

In house

Le società *in house* nel T.U. sulle partecipate pubbliche

di Andrea Maltoni

L'articolo esamina la nuova disciplina in tema di società *in house* contenuta nel testo unico sulle società a partecipazione pubblica, la quale configura la società *in house* come un modello organizzativo variamente declinabile, anche in virtù di alcune deroghe che possono essere apportate in sede statutaria al modello societario di diritto comune. Tuttavia, alcune discrasie nella normativa di disciplina ne rendono incerto l'inquadramento: le società *in house* rimangono in bilico tra l'essere a tutti gli effetti società di diritto privato e il dover rappresentare un prolungamento organizzativo di autorità pubbliche, ai fini della configurazione del requisito del 'controllo analogo'. Il mancato conseguimento di un assetto regolamentare omogeneo è da porre in relazione non soltanto alle difficoltà che derivano dal necessario rispetto del diritto europeo, ma anche dalle mai risolte tensioni connesse all'esigenza di dover armonizzare l'applicazione di regole di diritto comune e di diritto speciale. La nuova normativa presenta, poi, alcuni aspetti critici, individuabili: nell'aver dettato una disciplina integrativa con riferimento al requisito dell'attività svolta in via prevalente; nella regolamentazione delle conseguenze derivanti dalla violazione del limite quantitativo, nonché della "sanatoria"; nell'attribuzione al g.o. della competenza giurisdizionale in relazione agli atti inerenti alle procedure di selezione del personale.

Premessa

Il D.Lgs. n. 175/2016, recante il "Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica" (d'ora in poi T.U.S.P.P.) è entrato in vigore, dopo una non breve gestazione, il 23 settembre scorso.

Il T.U.S.P.P. detta disposizioni in tema di società *in house* che, per un verso, disattendono alcuni criteri e principi direttivi contenuti nella legge di delegazione (L. 7 agosto 2015, n. 124), e, per l'altro, diversamente da quanto auspicato dalla Commissione speciale del Consiglio di Stato nel parere n. 968 del 16 marzo 2016, si discostano scientemente da alcuni consolidati orientamenti della giurisprudenza amministrativa, nonché di quella dei giudici delle leggi, sebbene consentano alle amministrazioni pubbliche controllanti di conformare le stesse in termini variamente modulabili, per alcuni versi innovativi.

Inoltre, in considerazione del fatto che il tema degli affidamenti *in house* è già disciplinato dal D.Lgs. n. 50/2016 (Codice dei contratti pubblici), col quale, com'è noto, sono state recepite nel nostro ordinamento le direttive europee nn. 23, 24 e 25 del 2014, ci si sarebbe potuti attendere che il T.U.S.P.P. dedicatesse poche disposizioni a tali società, al fine

essenzialmente di individuare gli strumenti idonei a garantire il 'controllo analogo', rinviando per la disciplina degli ulteriori aspetti alla normativa di derivazione europea. Contrariamente invece alle aspettative, il T.U.S.P.P. contiene una disciplina piuttosto estesa, che finisce, però, per "interferire" con la normativa di derivazione europea.

Occorre poi tener conto che con la recente pronuncia n. 251/2016 della Corte costituzionale è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale delle lett. a), b), c), e), i), l) ed m), nn. 1-7 del comma 1 dell'art. 18, L. n. 124/2015, nella parte in cui, in combinato disposto con l'art. 16, commi 1 e 4, della medesima legge di delegazione, prevedevano che il Governo fosse tenuto ad adottare il relativo decreto legislativo attuativo previo parere, anziché previa intesa, in sede di Conferenza unificata.

Al riguardo, occorre tener conto che, come è stato precisato dai medesimi giudici delle leggi, se le pronunce di illegittimità costituzionale, non possono che essere circoscritte alle disposizioni della legge di delegazione che sono state sottoposte al sindacato di costituzionalità e non si estendono automaticamente alle disposizioni attuative contenute nel

