica (la c.d. *twilight zone*) possa più facilmente consentire soluzioni di salvataggio dell'impresa prima dell'insorgere dell'insolvenza.

D'altronde più sono tempestivi e indicativi gli indici di allerta più facile è il successo della procedura di allerta che nella sua “ideale” configurazione dovrebbe garantire una interazione tra creditore e debitore volta a segnalare situazioni critiche a cui ovviare per condurre l'impresa fuori dalla crisi.

Se l'impresa rappresenta anche un valore etico⁴⁶, è infatti giunto il momento di scegliere la strada della convivenza tra libertà d'impresa e tutela degli interessi collettivi⁴⁷, finalmente associando etica ed impresa⁴⁸. Il giusto

⁴⁵ S. DE MATTEIS, *La Governance della crisi d'impresa: Le Società Pubbliche*, cit.

⁴⁶ G. BOSI, *L'impresa etica, etica d'impresa e diritto societario*, in *Giur. comm.*, 2011, I, p. 124 e ss.

⁴⁷ A. JORIO, *Su allerta e dintorni*, *Giur. comm.*, 2016, I, p. 264.

⁴⁸ M. FABIANI, *Etica, legalità e crisi d'impresa tra diritto ed economia al tempo delle riforme*, in *Fallimento*, 2017, p. 1262.

regime di attenzione alle opportunità di salvaguardia dell'unità produttive trarrebbe, infatti, sicuramente giovamento e forza da una maggiore considerazione e difesa dei principi di moralità economica.

Sicché *“non solo, dunque, non ci sono validi motivi⁴⁹ per opporsi all'introduzione delle misure di allerta anche in Italia, ma ci sono pure tutte le ragioni per sostenerne l'ingresso, onde favorire definitivamente il passaggio da una cultura della gestione dell'emergenza ad una vera cultura della prevenzione⁵⁰, svolgendo le stesse un ruolo decisivo nella responsabilizzazione degli organi di gestione e di controllo della società ai fini dell'adozione di misure di risanamento e dell'impedimento di ulteriori pregiudizi per i creditori”⁵¹.*

3. IL PRESUPPOSTO OGGETTIVO DELL'ALLERTA NELLE SOCIETÀ PARTECIPATE

A differenza che nel c.c.i., nel T.U.S.P. non è contenuta né una definizione della nozione di crisi, né la definizione o la catalogazione degli indicatori di crisi aziendali, anche se pare ragionevole fare affidamento, quanto a questi ultimi, a quelli stabiliti proprio nell'art. 13, c. 1, c.c.i. e, dunque, agli squilibri

⁴⁹ G. LO CASCIO, *Legge fallimentare vigente e prospettive future*, Fallimento e le altre procedure concorsuali, n.4, Ipsoa, 2016, p. 386.

⁵⁰ Il debitore deve *“poter procedere alla ristrutturazione in una fase precoce, non appena sia evidente che sussiste probabilità di insolvenza”* (par. III, lett. A, punto 6, lett. a, della raccomandazione della Commissione Ue n. 135 del 12 marzo 2014).

⁵¹ M. MIOLA, *Il sistema del capitale sociale e le prospettive di riforma nel diritto europeo delle società di capitali*, in *Riv. soc.*, 2005, p. 1309; S. DE MATTEIS, *La Governance della crisi d'impresa*, cit.

di carattere reddituale, patrimoniale e finanziario⁵², e quanto alla prima alla nozione contenuta nell'art. 2, c. 1, lett. a), c.c.i.. Depongono, infatti, nel senso indicato:

- a) l'*incipit* dell'art. 14 del t.u., che appunto prevede (come si è visto) in caso di insolvenza l'assoggettabilità di tutte le società a partecipazione pubblica alla disciplina del fallimento, del concordato preventivo e dell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi;
- b) il rinvio contenuto nell'art. 1, c. 3, del t.u. alla disciplina delle società contenuta nel codice civile e alle norme generali del diritto privato;
- c) l'art. 1, c. 1, c.c.i., che espressamente estende il proprio ambito di applicazione (anche) alle società pubbliche.

Anche un solo indicatore – tale essendo la regola emergente dal dato normativo – può essere sufficiente a determinare nell'organo amministrativo l'adozione dei provvedimenti necessari al fine di prevenire l'aggravamento della crisi, seppur la regola dovrebbe essere la creazione di una situazione di allarme in presenza di più indicatori⁵³.

In caso di “*crisi*” è comunque previsto che debba essere adottato un piano di ristrutturazione aziendale, dal quale risulti comprovata la sussistenza di concrete prospettive di recupero dell'equilibrio economico delle attività

⁵² Cfr. G. Guizzi, M. Rossi, *La crisi di società a partecipazione pubblica*, in G. Guizzi (a cura di), *La governance delle società pubbliche nel d.lgs. n. 175/2016*, Milano, Giuffrè, 2017, 296 ss.

⁵³ G. RACUGNO, *Crisi d'impresa delle società a partecipazione pubblica e doveri degli organi sociali*, in *Giur.comm.*, 2018, 45, II p. 204.

svolte (art.14, c. 4). Infatti, *“non è sufficiente la mera previsione di un ripianamento delle perdite da parte dell’amministrazione o delle amministrazioni pubbliche socie, anche se attuato in concomitanza ad un aumento di capitale o ad un trasferimento straordinario di partecipazioni o al rilascio di garanzie o in qualsiasi altra forma giuridica (art. 14, c. 4)”*. Il ripianamento delle perdite, infatti, deve sempre essere accompagnato da un piano di risanamento adeguato.

In mancanza del piano di risanamento, le amministrazioni pubbliche socie non possono, dunque, procedere ad interventi di “ripianamento delle perdite” in favore di società a controllo pubblico in crisi; l’eventuale violazione di questo divieto determina, evidentemente, anche responsabilità erariali a carico dei soggetti responsabili per la potenziale “dissipazione” di risorse pubbliche⁵⁴.

A tale ultimo riguardo, è anche previsto, salvo apposito d.p.c.m., che *“Le amministrazioni di cui all’articolo 1, comma 3, della legge 31 dicembre 2009, n. 196, non possono, salvo quanto previsto dagli articoli 2447 e 2482-ter c.c., effettuare aumenti di capitale, trasferimenti straordinari, aperture di credito, né rilasciare garanzie a favore delle società partecipate, con esclusione delle società quotate e degli istituti di credito, che abbiano registrato, per tre esercizi consecutivi, perdite di esercizio ovvero che abbiano utilizzato riserve*

⁵⁴ G. D’ATTORRE, *I piani di risanamento e di ristrutturazione nelle società pubbliche*, in *Il Fallimento*, 2018, p. 145.

disponibili per il ripianamento di perdite anche infrannuali” (art. 14, c. 5).