decreto attuativo, là dove queste ultime fossero impugnate la Consulta sarebbe chiamata "ad accertare l'effettiva lesione delle competenze regionali, anche alla luce delle soluzioni correttive che il Governo riterrà di apprestare al fine di assicurare il rispetto del principio di leale collaborazione" (1). Nell'intento di evitare che la situazione di incertezza ingenerata da detta pronunzia possa protrarsi nel tempo - situazione scaturente dal fatto che alcune disposizioni del decreto delegato potrebbero essere dichiarate costituzionalmente illegittime, con la conseguenza di minare la stabilità complessiva della disciplina contenuta nel T.U.S.P.P. - il Governo sta dando seguito a quanto indicato dalla Corte costituzionale. In particolare, si sta ricercando in sede di Conferenza unificata una soluzione condivisa con il sistema delle autonomie regionali e locali al fine di addivenire ad un'intesa, o - dal momento che la stessa è configurata nella pronunzia dei giudici delle leggi alla stregua di un'intesa in senso debole - quanto meno porre in essere idonei tentativi al fine di concluderla, per poi apportare al T.U.S.P.P. le necessarie "correzioni".

L'occasione dunque di "rivedere" la normativa del T.U.S.P.P., dettata dall'esigenza di bloccare le

possibili conseguenze derivanti da detta pronunzia, potrebbe consentire al legislatore di apportare alcuni "correttivi" alla stessa, eliminando quelli che appaiono gli aspetti maggiormente critici.

Dal mancato recepimento di alcuni principi e criteri direttivi dettati dalla L. n. 124/2015 alle nuove possibili configurazioni delle società *in house* in base al T.U.S.P.P.: società holding c.d. strumentali, società ad 'oggetto plurimo'

Con riguardo al tema che qui ci occupa, deve porsi in rilievo come i criteri e i principi direttivi, contenuti al comma 1, alle lett. a), b) (2) ed m) (3) dell'art. 18, L. n. 124/2015 imponessero al legislatore delegato, da un canto, di operare una distinzione tra tipi di società basata su alcuni parametri, dall'altro, di dettare una disciplina distinta con riferimento rispettivamente alle società di gestione di servizi di interesse generale e alle società aventi ad oggetto la gestione di servizi strumentali e funzioni amministrative.

Per quanto attiene al primo gruppo di principi e criteri direttivi (*i.e.* quelli di cui alla lett. a), comma 1 dell'art. 18, L. cit.), non sembra, invero, che le disposizioni contenute nel testo unico abbiamo

(1) Si v. Corte cost. 25 novembre 2016, n. 251, in www.corte costituzionale.it.

(2) Ai sensi del comma 1, lett. a) dell'art. 18, L. n. 124/2015 deve operarsi una "distinzione tra tipi di società in relazione alle attività svolte, agli interessi pubblici di riferimento, alla misura e qualità della partecipazione e alla sua natura diretta o indiretta, alla modalità diretta o mediante procedura di evidenza pubblica dell'affidamento, nonché alla quotazione in borsa o all'emissione di strumenti finanziari quotati nei mercati regolamentati, e individuazione della relativa disciplina, anche in base al principio di proporzionalità delle deroghe rispetto alla disciplina privatistica, ivi compresa quella in materia di organizzazione e crisi d'impresa", mentre alla lett. b) del comma 1 del medesimo articolo si prevede che "ai fini della razionalizzazione e riduzione delle partecipazioni pubbliche secondo criteri di efficienza, efficacia ed economicità", deve procedersi ad una "ridefinizione della disciplina, delle condizioni e dei limiti per la costituzione di società, l'assunzione e il mantenimento di partecipazioni societarie da parte di amministrazioni pubbliche entro il perimetro dei compiti istituzionali o di ambiti strategici per la tutela di interessi pubblici rilevanti, quale la gestione di servizi di interesse economico generale"; nonché debbono applicarsi i "principi della presente lettera anche alle partecipazioni pubbliche già in essere".

(3) Al comma 1, lett. m) dell'art. 18, L. cit. si stabilisce che "con riferimento alle società partecipate dagli enti locali: 1) per le società che gestiscono servizi strumentali e funzioni amministrative, definizione di criteri e procedure per la scelta del modello societario e per l'internalizzazione nonché di procedure, limiti e condizioni per l'assunzione, la conservazione e la razionalizzazione di partecipazioni, anche in relazione al numero dei dipendenti, al fatturato e ai risultati di gestione; 2) per le società che gestiscono servizi pubblici di interesse economico generale, individuazione di un numero massimo di esercizi con perdite di bilancio che comportino obblighi di liquidazione delle società, nonché definizione, in conformità con la disciplina dell'Unione europea, di criteri e