Questa previsione, è espressione del principio per cui l’attività anche delle società a partecipazione pubblica deve essere ispirata al principio di economicità⁵⁵, perseguito attraverso il sistema dell’allerta nelle società pubbliche. Il rischio, cioè, che il c.c.i., così come il T.U.S.P. vuole evitare è che *“il socio pubblico continui a supportare finanziariamente la società, così dilapidando risorse pubbliche, compromettendo la sana gestione finanziaria del socio e ritardando l’emersione della crisi e l’adozione di misure che ne eliminino le cause economiche”*⁵⁶.

Per tutte le società a partecipazione pubblica (non solo per quelle a controllo pubblico, con esclusione, però, delle società quotate e degli istituti di credito), qualora *“abbiano registrato, per tre esercizi consecutivi, perdite di esercizio ovvero che abbiano utilizzato riserve disponibili per il ripianamento di perdite anche infrannuali”* e, perciò vertano in una situazione di crisi sistema⁵⁷ ovvero non transitoria⁵⁸, l’intervento di sostegno da parte dell’amministrazione pubblica è, dunque, consentito solo al ricorrere di almeno una delle seguenti condizioni: a) l’intervento sia previsto all’interno di un *“piano di risanamento”*, dal quale risulti comprovata la sussistenza di concrete prospettive di recupero dell’equilibrio economico delle attività

⁵⁵ G. RACUGNO, *Crisi d’impresa delle società a partecipazione pubblica*, cit..

⁵⁶ S.DE MATTEIS, *La Governance della crisi d’impresa*, cit.

⁵⁷ F. GUERRERA, *Crisi e insolvenza delle società a partecipazione pubblica*, in *Giur. comm.*, 2017, I, p. 371 ss.

⁵⁸ G. D’ATTORRE, *I piani di risanamento e di ristrutturazione nelle società pubbliche*, cit.

svolte; b) si sia verificata la perdita del capitale sociale ai sensi degli artt. 2447 e 2482-ter c.c.; c) l'intervento sia autorizzato con d.p.c.m. ed avvenga al fine di salvaguardare la continuità nella prestazione di servizi di pubblico interesse, a fronte di gravi pericoli per la sicurezza pubblica, l'ordine pubblico e la sanità.

3.1. IL RAPPORTO TRA L'ALLERTA PREVISTA DAL T.U.S.P. E QUELLA IPOTIZZATA DAL C.C.I

In definitiva, il sistema predisposto per le c.d. società pubbliche integra una sorta di efficientamento *ex ante* della gestione della crisi, strutturato come un microsistema di allerta e prevenzione⁵⁹, il cui fine è quello di scoraggiare e impedire interventi finanziari da parte dell'amministrazione pubblica socia. Sicché il tema è il rapporto tra le misure di allerta già previste dall'art. 14 TUSP e le misure di allerta e composizione assistita della crisi di prossima introduzione nell'ambito della riforma organica delle procedure di crisi e d'insolvenza.

La normativa di prossima introduzione andrà infatti ad incidere in maniera precisa sulle società partecipate come quelle *in house*, le quali non perdono la natura di enti privati per il solo fatto che il loro capitale sia formato, anche per intero, da conferimenti provenienti dallo Stato o da altro ente pubblico, e

⁵⁹ F. FIMMANÒ, *L'insolvenza delle società pubbliche alla luce del Testo unico*, in Fall., 1017, p. 161 ss.

sono, come tali, assoggettate, in linea di principio, alla disciplina dettata dal codice civile e dalla legge fallimentare.

In questo senso depone anche l'art. 4, c. 13, d.l. 6 luglio 2012, n. 95, convertito con modificazioni dalla l. 7 agosto 2012, n. 135, in base al quale *“le altre disposizioni, anche di carattere speciale, in materia di società a totale o parziale partecipazione pubblica si interpretano nel senso che, per quanto non diversamente stabilito e salvo deroghe espresse, si applica comunque la disciplina del codice civile in materia di società di capitali”*. Con siffatta disposizione di carattere generale, si è dunque esclusa la possibile riconducibilità ad ente pubblico delle società *in house*.

Una simile esclusione, statuita in forma di c.d. “interpretazione autentica”, porta a ritenere le società a partecipazione pubblica del tutto assoggettate al diritto comune privatistico. Ne consegue che “le deroghe alla disciplina privatistica non possono essere ricostruite in via sistematica e, qualora permanessero dei dubbi interpretativi, deve ritenersi prevalente l’indicazione che emerge dalla relazione al codice civile in ordine all’applicazione del diritto societario anche alle società partecipate dagli enti pubblici”⁶⁰.

I principi appena esposti hanno trovato il suggello normativo nel recente testo unico in materia di società a partecipazione pubblica (d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175), il cui art. 1, c. 3, sancisce che *“per tutto quanto non derogato dalle disposizioni del presente decreto, si applicano alle società a partecipazione*

⁶⁰ S.DE MATTEIS, *La Governance della crisi d'impresa*, cit.

pubblica le norme sulle società contenute nel codice civile e le norme generali di diritto privato”.

Si tratta di una norma di “*interpretazione autentica e di chiusura*” che, applicandosi a tutte le società a partecipazione pubblica, incluse quelle sottoposte a controllo pubblico e quelle *in house* , trova conferma nel successivo art. 12, c. 1, ai sensi del quale “*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*”.

L’art. 14, c. 1, dispone, inoltre, che “*Le società a partecipazione pubblica sono soggette alle disposizioni sul fallimento e sul concordato preventivo, nonché, ove ne ricorrano i presupposti, a quelle in materia di amministrazione straordinaria delle grandi imprese insolventi di cui al d.lgs. 8 luglio 1999, n. 270, e al d.l. 23 dicembre 2003, n. 347, convertito, con modificazioni, dalla l. 18 febbraio 2004, n. 39*”.

Questa enucleazione, che viene estesa anche alle società *in house*⁶¹, pone la parola fine alle residue discussioni che ancora agita(va)no la dottrina e la giurisprudenza.

⁶¹ F. FIMMANO’, *L’insolvenza delle società pubbliche alla luce del Testo unico*, cit.; C. IBBA, *Crisi dell’impresa e responsabilità degli organi sociali nelle società pubbliche dopo il testo unico*, in *Nuove leggi civ.*, 2016, p. 1234.

3.2. L'ART. 14 DEL TESTO UNICO SULLE SOCIETÀ PARTECIPATE.

Il primo comma dell'art. 14, D. Lgs. 19 agosto 2016, n. 175 (TUSP) testualmente sottopone le società a partecipazione pubblica alle disposizioni sul fallimento e sul concordato preventivo, nonché, ove ne ricorrano i presupposti, a quelle in materia di amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza. Si tratta dell'enunciazione di un principio di rilevante significato giuridico che pone fine ad un risalente dibattito sulla fallibilità delle società pubbliche, qualora caratterizzate da una partecipazione pubblica totalitaria, o comunque di maggioranza, ed investite dell'esercizio di servizi di interesse pubblico⁶².