strumenti di gestione volti ad assicurare il perseguimento dell'interesse pubblico e ad evitare effetti distorsivi sulla concorrenza, anche attraverso la disciplina dei contratti di servizio e delle carte dei diritti degli utenti e attraverso forme di controllo sulla gestione e sulla qualità dei servizi; 3) rafforzamento delle misure volte a garantire il raggiungimento di obiettivi di qualità, efficienza, efficacia ed economicità, anche attraverso la riduzione dell'entità e del numero delle partecipazioni e l'incentivazione dei processi di aggregazione, intervenendo sulla disciplina dei rapporti finanziari tra ente locale e società partecipate nel rispetto degli equilibri di finanza pubblica e al fine di una maggior trasparenza; 4) promozione della trasparenza mediante pubblicazione, nel sito internet degli enti locali e delle società partecipate interessati, dei dati economico-patrimoniali e di indicatori di efficienza, sulla base di modelli generali che consentano il confronto, anche ai fini del rafforzamento e della semplificazione dei processi di armonizzazione dei sistemi contabili e degli schemi di bilancio delle amministrazioni pubbliche partecipanti e delle società partecipate; 5) introduzione di un sistema sanzionatorio per la mancata attuazione dei principi di razionalizzazione e riduzione di cui al presente articolo, basato anche sulla riduzione dei trasferimenti dello Stato alle amministrazioni che non ottemperano alle disposizioni in materia; 6) introduzione di strumenti, anche contrattuali, volti a favorire la tutela dei livelli occupazionali nei processi di ristrutturazione e privatizzazione relativi alle società partecipate; 7) ai fini del rafforzamento del sistema dei controlli interni previsti dal testo unico di cui al decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, revisione degli obblighi di trasparenza e di rendicontazione delle società partecipate nei confronti degli enti locali soci, attraverso specifici flussi informativi che rendano analizzabili e confrontabili i dati economici e industriali del servizio, gli obblighi di servizio pubblico imposti e gli standard di qualità, per ciascun servizio o attività svolta dalle società medesime nell'esecuzione dei compiti affidati, anche attraverso l'adozione e la predisposizione di appositi schemi di contabilità separata".

operato distinzioni tra dette società basandosi sulle “attività svolte”; sugli “interessi pubblici di riferimento”; sulla “misura e qualità della partecipazione”.

Peraltro, ai sensi dell'art. 3, D.Lgs. n. 175/2016, le amministrazioni possono fare ricorso soltanto ad alcuni tipi societari: le società anche consortili (4) costituite in forma di società per azioni o di società a responsabilità limitata, le società cooperative. Con riferimento a tali modelli societari le distinzioni delineate nel decreto delegato non sono riferibili ai parametri summenzionati, come si evince dal fatto che: all'art. 3, comma 2 si stabilisce che nelle S.r.l. a controllo pubblico l'atto costitutivo o lo statuto debba prevedere la nomina dell'organo di controllo o di un revisore, mentre nelle S.p.a. a controllo pubblico la revisione legale dei conti non possa essere affidata al collegio sindacale; all'art. 16, comma 2 con riferimento, rispettivamente, alle S.p.a. e alle S.r.l., si indicano gli strumenti utilizzabili per garantire il controllo analogo; all'art. 17 si individuano distinte deroghe che possono essere previste in ordine all'applicazione delle disposizioni del codice civile inerenti a tali tipi societari.

Inoltre, i predetti criteri direttivi di cui alla lett. a) del comma 1 dell'art. 18, L. cit., congiuntamente a quelli di cui alla lett. m), punti 1) e 2) del medesimo articolo, riguardanti le “tipologie di attività” consentite alle società partecipate, avrebbero imposto di distinguere nel decreto delegato le società dei servizi di interesse generale (*recte*: SIG e SIEG) da quelle aventi ad oggetto attività c.d. strumentali (*recte*: servizi strumentali e funzioni amministrative esternalizzate).

All'art. 4 del T.U.S.P.P. la categoria delle società e delle partecipazioni societarie considerate “ammesse” è individuata in base a due criteri: quello della “necessaria strumentalità” rispetto alle finalità istituzionali perseguite dalle amministrazioni socie (già previsto dall'art. 3, comma 27, L. n. 244/2007) e quello del “vincolo dell'attività”. Si consideri, infatti, che la specificazione di quest'ultimo criterio al comma 2 dell'art. 4 è preceduta dall'inciso “*nei limiti di cui al comma 1*”. In base a quest'ultima disposizione legislativa, si stabilisce, in particolare, che “le amministrazioni pubbliche possono, direttamente o indirettamente, costituire società e acquisire o

mantenere partecipazioni in società esclusivamente per lo svolgimento delle attività sotto indicate”: a) la produzione di un servizio di interesse generale (SIG), nel cui ambito sono da ricondursi anche quelli a rilevanza economica (*i.e.* SIEG), ivi inclusa la realizzazione e la gestione delle reti e degli impianti funzionali ai servizi medesimi; b) la progettazione e la realizzazione di un'opera pubblica in base ad un accordo di programma tra p.a., ex art. 193, D.Lgs. n. 50/2016; c) la realizzazione e gestione di un'opera pubblica ovvero la organizzazione e gestione di un SIG o di un SIEG oggetto di un contratto di partenariato affidato ad una società mista nella quale il socio privato sia scelto con gara a doppio oggetto; d) l'autoproduzione di beni e servizi strumentali all'ente o agli enti pubblici partecipanti nel rispetto della normativa europea e di quella interna in tema di contratti pubblici; e) la produzione di servizi di committenza, ivi incluse le attività di committenza ausiliarie, a favore di amministrazioni aggiudicatrici e di enti non lucrativi. Le attività di cui all'art. 4, comma 2, D.Lgs. cit. appaiono, a ben vedere, individuabili in quelle proprie, da un canto, delle società aventi ad oggetto la produzione di servizi di interesse generale (*recte*: quelle indicate all'art. 4, comma 2, lett. a) e c), D.Lgs. n. 175/2016), dall'altro, delle società c.d. strumentali *in house* o miste, ai sensi dell'abrogato art. 13, D.L. n. 223/2006, conv. dalla L. n. 248/2006 affidatarie di contratti pubblici (*recte*: quelle di cui all'art. 4, comma 2, lett. b), d) ed e), D.Lgs. n. 175/2016).

Sulla base, dunque, di un'interpretazione letterale dei commi 1 e 2 dell'art. 4, T.U.S.P.P., il secondo criterio indicato presuppone non soltanto che sia preventivamente soddisfatto il primo, ma altresì che le cinque tipologie di attività siano da considerare tassative, tenuto conto che si è anteposto l'avverbio “esclusivamente” a detta elencazione di attività. Si consideri, inoltre, che tutte le cinque tipologie di attività indicate presuppongono che le amministrazioni socie affidino alle società partecipate concessioni o appalti pubblici.

Diverse sono tuttavia le fattispecie societarie sottratte in modo espresso ovvero in via implicita - in quanto continuano ad essere disciplinate da normative speciali o singolari - all'applicazione in tutto o in parte delle disposizioni del T.U.S.P.P.

(4) Con l'allargamento alle società consortili del novero dei tipi di società che possono essere costituite da p.a. o nelle quali le stesse possono detenere una partecipazione, è stata dunque accolta la richiesta di modifica avanzata da UPI (si v. le osservazioni e gli emendamenti presentati), da ANCI (si v. “*Le prime osservazioni sullo schema di decreto legislativo recante Testo unico in*

materia di Società a Partecipazione pubblica e relativi emendamenti”) e dalle Regioni (si v. “*Osservazioni allo schema di decreto legislativo recante testo unico in materia di società a partecipazione pubblica*”) in vista della Conferenza unificata del 14 aprile 2016.

Il legislatore delegato si è peraltro limitato a prevedere che le società c.d. strumentali *in house* (5), là dove siano controllate da amministrazioni locali, non possano assumere e detenere “nuove” partecipazioni societarie, a meno che non vi sia una legge di “autorizzazione” regionale che disponga in termini diversi e fatta salva l’ipotesi in cui dette società siano costituite da società holding *in house* (6). Si tratta di una limitazione, a ben vedere, più restrittiva di quella individuata in via interpretativa dalla giurisprudenza amministrativa, che, nella vigenza dell’art. 13, D.L. n. 223/2006 (7), aveva considerato inibita l’assunzione di partecipazioni da parte di società c.d. strumentali in altre società soltanto allorché le medesime intervenissero in settori preclusi alle prime (8).

Per converso, la predetta limitazione risulta aggirabile non soltanto, come si è testé indicato, per il tramite di una società *in house* holding (9), ma altresì allorché, ex art. 4, comma 4, T.U.S.P.P., la società *in house* abbia un “oggetto plurimo”, *recte* il suo oggetto sociale esclusivo contempli non soltanto attività o servizi strumentali, ma anche la produzione di un SIG o di un SIEG.