In passato, infatti, numerose pronunce giurisprudenziali, sia di merito sia di legittimità, avevano escluso la possibilità di sottoporre a fallimento (e concordato preventivo) la maggioranza delle società a partecipazione pubblica, generalmente sulla base di due distinti filoni interpretativi:

a) quello c.d. tipologico-pubblicistico, volto a riqualificare la società in mano pubblica alla stregua di un ente pubblico, quantomeno in presenza di determinati indici sintomatici. Si tratta di un orientamento adottato soprattutto da una parte della giurisprudenza di merito, la quale ha ritenuto che, in

⁶² F. GUERRERA, *Crisi e insolvenza delle società a partecipazione pubblica*, cit.; G. RACUGNO, *Crisi d'impresa di società a partecipazione pubblica*, in *Riv. Società*, 2016, 1144 ss.; C. L. APPIO - D. DE FILIPPIS, *Sulla fallibilità delle società a partecipazione pubblica*, in *Giur. comm.*, 2018, p. 664 ss.; G. CAIA, *Le società in house: persone giuridiche private sottoposte a peculiare vigilanza e tutela amministrativa*, in *Giur. comm.*, 2020, p. 457 ss.

presenza di taluni indici sintomatici, la società possa essere riqualificata alla stregua di un ente pubblico, con la conseguente non assoggettabilità alla normativa fallimentare in applicazione dell'art. 1, comma 1, l. fall. (ad es. in caso di limitazioni all'autonomia gestionale degli amministratori, di esclusiva titolarità pubblica del capitale sociale, d'ingerenza nella nomina degli amministratori da parte dello Stato di risorse finanziarie per il raggiungimento di fini pubblicistici, etc.);

b) quello c.d. funzionale, volto a verificare di volta in volta la compatibilità della normativa fallimentare con le caratteristiche dell'attività svolta dalla società pubblica, ed in particolare con la sua "necessità" nell'ottica del perseguimento dell'interesse pubblico. L'applicazione del metodo cd. funzionale conduce ad affermare l'esenzione dal fallimento per le società pubbliche che presentino il carattere della "necessità", in ragione dello svolgimento di determinati servizi pubblici essenziali destinati al soddisfacimento di bisogni collettivi (es. servizio di raccolta dei rifiuti, servizio di trasporto pubblico; servizio postale, etc.). Stando a tale orientamento, in simili ipotesi si profila un'oggettiva incompatibilità tra l'eventuale assoggettamento della società a procedura fallimentare e la tutela degli interessi pubblici.

Benché entrambi gli orientamenti fossero stati ampiamente criticati dalla giurisprudenza di legittimità, la complessità del tema, unitamente all'assenza di dati normativi univoci, lasciava comunque ampi margini d'incertezza

interpretativa. In particolare, la Suprema Corte con due note pronunce (Cass. Civ. 6 dicembre 2012, n. 21991 e Cass. Civ. 27 settembre 2013, n. 22209) *“aveva rigettato le tesi della non fallibilità delle società pubbliche, valorizzando il principio generale desumibile dall’art. 4, L. n. 70/1975, che, nel prevedere che nessun nuovo ente pubblico può essere istituito o riconosciuto se non per legge, avrebbe impedito ogni tentativo di riqualificazione di società private in enti pubblici in mancanza di esplicita previsione legislativa”*. Con le medesime sentenze è stata, altresì, respinta la tesi che *“fonda l’esclusione dal fallimento delle società in mano pubblica sul carattere necessario che le stesse assumono per l’ente pubblico: la possibilità per l’ente locale di affidarne la gestione ad un nuovo soggetto, nonché la facoltà di far ricorso all’istituto dell’esercizio provvisorio ex art. 104 L. Fall., consente di evitare il rischio di un’interruzione del servizio per effetto della dichiarazione di fallimento”*⁶³.

In questo scenario, il nuovo testo dell’art. 14 TUSP ha legislativamente risolto la questione, mostrando chiaramente di aderire a quell’orientamento giurisprudenziale e dottrinale favorevole alla fallibilità delle società a partecipazione pubblica, sulla base di argomentazioni di stampo fondamentalmente privatistico-formale: ovvero, l’adozione del modello privatistico della società di capitali rende la stessa assoggettabile a fallimento,

⁶³ C.GARILLI, *Società in house e crisi d’impresa alla luce dell’art. 14 TUSP*, in *Riv. La Società*, 10/2021, p. 1055 e ss.

a prescindere dalla natura giuridica dei soci e/o dalla tipologia di attività svolta⁶⁴.

D'altronde tale conclusione è frutto della complessiva impostazione privatistica del TUSP, che emerge dalle seguenti disposizioni normative:

- art. 1, comma 3, TUSP ai sensi del quale “*Per tutto quanto non derogato dalle disposizioni del presente decreto, si applicano alle società a partecipazione pubblica le norme sulle società contenute nel codice civile e le norme generali di diritto privato*”;

- art. 2, lett. b, TUSP che espressamente rinvia all' art. 2359 c.c.;

- art. 12, comma 1, TUSP stando al quale: “*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*”;

- art. 13 TUSP, che esplicitamente estende a tutte le società pubbliche l'applicazione dell'art. 2409 c.c.

A ciò si aggiunge che sulla medesima scia si è sviluppato il Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, che da un lato, assoggetta espressamente le “*società pubbliche*” e dall'altro, continua ad escludere dalle procedure di regolazione della crisi ivi disciplinate “*lo Stato e gli enti qualificati pubblici dalla legge*”.

⁶⁴ C. GARILLI, *Società in house e crisi d'impresa alla luce dell'art. 14 TUSP*, cit.

Il naturale precipitato è dunque che la fallibilità delle società in mano pubblica deve affermarsi anche con riferimento alle società *in house*, dal momento che il medesimo art. 14 TUSP fa riferimento esplicito alle società titolari di “*affidamenti diretti*”, prevedendo che, nei cinque anni successivi alla dichiarazione di fallimento di queste ultime, le pubbliche amministrazioni controllanti non possano costituire nuove società, né acquisire o mantenere partecipazioni in società che gestiscano i medesimi servizi (comma 6).

Sicché, qualora la società *in house* affidataria di servizi pubblici fosse fallita la PA dovrebbe rivolgersi al mercato per i medesimi servizi. In questo modo sono stati censurati quegli approdi giurisprudenziali sorti dopo la pronuncia delle Sezioni unite del 2013, in occasione della quale si era escluso che tra l’ente pubblico controllante e la società *in house* potesse configurarsi un rapporto di alterità soggettiva, né una vera e propria separazione patrimoniale, dovendosi dunque estendere alla medesima l’esonero dal fallimento⁶⁵.