In base ai criteri e ai principi direttivi sopra indicati, il legislatore delegato avrebbe dovuto però dettare una disciplina differenziata delle società c.d. strumentali, in linea di continuità con quanto previsto fino a quel momento dal diritto positivo (10) e con le pronunzie

della Corte costituzionale (11). In relazione a detta distinzione - che non è stata recepita dal T.U.S.P.P. e che avrebbe comportato l’applicazione di un distinto regime con riguardo alle società c.d. strumentali e a quelle aventi ad oggetto la produzione di SIG o SIEG - si era espressa anche la Commissione speciale del Consiglio di Stato, la quale aveva auspicato che il legislatore delegato facesse confluire le società strumentali e quelle *in house* in un modello generale distinto rispetto a quello costituito dalle società a controllo pubblico, dalle società a partecipazione pubblica e dalle società quotate (12).

La possibilità riconosciuta alle amministrazioni pubbliche, ex art. 4, comma 4, T.U.S.P.P., di detenere partecipazioni in società *in house* affidatarie dirette di contratti pubblici, anche ad ‘oggetto sociale plurimo’, nonché in società miste pubblico private, ex art. 17, T.U.S.P.P., cui siano affidati contratti di concessione o di appalto (*i.e.*: SIG, SIEG, servizi c.d. strumentali), disattende il criterio distintivo, contenuto nella legge di delegazione, fondato sul tipo di attività sociale svolta e introduce un elemento di discontinuità rispetto all’orientamento seguito dai giudici delle leggi, che avevano individuato una chiara linea di demarcazione tra la “attività amministrativa, di natura finale o strumentale” (*i.e.*: l’attività amministrativa in forma privatistica) e l’attività d’impresa (13).

(5) Si v. l’art. 4, comma 2, lett. d), D.Lgs. n. 175/2016, ove si fa riferimento al metodo dell’autoproduzione e si individua l’oggetto di tali società nella produzione di “beni o servizi strumentali all’ente o agli enti pubblici partecipanti”.

(6) Si v. l’art. 4, comma 5, D.Lgs. n. 175/2016. Le società *in house* holding pure (*i.e.* quelle che hanno come oggetto sociale esclusivo la gestione di partecipazioni societarie) costituiscono dunque l’unica eccezione configurabile in relazione al divieto previsto per le amministrazioni locali di detenere partecipazioni in società di terzo livello per il tramite di una società c.d. strumentale *in house*, costituita ai sensi dell’art. 4, comma 2, lett. d), T.U.S.P.P.

(7) Anche se, invero, di recente i giudici del Consiglio di Stato erano pervenuti ad affermare che, a norma del combinato disposto di cui all’art. 4, commi 7 e 8, D.L. n. 95/2012, conv. nella L. n. 135/2012 - costituente espressione di una scelta dichiaratamente pro-concorrenziale - risultavano preclusi gli affidamenti diretti di beni e servizi strumentali a società *in house* (si v. Cons. Stato, Sez. III, 7 maggio 2015, n. 2291, *Id.*, 17 dicembre 2015, n. 5732, in www.giustizia-amministrativa.it).

(8) Si v. Cons. Stato, Ad. plen., 4 agosto 2011, n. 17, in www.giustizia-amministrativa.it. Ad avviso dei giudici dell’Adunanza plenaria la finalità sottesa alle previsioni di cui all’art. 13, D.L. cit., ossia quella di evitare effetti distorsivi della libera concorrenza, doveva considerarsi realizzata non soltanto vietando le attività diverse da quelle classificabili come strumentali rispetto alle finalità perseguite dall’amministrazione pubblica, ma altresì inibendo la partecipazione delle società strumentali in altre società, a meno che con riferimento a queste ultime non trovasse applicazione tutti i limiti applicabili alle prime, desumibili ex art. 13, D.L. cit.

(9) Che si debba trattare di una società holding *in house* è desumibile anche dall’art. 2, comma 1, lett. c), T.U.S.P.P.