Peraltro, anche sul tema specifico della giurisdizione contabile sulle azioni di responsabilità promosse nei confronti degli organi delle società *in house*, la Cassazione ha avuto di recente occasione di specificare il suo orientamento: al cospetto delle perduranti ambiguità legate al dato testuale dell’ art. 12 TUSP, infatti, il Giudice di legittimità ha espressamente sancito la competenza dell’autorità giudiziaria ordinaria, ogniqualvolta sia

⁶⁵ Cass. Civ., SS.UU., 25 novembre 2013, n. 26283, ex multis, in *Giur. comm.*, 2014, p. 5 ss., con nota di C. IBBA, *Responsabilità erariale e società in house*; in *Fall.*, 2014, p. 33 ss., con nota di L. SALVATO, *Riparto della giurisdizione sulle azioni di responsabilità nei confronti degli organi sociali delle società in house*.

configurabile un danno al patrimonio sociale, tutt'al più ammettendo in tali ipotesi una giurisdizione concorrente della Corte dei Conti⁶⁶. Anche sotto questo profilo, dunque, la Cassazione “*ha confermato la riconducibilità delle società in house alla disciplina privatistica e soprattutto, ne ha implicitamente ammesso la fallibilità attraverso il riconoscimento della legittimazione del curatore fallimentare all’esperimento delle azioni di responsabilità ex art. 146, comma 2, l.fall*”⁶⁷.

A ciò si aggiunga che il nuovo Codice della crisi include, tra le “società pubbliche”, “*le società a controllo pubblico, le società a partecipazione pubblica e le società in house di cui all’articolo 2, lettere m), n), o), del decreto legislativo 19 agosto 2016, n. 175*” (l’art. 2, lett. f, CCII).

Infine, ad ulteriore conferma di quanto sin qui affermato, si fa presente che il Consiglio di Stato aveva esortato il legislatore a prevedere un migliore coordinamento tra l’art. 14 e l’art. 21 TUSP, onde chiarire che dall’obbligo di accantonamento di cui al comma 1 dell’art. 21 non dovesse derivare un obbligo di ripianamento delle perdite, potendo le pubbliche amministrazioni locali partecipanti decidere di non ripianare il bilancio delle società *in house*: diversamente, infatti, sarebbe stata esclusa *a priori* la possibilità di fallimento di queste ultime, pure espressamente consentita dall’art. 14 TUSP (Cons. Stato, comm. spec., 14 marzo 2017, n. 638).

⁶⁶ C.GARILLI, *Società in house e crisi d’impresa alla luce dell’art. 14 TUSP*, cit.

La raccomandazione del Consiglio di Stato è stata, poi, accolta dal D.Lgs. n. 100/2017, il cui art. 14 ha introdotto il comma 3-*bis* nell' art. 21 TUSP, prevedendo il ripianamento delle perdite quale *mera possibilità* per la pubblica amministrazione locale - peraltro, nei limiti ed alle condizioni di cui all'art. 14, così indirettamente contribuendo a confermare la possibilità di fallimento delle società *in house*.

Ciononostante, perdura ancora qualche incertezza sulla fallibilità delle società *in house*, che potrebbe derivare da un orientamento giurisprudenziale, volto ad escludere il fallimento delle società pubbliche in considerazione della natura non commerciale e/o non imprenditoriale dell'attività svolta da queste ultime, fomentando i sostenitori della tesi della naturale impossibilità di soggezione al fallimento.

Questo perché ai sensi dell'art. 4, comma 4, TUSP, le società *in house* potrebbero avere ad oggetto esclusivo alternativamente una delle seguenti attività:

- lo svolgimento di “servizi di interesse generale” (SIG), ivi incluso lo svolgimento di “servizi di interesse economico generale” (SIEG) (ex art. 4, comma 2, lett. a,);
- la progettazione e realizzazione di un'opera pubblica sulla base di un accordo di programma fra amministrazioni pubbliche (c.d. società pubbliche di progetto) (ex art. 4, comma 2, lett. b);

- lo svolgimento di attività di autoproduzione di servizi strumentali all'ente o agli enti pubblici partecipanti o allo svolgimento delle loro funzioni (c.d. società strumentali) (ex art. 4, comma 2, lett. d);

- i servizi di committenza apprestati a supporto di enti senza scopo di lucro o di amministrazioni aggiudicatrici (ex. art. 4, comma 2, lett. e).

Di contro i sostenitori della tesi contraria hanno rilevato che *“lo scopo lucrativo, anche in senso meramente oggettivo, non è più concepito alla stregua di requisito indefettibile delle società di capitali, residuando come indefettibile il solo criterio dell'economicità, da intendersi quale tendenziale e prospettico pareggio dei costi con i ricavi (c.d. metodo economico)⁶⁸”*.

A fortiori con riferimento alle procedure di risoluzione della crisi d'impresa, il nuovo Codice della crisi e dell'insolvenza estende il proprio ambito applicativo all'imprenditore che eserciti un'attività commerciale *“anche non a fini di lucro”* (ex. art. 1, comma 1).

Ebbene, nel caso dello svolgimento di SIEG, la natura imprenditoriale dell'attività svolta dalla società *in house* è rintracciabile nella possibile o quantomeno probabile presenza di un corrispettivo economico pagato dagli utenti per il servizio pubblico rivolto al mercato, sempre che il medesimo sia astrattamente sufficiente alla copertura dei costi di gestione (ex art. 2, lett. i, TUSP).

⁶⁸ C.GARILLI, *Società in house e crisi d'impresa alla luce dell'art. 14 TUSP*, cit.

Nelle altre ipotesi menzionate dal citato art. 4, comma 2, TUSP, “potrebbe rendersi necessario, di volta in volta, verificare il rispetto del metodo economico, al fine di valutare se l’attività svolta dalla società *in house* possa essere qualificata alla stregua di “attività di impresa”: qualche perplessità, in proposito, potrebbe sussistere soprattutto per i servizi di interesse generale, posto che i medesimi costituiscono attività che non sarebbero svolte dal mercato senza un intervento pubblico (o sarebbero svolte a condizioni differenti e inadeguate rispetto al soddisfacimento delle esigenze generali), generalmente prestate in assenza di un corrispettivo richiesto agli utenti del servizio (ex art. 2, comma 2, lett. h).

Sicché il corroborato indirizzo giurisprudenziale “formale-privatistico” e l’attuale e imminente assetto normativo depongono chiaramente nel senso della fallibilità di qualsivoglia società a partecipazione pubblica, non lasciando spazio a nessun’altra valutazione potenzialmente basata sulla tipologia di attività svolta.

Anche il processo di riforma della legge fallimentare va in questa direzione, prevedendosi all’art. 1, c. 1, del c.c.i. che *“Il presente codice disciplina le situazioni di crisi o insolvenza del debitore, sia esso consumatore, professionista o imprenditore, che eserciti, anche non a fini di lucro, un’attività commerciale, industriale, artigiana o agricola, operando quale persona fisica, persona giuridica o altro ente collettivo, gruppo di imprese o*

società pubblica, con esclusione dello Stato e degli enti qualificati pubblici dalla legge”.

Da un lato, quindi, le società pubbliche sono espressamente contemplate nel c.c.i. e sottoposti alla disciplina ivi prevista come le società in house (ex. art 2 lett. f), e dall’altro, sono espressamente esclusi dalla disciplina del c.c.i. soltanto lo Stato e gli “*enti qualificati pubblici dalla legge*”.