(10) L’art. 13, D.L. n. 223/2006, conv. dalla L. n. 248/2006, abrogato dall’art. 28, T.U.S.P.P., distingue le attività c.d. strumentali da quelle dei servizi di interesse generale. In giurisprudenza su detta distinzione e sul divieto per le società c.d. strumentali, aventi ad oggetto la produzione di beni e servizi finalizzati al soddisfacimento delle esigenze dell’ente pubblico partecipante, di svolgere contestualmente anche servizi di interesse generale, si v. *ex multis*: Cons. Stato, Sez. IV, 5 marzo 2008, n. 946; Sez. V, 7 luglio 2009, n. 4346; Sez. V, 12 giugno 2009, n. 3767; Sez. V, 22 febbraio 2010, n. 1037; Sez. V, 17 novembre 2010, n. 8069; Sez. V, 5 marzo 2010, n. 1282; Sez. V, 11 gennaio 2011, n. 77, in www.giustizia-amministrativa.it.

(11) Si v. per detta distinzione Corte cost. 30 luglio 2008, n. 326 e 4 maggio 2009 n. 148, in www.cortecostituzionale.it.

(12) Si v. par. 3. (nella parte dedicata ai rilievi sui singoli articoli) del parere della Commissione speciale del Consiglio di Stato, 21 aprile 2016 n. 968/2016, in www.giustizia-amministrativa.it, ove si sottolinea che l’autonomia del modello dell’*in house* deriva anche dalla previsione imposta dal diritto europeo di un assetto organizzativo societario che non risulta compatibile con quello predefinito dal codice civile.

(13) Si v. ancora Corte cost. 30 luglio 2008, n. 326 e 4 maggio 2009 n. 148, cit. Diversamente da quanto auspicato nel citato parere dalla Commissione speciale del Consiglio di Stato, e quantunque, come si è sottolineato, sia stato disatteso sul punto quanto disponeva la legge di delegazione, l’eliminazione di detta distinzione non può che essere salutata con favore per gli evidenti limiti che la stessa presentava (sul punto sia consentito rinviare a A. Maltoni, *Attività amministrative e soggetti di diritto privato: le società partecipate*, in *Giur. it.*, 2014, spec. 1796-1797).

Peraltro, come ha sottolineato la Commissione speciale del Consiglio di Stato (14), in seguito alla dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'art. 4, D.L. n. 95/2012, conv. con mod. dalla L. n. 135/2012, nella parte in cui risultava applicabile alle Regioni a statuto ordinario - in ragione del fatto che precludeva alle medesime "la scelta di una delle possibili modalità di svolgimento dei servizi strumentali alle proprie finalità" (15) - allorché il modulo societario risulti strumentale all'esercizio di compiti o funzioni attribuite alla Regione, in quest'ultima deve individuarsi l'unico soggetto titolare del potere legislativo di disciplina di detto modulo. Nella prospettiva indicata, le Regioni, in quanto titolari della competenza legislativa primaria, in via residuale, in materia di organizzazione, costituzionalmente riconosciuta e garantita, sono legittimate a disciplinare il ricorso ai moduli societari previsti dal codice civile, e per tale ragione, come riconosce l'art. 4, comma 5 T.U.S.P.P., risultano sottratte alla regola che impone il divieto per gli enti locali di detenere partecipazioni in società di terzo livello.

Detta conclusione non pare infirmata dalla previsione, sopra richiamata (i.e. quella prevista dall'art. 4, comma 5, T.U.S.P.P.), che vieta alle amministrazioni (soltanto) locali di detenere attraverso società strumentali partecipazioni in società di terzo grado, qualunque sia il loro oggetto sociale, a meno che le prime abbiano ad oggetto in via esclusiva la gestione di partecipazioni societarie.

Per quanto attiene alle attività diverse da quelle di cui alla lett. d) dell'art. 4, comma 4, T.U.S.P.P., occorre sottolineare che le attività inerenti alla progettazione e realizzazione di opere pubbliche sulla base di un accordo di programma (lett. b) possono essere svolte dalle società pubbliche di progetto di cui all'art. 193 del Codice dei contratti. In base al combinato disposto di cui al comma 4, al comma 2, lett. b) dell'art. 4 T.U.S.P.P. e all'art. 193, D.Lgs. n. 50/2016 dette società *in house* sono costituite allo scopo di garantire il coordinamento tra più soggetti pubblici, previa conclusione di un accordo di programma, funzionale a promuovere la

realizzazione ed eventualmente la gestione di un'infrastruttura, nonché la partecipazione al finanziamento della medesima.