Dunque, risulta confermato che tutte le società c.d. pubbliche che svolgono attività commerciale, quale che sia la composizione del loro capitale sociale, le attività in concreto esercitate, ovvero le forme di controllo cui risultano effettivamente sottoposte, ovvero la governance delle stesse restano assoggettate al fallimento, al pari di ogni altro sodalizio nei cui confronti debbano trovare applicazione le norme codicistiche.

L’art. 12, c. 1, del testo unico, a tal proposito dispone 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*”. Ciò significa che la responsabilità dei soggetti preposti agli organi di gestione e di controllo delle società pubbliche nei confronti della società, dei creditori e dei soci e terzi direttamente danneggiati, è regolata dalle stesse norme che disciplinano tali forme di responsabilità per gli amministratori e per gli organi di controllo di qualsivoglia altra società privata.

Gli amministratori delle società pubbliche sono, quindi, da un lato tenuti, in caso di crisi, a rilevare i fattori di rischio attraverso le procedure di allerta, cercando di eliminare gli stessi e, dall'altro, sono responsabili per la *mala gestio* dell'impresa in crisi.

Quanto alla disciplina concorsuale, ciò significa che *“in caso di insolvenza la società a partecipazione pubblica, pur se preposta allo svolgimento di un servizio pubblico, è assoggettata, a norma dell'art. 1, c. 1, l. fall. alle procedure concorsuali del fallimento e del concordato preventivo”*⁶⁹.

Compete, pertanto, ai suoi amministratori scegliere se presentare un piano attestato ex art. 67 l. fall., stipulare una convenzione di moratoria ex art. 182-*septies*, c. 5, l. fall., depositare un ricorso ex art. 160 l. fall., ex art. 182-*bis* l. fall. o ex art. 182-*septies*, cc. 1, 2, 3 e 4, l. fall. oppure, ancora, effettuare scelte diverse, escluso il ricorso alle procedure di composizione della crisi ai sensi della l. n. 3/2012, non vertendosi appunto in *“situazioni di sovra indebitamento non soggette e non assoggettabili”* alle procedure concorsuali del fallimento e del concordato preventivo⁷⁰.

L'art. 14 come le misure di allerta di prossima introduzione ad opera del nuovo Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza detta una regolamentazione della crisi delle società a controllo pubblico (ivi incluse quelle *in house*) ispirata dalla duplice finalità di:

⁶⁹ Cass. 27 settembre 2013, n. 22209; 6 dicembre 2012, n. 21991.

⁷⁰ F. FIMMANO', *L'insolvenza delle società pubbliche alla luce del Testo unico*, cit.

- favorire quanto prima l'emersione dello squilibrio economico-finanziario, al fine di adottare idonei provvedimenti atti, per quanto possibile, a consentirne il superamento;
- impedire alle amministrazioni socie di continuare a mantenere artificialmente in vita, tramite finanziamenti pubblici, società "fallite".

Sotto al primo profilo rileva la previsione di precisi principi sull'organizzazione e la gestione delle società a controllo pubblico, nell'ambito dei quali rientra l'obbligo di predisporre specifici programmi di valutazione del rischio di crisi aziendale; inoltre, a monte dei doveri previsti dall'art. 14, il testo unico, in considerazione delle dimensioni e delle caratteristiche organizzative nonché dell'attività svolta, prevede, peraltro, che *"le società a controllo pubblico siano tenute a valutare l'opportunità di integrare gli strumenti di governo societario con un ufficio di controllo interno strutturato secondo criteri di adeguatezza rispetto alla dimensione e alla complessità dell'impresa sociale, che collabora con l'organo di controllo statutario, riscontrando tempestivamente le richieste da questo provenienti, e trasmette periodicamente all'organo di controllo statutario relazioni sulla regolarità e l'efficienza della gestione"* (art. 6, c. 3, lett. b).

Le società a controllo pubblico sono, perciò, obbligate a predisporre specifici programmi di valutazione del rischio di crisi aziendale informandone

l'assemblea, nella relazione sul governo societario che sono tenute a redigere annualmente.

Seppure l'obbligo di adozione di programmi di valutazione del rischio di crisi aziendale sia una particolare espressione dei doveri di corretta gestione societaria e imprenditoriale alla cui osservanza gli amministratori devono attenersi, *“non va sottovalutata la sua esplicita previsione in quanto volta a rimarcare la necessità di un costante monitoraggio sulla continuità aziendale quale caratteristica essenziale delle società a controllo pubblico, in considerazione della peculiare natura e rilevanza degli interessi che le crisi aziendali in tali contesti si prestano a colpire”*⁷¹.

In sostanza, detti programmi devono essere idonei a consentire, anche in chiave prospettica, la tempestiva individuazione degli indici di probabili situazioni di crisi aziendali, consentendo all'organo amministrativo della società a controllo pubblico di adottare *“senza indugio”* i provvedimenti necessari al fine di prevenire l'aggravamento della crisi, di correggerne gli effetti ed eliminarne le cause, attraverso un idoneo piano di risanamento.

L'ulteriore strumento di allerta previsto al c. 2 dell'art. 14, è quello di *“un idoneo piano di risanamento”*. Se il programma di valutazione del rischio di crisi aziendale costituisce uno strumento per la tempestiva rilevazione della crisi e della perdita della continuità aziendale, che ogni imprenditore ha il dovere di istituire, adottare e aggiornare, il piano di risanamento rappresenta

⁷¹ S. DE MATTEIS, *La governance della crisi d'impresa*, cit.

lo strumento nel quale collocare i provvedimenti necessari al fine di prevenire l'aggravamento della crisi, correggerne gli effetti ed eliminarne le cause.

Quest'ultimo, dunque, va predisposto soltanto qualora emergano, nell'ambito dei programmi di valutazione del rischio, uno o più indicatori di crisi aziendale coincidendo nella sostanza, con il "*piano di ristrutturazione aziendale*. Ciò perché anche "il piano di risanamento si fonda su di un *business plan* che si articola ordinariamente in un piano industriale, in un conto economico ed in uno stato patrimoniale previsionali e in un rendiconto finanziario"⁷², permeato però da un vincolo funzionale che obbliga ad adottare un piano di ristrutturazione aziendale in una prospettiva non liquidatoria, ma di gestione e di continuità aziendale idonea al superamento della crisi.

D'altronde "*l'obiettivo tipico del piano, di ristabilire l'equilibrio finanziario dell'impresa, non può non implicare, dunque, il ripristino della capacità di generare redditività. Né in senso contrario può deporre il fatto che il successivo c. 5 dell'art. 14 faccia riferimento, quanto al piano di risanamento, al raggiungimento dell'equilibrio finanziario e non anche alla ristrutturazione aziendale e, quindi, al riequilibrio economico*"⁷³.

Esiste, infatti, una stretta correlazione tra l'equilibrio finanziario e quello economico nel senso che, quando l'azienda è in grado di generare redditività,

⁷² S. DE MATTEIS, *La governance della crisi d'impresa*, cit.

⁷³ L. STANGHELLINI, *Commento all'art. 14*, in G. MORBIDELLI (a cura di), *Codice delle società a partecipazione pubblica*, Milano, Giuffrè, 2018, p. 344.

eventuali disarmonie finanziarie hanno quasi sempre carattere transitorio; all'opposto se ad una situazione di sostanziale equilibrio finanziario fa da riscontro un vero e proprio squilibrio economico, la coesistenza tra andamento economico negativo e struttura finanziaria equilibrata non può perdurare oltre un certo periodo.

Il piano di risanamento, funzionale al risanamento dell'esposizione debitoria e al riequilibrio della situazione finanziaria, costituisce, pertanto, il primo livello delle forme tecniche di riorganizzazione.

Con l'avvertenza, però, che la crisi si risolve con l'esecuzione del piano, non con la sua mera adozione.

Se, dunque, si parte dal condivisibile presupposto che anche il piano di risanamento attualmente previsto dall'art. 67, c. 3, lett. d), l. fall. impone la sua formulazione con la prospettiva della gestione e della continuità aziendale idonea al superamento della crisi, il piano di risanamento previsto dagli artt. 14, cc. 2 e 4, del testo unico ed il primo non si differenziano contenutisticamente anche se diversi sono sia il procedimento, sia gli effetti, non essendo richiesta dal testo unico l'attestazione di un esperto indipendente e non essendo prevista l'esenzione dalla revocatoria fallimentare degli atti, pagamenti e garanzie attuati in esecuzione del piano.

I due testi normativi sono però in disallineamento riguardo alla *governance* delle società pubbliche nella crisi d'impresa che hanno una sua espressa disciplina negli obblighi di comportamento tipizzati negli artt. 6 e 14 del t.u..

Dal combinato disposto degli art. 6, c. 2, e 14, c. 2, emerge l'introduzione di una sorta di procedura di allerta della crisi per le sole società pubbliche, anticipatrice di quella che il legislatore della riforma si propone di introdurre in via più generale.

L'allerta prevista per le società pubbliche presenta, però, diverse differenze rispetto a quella ipotizzata per gli altri imprenditori, non tanto per i doveri imposti agli organi amministrativi e di controllo, quanto per i divieti per i soci. Per questa ragione, le due discipline, nonostante le affinità, non possono essere assimilate *tout court*⁷⁴.

La *ratio* dell'art. 14 non può però essere desunta esclusivamente sulla base dei primi commi del TUSP, essendo di meritevole attenzione e indicative di un nuovo approccio alla fallibilità delle società in house nel comma 5 dell'art. 14 TUSP che codifica il "divieto di soccorso finanziario".

L'origine del divieto di "soccorso finanziario" nasce infatti dalla prassi posta in essere dalle Pubbliche Amministrazioni e, in particolare, dagli Enti locali di ovviare alle politiche gestionali scorrette e fallimentari delle società partecipate. Queste condotte sono state oggetto di una crescente attenzione da parte della magistratura contabile, la quale ha costantemente segnalato come le ricapitalizzazioni rappresentino uno dei tipici interventi attraverso i quali il socio pubblico destina risorse finanziarie, anche consistenti, alla copertura

⁷⁴ G. D'ATTORRE, *I piani di risanamento e di ristrutturazione nelle società pubbliche*, cit.

delle perdite aziendali senza che sussistano i necessari requisiti, sostenendo indirettamente una governance societaria censurabile.

Sicché nel corso degli anni è emersa l'esigenza legislativa di porre in essere un più stringente controllo sull'allocazione delle risorse da parte delle Pubbliche Amministrazioni in favore di società *in house*, evitandone indebiti utilizzi a favore delle società partecipate.

La norma si poneva la finalità, da un lato, di “evitare che attraverso ricapitalizzazioni e trasferimenti si erogassero aiuti di Stato a società peraltro già collocate in posizione di privilegio sul mercato, dall'altro, imponeva che i contratti di servizio fossero equi”⁷⁵.

Tale disposizione, come detto sopra, prevede, al primo periodo, che “ *Le amministrazioni di cui all'art. 1, comma 3, della Legge 31 dicembre 2009, n. 196, non possono, salvo quanto previsto dagli artt. 2447 e 2482-ter Cod. civ., sottoscrivere aumenti di capitale, effettuare trasferimenti straordinari, aperture di credito, né rilasciare garanzie a favore delle società partecipate, con esclusione delle società quotate e degli istituti di credito, che abbiano registrato, per tre esercizi consecutivi, perdite di esercizio ovvero che abbiano utilizzato riserve disponibili per il ripianamento di perdite anche infrannuali*”.

⁷⁵ F. BARBAGALLO, *L'art. 14, comma 5, del TUSPP: una norma di finanza pubblica*. Azienditalia, n. 3, 1 marzo 2021, p. 485.

La norma al secondo periodo, inoltre, dispone *“sono in ogni caso consentiti i trasferimenti straordinari alle società di cui al primo periodo, a fronte di convenzioni, contratti di servizio o di programma relativi allo svolgimento di servizi di pubblico interesse ovvero alla realizzazione di investimenti, purché le misure indicate siano contemplate in un piano di risanamento, approvato dall’Autorità di regolazione di settore ove esistente e comunicato alla Corte dei conti, che contempra il raggiungimento dell’equilibrio finanziario entro tre anni”*.

Per evitare l’interruzione di pubblici servizi, oppure a fronte di gravi pericoli per la sicurezza pubblica, l’ordine pubblico e la sanità, la norma dispone infine, al terzo periodo, che *“su richiesta della amministrazione interessata, con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, adottato su proposta del Ministro dell’economia e delle finanze, di concerto con gli altri Ministri competenti e soggetto a registrazione della Corte dei conti, possono essere autorizzati gli interventi di cui al primo periodo del presente comma”*.

La ratio dell’art. 14, comma 5, del TUSP, così come interpretato dalla magistratura contabile sin dalla formulazione originaria di cui all’art. 6, comma 19, del D.L. n. 78/2010, si rinviene nella necessità di abbandonare la logica del “salvataggio a tutti i costi” per ripianare squilibri della società

partecipata⁷⁶. La norma esclude *in nuce* gli interventi pubblici a fondo perduto, erogati in assenza di un programma industriale.

Come affermato dalla Corte dei conti, infatti, era necessario porre *“un freno alla prassi, ormai consolidata, seguita dagli enti pubblici e in particolare dagli Enti locali, di procedere a ricapitalizzazioni e ad altri trasferimenti straordinari per coprire le perdite strutturali (tali da minacciare la continuità aziendale); prassi che, come noto, da un lato finisce per impattare negativamente sui bilanci pubblici compromettendone la sana gestione finanziaria; dall’altro si contrappone alle disposizioni dei trattati (art. 106 TFUE, già art. 86 TCE), le quali vietano che soggetti che operano nel mercato comune beneficino di diritti speciali o esclusivi, o comunque di privilegi in grado di alterare la concorrenza nel mercato, in un’ottica macroeconomica”*⁷⁷.