Infine, con la previsione di cui all'art. 4, comma 2, lett. a), T.U.S.P.P. si è inteso raccordare la disciplina inerente alle attività "consentite" alle società partecipate con quella contenuta nello schema di decreto legislativo recante il T.U. sui servizi pubblici locali di interesse economico generale in tema di realizzazione e gestione delle reti, schema che, in seguito alla dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'art. 19, lett. b), c), d), g), h), l), m), n), o), p), s), t), u), L. n. 124/2015 (16) - nella parte in cui, in combinato disposto con l'art. 16, commi 1 e 4 della medesima legge prevedeva che il Governo adottasse il decreto legislativo attuativo previo parere anziché intesa in sede di conferenza unificata - deve considerarsi decaduto, non essendo stato pubblicato in Gazzetta ufficiale entro il termine previsto per l'esercizio della delega. In particolare, in base al combinato disposto di cui al comma 4 e al comma 2, lett. a) dell'art. 4, T.U.S.P.P. si è stabilito che le società *in house* possano avere ad oggetto non soltanto la produzione di uno o più SIG o SIEG, ma altresì, contestualmente, la realizzazione e la gestione delle reti e degli impianti funzionali alla gestione dei medesimi servizi (17).

Il "controllo analogo" nella disciplina del T.U.S.P.P.: la partecipazione di soggetti privati e le disposizioni di diritto privato "speciale"

È noto che le direttive nn. 23, 24 e 25 del 2014 hanno in buona parte confermato la disciplina europea di matrice giurisprudenziale consolidatasi precedentemente all'adozione delle medesime in tema di affidamenti *in house*, ma altresì innovato la stessa disciplina, quanto meno sotto due profili: ammettendo, sia pure in via di eccezione e nel rispetto di determinati presupposti, la partecipazione diretta di capitali privati nell'ente *in house* controllato, e stabilendo che l'entità dell'attività svolta dall'ente controllato a favore dell'amministrazione o delle

(14) Si v. par. 8. del parere della Commissione speciale del Cons. Stato 21 aprile 2016 n. 968/2016, cit.

(15) Siv. Corte cost., sent. n. 229/2013, a commento della quale si v.: F. Francario, *Le società a partecipazione pubblica strumentali dopo la cd. "spending review"* (alla luce della sentenza Corte cost. n. 229/2013), in *Corr. Merito*, 2013, 933 s.

(16) Si v. ancora Corte cost. 25 novembre 2016, n. 251, cit.

(17) È del tutto evidente che detta previsione mirava a realizzare un coordinamento tra la disposizione in parola e quella di cui all'art. 10 del predetto schema di decreto legislativo, che prevedeva, per un verso, che là dove il gestore

della rete, degli impianti o delle altre dotazioni patrimoniali congiuntamente o disgiuntamente dall'erogazione del servizio pubblico, avesse ottenuto la gestione dell'infrastruttura in via diretta, il medesimo fosse tenuto a far eseguire a soggetti terzi i lavori mediante affidamento ai medesimi di un appalto o di una concessione, dall'altro, che, nell'ipotesi in cui il gestore fosse stato individuato mediante una procedura di evidenza pubblica, il medesimo avrebbe potuto realizzare direttamente i lavori, a condizione che detta procedura avesse avuto ad oggetto sia la gestione del servizio relativo alla rete, sia l'esecuzione dei lavori connessi.

amministrazioni aggiudicatrici controllanti debba essere superiore all'80% (18).

La disciplina contenuta nel T.U.S.P.P., là dove richiama il requisito del controllo analogo, non si discosta dagli orientamenti giurisprudenziali della Corte di Giustizia (19), nonché dalla normativa di derivazione europea, segnatamente dall'art. 5 del Codice dei contratti pubblici. Ciò è desumibile, in particolare, dall'art. 2, comma 1, T.U.S.P.P., là dove alle lettere c) ed d) si definiscono, rispettivamente, la nozione di "controllo analogo" - nel cui ambito è compresa anche quella di controllo analogo indiretto (20) - e quella di "controllo analogo congiunto", ove è contenuto un espresso richiamo all'art. 5, comma 5 del Codice dei contratti (21).

Sebbene con una diversa formulazione normativa rispetto a quella contenuta al comma 1 dell'art. 5 del Codice dei contratti (22), il legislatore ha inteso richiamare, all'art. 16, comma 1, T.U.S.P.P., i nuovi presupposti che rendono configurabile il controllo analogo, da individuarsi, in particolare, nel fatto che non è ammessa una partecipazione di soggetti privati al capitale sociale,

"ad eccezione di quella prescritta da norme di legge e che avvenga in forme che non comportino controllo o potere di veto, né l'esercizio di un'influenza determinante sulla società controllata".