Secondo il consolidato orientamento della giurisprudenza contabile, invero, *“il ripiano delle perdite della società partecipata non rappresenta un obbligo del socio pubblico, bensì una mera facoltà, il cui esercizio deve, peraltro, essere adeguatamente motivato”*⁷⁸.

Il ricorso al tipo “società di capitale”, d’altronde, trova la sua essenziale ragione, tra l’altro, nella separazione tra il patrimonio dei soci e quello della società stessa, godendo quest’ultima di un’autonomia patrimoniale perfetta,

⁷⁶ Corte dei conti, sezione regionale di controllo per il Lazio, delibera n. 66/2018/PAR e n. 1/2019/PAR.

⁷⁷ Corte dei conti, sezione regionale di controllo Abruzzo, deliberazione n. 279/2015/PAR.

⁷⁸ Corte dei conti, sezione regionale di controllo Abruzzo, deliberazione n. 279/2015/PAR.

facendo sì che dei debiti della società risponda quest'ultima e non il socio pubblico.

Viceversa, con il censurabile sistema dei reintegri delle perdite, verrebbe pretermessa la predetta autonomia patrimoniale e l'ente socio finirebbe continuamente per accollarsi integralmente o in parte debiti che sono della società.

Un tale peculiare effetto, gravando il bilancio del socio pubblico, impone, dunque, sulla base dei precedenti orientamenti giurisprudenziali *“un'adeguata motivazione ed un necessario e preventivo approfondimento tecnico-economico che comprovi l'effettiva utilità, ai fini della eventuale rimessione in bonis della società interessata o comunque del suo eventuale recupero di efficacia e qualità dal punto di vista operativo”*⁷⁹.

In sostanza, per scongiurare la prassi del soccorso finanziario, occorre analizzare la genesi della perdita, in quanto l'intervento finanziario non può risolversi in una mera dazione di risorse, ma deve essere comprovata la finalità di riequilibrio economico, finanziario e patrimoniale della società, a maggior ragione se si tratta di una società di cui si è dichiarata la messa in liquidazione.

Per la magistratura contabile, infatti, vige un divieto assoluto di *“soccorso finanziario nei confronti di società (o consorzi), posti in stato di liquidazione,*

⁷⁹ Corte dei conti, Sez. contr. Basilicata, 17 maggio 2011, n. 28/2011/PAR; Sez. contr. Emilia-Romagna, 13 febbraio 2012, n. 9/2012/PAR; Sez. contr. Lombardia 5 febbraio 2014, n. 42/2014/PAR.

che restano in vita senza la possibilità di intraprendere nuove operazioni rientranti nell'oggetto sociale, ma al solo fine di provvedere al soddisfacimento dei creditori sociali, previa realizzazione delle attività sociali ed alla distribuzione dell'eventuale residuo attivo tra i soci. Tenuto conto della particolare fase della vita sociale che la liquidazione rappresenta, infatti, l'apporto finanziario richiesto al socio è in re ipsa destituito delle finalità proprie di duraturo riequilibrio strutturale, venendo piuttosto a tradursi sul piano sostanziale in un accollo delle passività societarie, con rinuncia implicita al beneficio della ordinaria limitazione di responsabilità connessa alla separazione patrimoniale, al solo e circoscritto fine di consentire il fisiologico espletamento della fase di chiusura”⁸⁰.

Si può pertanto evidenziare come tanto la giurisprudenza contabile quanto quella civile abbiano aspramente stigmatizzato tutti quegli “*interventi tampone con dispendio di disponibilità finanziarie a fondo perduto, erogati senza un programma industriale o una prospettiva che realizzi l'economicità e l'efficienza della gestione nel medio e lungo periodo*”⁸¹.

Da questo punto di vista, affermano i giudici contabili, andrebbero attentamente vagliate le operazioni attuate dalle Pubbliche Amministrazioni

⁸⁰ Corte dei conti, Sez. reg. contr. Lombardia, 4 febbraio 2010, n. 86/PAR; Corte dei conti, Sezione regionale di controllo per il Lazio, deliberazione n. 88/2018/PAR; Corte dei conti, Sezione regionale di controllo per la Liguria, deliberazione n. 84/2018/PAR, nonché Cass. civ., Sez. I, sentenza n. 3321 del 10 aprile 1996; da ultimo cfr. Cass. civ., Sez. III, 15 gennaio 2020, n. 521

⁸¹ Corte dei conti - Sez. controllo Lombardia n. 753/2010, n. 1081/2010, n. 207/2011, n. 636/2011, n. 220/2012 e n. 274/2012.

nei confronti delle società in costante perdita, volte a tamponare o rimpinguare perdite ed inefficienze gestionali per salvare soggetti in evidente stato di crisi.

Questi comportamenti finirebbero infatti per contrastare con i principi di razionalità economica, sana gestione finanziaria e trasparenza, violazioni suscettibili di produrre un danno erariale sindacabile dal Giudice contabile.

Si può quindi notare come in materia di società pubbliche, il Legislatore prima con il TUSP e successivamente con il C.C.I. abbia cercato di conformare i principi del diritto societario a specifiche norme pubblicistiche poste a tutela della sana gestione finanziaria delle risorse pubbliche. Gestione che per essere efficiente deve saper riconoscere i possibili indici di allerta e reagire prontamente a questi, senza ricorrere ingiustificatamente al soccorso finanziario.

CONCLUSIONI

Alla luce di quanto osservato, si può concludere come l'istituto delle società *in house*, nato in ambito europeo, sia stato interessato nel corso degli anni da numerosi interventi, dottrinali, normativi e giurisprudenziali, volti a chiarirne talvolta la natura, oltre la ratio o i connotati strutturali e altre ancora l'assoggettabilità al fallimento.

Queste problematiche sorte in ambito europeo ma affrontate anche a livello nazionale a fronte di orientamenti giurisprudenziali sempre più europeisti, ha permesso di addivenire ad una nozione di società *in house* in linea con i Paesi UE. Se negli anni 2000, la problematica affrontata dalla CGUE con la celebre Sentenza Teckal riguardava i caratteri dell'*in house* e la sua natura, si deve osservare, invece, come solo nel 2020 si è finalmente adottata una posizione univoca sulle modalità di affidamento dell'*in house providing*, sempre in bilico tra regola ed eccezione rispetto al mercato.

Il tema delle società *in house* non è però ancora così nitido come si crede seppur oggi quest'ombra sembra essersi diradata con la positivizzazione della fallibilità delle società *in house* nel TUSP e nel CCI. Questo aspetto, che a onor del vero avrebbe dovuto far cessare quegli orientamenti contrari ad una fallibilità delle società *in house*, sembra però non aver ancora scalfito la posizione di chi ne ha sostenuto e continua a sostenerne la non fallibilità sulla base della relazione esistente e innegabile con gli enti pubblici, tale da equiparare la società *in house* ad un "ufficio interno" dell'ente pubblico che

l'ha costituita, non sussistendo tra l'ente e la società un rapporto di alterità sostanziale, ma solo formale, ed è questa caratteristica l'unica a giustificare l'affidamento diretto, senza previa gara, di un appalto o di una concessione (Consiglio di Stato Sez. I, n. 1374 del 3 agosto 2021, e n. 1389 del 7 maggio 2019, nonché Sez. III, n. 1385 del 25 febbraio 2020).

Tale posizione per quanto logica, oggi appare però anacronistica sulla base di un'interpretazione letterale e teleologica non solo del Testo Unico sulle Società Partecipate ma anche alla luce della prossima entrata in vigore del Codice della Crisi d'Impresa.

Non bisogna però dimenticare che sussistono tutt'oggi casi in cui il socio pubblico, ricoprente una posizione dominante, richieda alla *governance* societaria di eseguire servizi pubblici in perdita, mettendo a rischio le risorse societarie e gravando su quest'ultima di oneri economici non sostenibili; sicché in siffatta ipotesi sarebbe il socio pubblico a determinare il fallimento della società e non la *mala gestio* della *governance*.

Tale posizione per quanto logica, oggi potrebbe apparire anacronistica sulla base di un'interpretazione letterale e teleologica del Testo Unico sulle Società Partecipate, ed alla luce della prossima entrata in vigore del Codice della Crisi d'Impresa.

Tuttavia, i testi normativi in questione non prendono in considerazione l'evenienza rappresentata, non prevedendo alcuno strumento di autonomia per le società.

Ed infatti, qualora per esempio il socio pubblico non approvasse il piano di risanamento adottato dalla società, continuando a far gestire alla stessa i servizi in perdita, questa non avrebbe alcuna via d'uscita, se non attendere il fallimento.

Ad oggi, l'impianto normativo non considera quello che potrebbe essere definito il cuore dell'impianto dell'*in house providing*: l'assenza di autonomia della società rispetto al socio pubblico nelle scelte decisionali. O meglio, tale aspetto è considerato per esempio nei termini della previsione dell'approvazione del piano, tuttavia non prevedendo le norme dei correttivi nel caso di mancato approvazione del piano stesso.

Pertanto, appare opportuno prevedere ulteriormente la possibilità, per la società *in house providing* che abbia attuato tutti gli strumenti a sua disposizione per prevenire la crisi d'impresa, che, qualora il socio pubblico rimanga inerte, o piuttosto decida di non condividere il percorso tracciato, che sia solo ed esclusivamente quest'ultimo a subire gli effetti pregiudizievoli della crisi d'impresa con esclusione della responsabilità dell'organo amministrativo della società, con una procedimentalizzazione amministrativa del percorso di prevenzione della crisi d'impresa delle società pubbliche, con la previsione di termini perentori, oltre che per la società, anche e soprattutto per il socio pubblico e con la possibilità del commissariamento nel caso di mancato rispetto dei termini, con la previsione delle relative responsabilità.

BIBLIOGRAFIA

- Il nuovo ordinamento delle società. Lezioni sulla riforma e modelli statutari, Ipsoa, Milano, 2003.
- Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso, I, Utet, Torino, 2006-2007.
- Responsabilità amministrativa e giurisdizione contabile (ad un decennio dalle riforme), Giuffrè, Milano, 2006.
- La governance nelle società pubbliche nel d.lgs. 19 agosto 2016, n°175, Cacucci, Bari, 2016.
- La nomina diretta degli amministratori di società da parte dello Stato e di Enti pubblici, in *Impresa ambiente*, 1975, I, 369
- Manuale di diritto amministrativo, Francesco Caringella, XII ed., 2018
- In house providing e mercato: rette parallele o incroci pericolosi?, in *Analisi giur. economia*, 2015, 515
- Le società a partecipazione pubblica, Carlo Ibba e Ivan Demuro, 2018
- Report ASSTRA, Le aziende di TPL: ieri, oggi, domani, 2018
- Società in house providing, in *Giur. Comm.*, 2016, II, 953
- Le nuove società in house: “Controllo analogo e assetti organizzativi tra specialità della disciplina e proporzionalità delle deroghe”, presentato all’VIII Convegno Annuale dell’associazione Italiana dei professori universitari di diritto commerciale “Orizzonti del diritto commerciale”.

- Società a partecipazione pubblica e giurisdizione, D'attorre G. in Socc., 2005, 881.
- Le società in mano pubblica possono fallire? In Fall., 2009, 715.
- La fallibilità delle società in mano pubblica, in Fall., 2010, 493.
- I confini (ancora incerti) del controllo analogo congiunto in materia di in house providing, in Giur.Comm., 2014, II, 765.
- In house providing orizzontale: modello teorico e prospettive applicative, in Nel diritto, 2014, 1536.
- I servizi di interesse economico generale. Stato, mercato e welfare nel diritto dell'Unione europea, Gallo D., Giuffrè, Milano, 2010
- Manuale di diritto amministrativo, Garofoli R. e Ferrari G., Nel diritto, Roma, 2009.
- Società a partecipazione pubblica e responsabilità erariale, in Riv.dir.civ., 2015, 446.
- Società in house: nozione e rilevanza applicativa, in Munus, 2015, I, 6.
- Le procedure concorsuali nel testo unico delle società a partecipazione pubblica, Maria Vittoria Ferroni ,in Nomos 2/2020.
- Società a partecipazione pubblica, procedure fallimentari e responsabilità penali degli amministratori e dirigenti, Ciro Santoriello, Le Società 3/2021.
- Affidamenti in house e tutela sostanziale della concorrenza nel diritto europeo dei contratti pubblici, Stefano Castellana Soldano, Urbanistica e Appalti 4/2021.

- Società in house e crisi d'impresa alla luce dell'art. 14 TUSP, Chiara Garilli, Le Società 10/2021.
- La governance della crisi d'impresa: le "società pubbliche". Prime riflessioni a margine del Codice della Crisi e dell'Insolvenza e del Testo Unico in materia di società a partecipazione pubblica, Stanislao De Matteis, Studi in ricordo di Egidio Lamberti.
- Le società a controllo pubblico, Ursi-Perrino, Giappichelli editore, Torino, 2020.
- Crisi d'impresa di società a partecipazione pubblica, Giannelli, Giappichelli editore, 2020.
- La governance delle società partecipate. Contributo al Convegno SNA, "Il riordino della disciplina delle società a partecipazione pubblica", 18 febbraio 2016.
- La fallibilità delle società a partecipazione pubblica, in La Riforma della Legge Fallimentare, Sorci, Giuffrè, Milano, 2011.
- Le società di autoproduzione in mano pubblica: controllo analogo, destinazione prevalente dell'attività e autonomia statutaria, in Il diritto delle società oggi, innovazioni e persistenze, studi in onore di Giuseppe Zanon, Torino, 2011.