Non può, tuttavia, sfuggire che, mentre alla lett. c) del comma 1 dell'art. 5 del Codice dei contratti si fa riferimento a "*forme di partecipazione di capitali previste dalla legislazione nazionale*", all'art. 16, comma 1, T.U.S.P.P. si considera ammessa una partecipazione al capitale sociale dei privati, a condizione che la stessa sia prescritta da una disposizione di legge nazionale. Per quanto quest'ultima disposizione sia pienamente conforme a quanto è previsto dalle direttive europee nn. 23, 24 e 25 del 2014 (23), appare divergente da quella di cui all'art. 5, comma 1, lett. c) quanto alla terminologia utilizzata; tuttavia, nonostante le differenze rilevabili tra le due previsioni normative, non sembra che possa darsi una diversa interpretazione delle medesime, atteso che la partecipazione di soggetti privati al capitale di un ente societario, in ossequio all'autonomia che li caratterizza, se deve essere prevista non può mai essere

(18) Sottolinea il fatto che le direttive del 2014 hanno modificato i tratti distintivi dei soggetti *in house* con riguardo a detti profili, la Commissione speciale del Consiglio di Stato, nel parere 21 aprile 2016 n. 968, si v. il par. 7, in www.giustizia-amministrativa.it. Per il rilievo, tuttavia, secondo cui dalle nuove direttive si desume anche "un ampliamento degli affidamenti da computare" per raggiungere la soglia della prevalenza dell'attività, in ragione, appunto, del fatto che debbono essere considerati anche quelli disposti da altre persone giuridiche controllate dall'amministrazione aggiudicatrice, si v. Cons. Stato, Sez. V, 20 ottobre 2015, n. 4793, in www.giustizia-amministrativa.it.

(19) I giudici europei hanno già posto in rilievo, con una serie di pronunzie, come sia configurabile il controllo analogo là dove sussista la possibilità di una influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni importanti dell'entità controllata (si v. Corte di Giustizia UE, Sez. I, 13 ottobre 2005, in causa C-458/03, Corte di Giustizia UE, Sez. III, 13 novembre 2008, in causa C-324/07, in <http://curia.europa.eu>), ovvero le amministrazioni socie siano in grado di esercitare un controllo strutturale, funzionale ed effettivo sull'organismo *in house*, si v. ad es. Corte di Giustizia UE, Sez. III, 9 novembre 2012, nelle cause riunite C-182/11 e 183/11, in <http://curia.europa.eu>.

(20) Con riguardo al controllo indiretto, si v. ora i commi 2 e 3 dell'art. 5, D.Lgs. n. 50/2016.

(21) A norma dell'art. 5, comma 5, D.Lgs. n. 50/2016: "Le amministrazioni aggiudicatrici o gli enti aggiudicatori esercitano su una persona giuridica un controllo congiunto quando sono soddisfatte tutte le seguenti condizioni: a) gli organi decisionali della persona giuridica controllata sono composti da rappresentanti di tutte le amministrazioni aggiudicatrici o enti aggiudicatori partecipanti. Singoli rappresentanti possono rappresentare varie o tutte le amministrazioni aggiudicatrici o enti aggiudicatori partecipanti; b) tali amministrazioni aggiudicatrici o enti aggiudicatori sono in grado di esercitare congiuntamente un'influenza determinante sugli obiettivi strategici e sulle decisioni significative di detta persona giuridica; c) la persona giuridica controllata non persegue interessi contrari a quelli delle amministrazioni aggiudicatrici o degli enti aggiudicatori controllanti". Come stato sottolineato dai giudici di Palazzo Spada (si v. Cons. Stato, Sez. III, 27 aprile 2015, n. 2154, nonché Cons. Stato, Sez. V, 12 maggio 2016,

n. 1900, in www.giustizia-amministrativa.it) con le direttive - ed ora col Codice dei contratti - si è avuta la codificazione di principi enucleati, nel corso del tempo, dalla Corte di Giustizia.

(22) A norma dell'art. 5, comma 1, D.Lgs. n. 50/2016, "Una concessione o un appalto pubblico, nei settori ordinari o speciali, aggiudicati da un'amministrazione aggiudicatrice o da un ente aggiudicatore a una persona giuridica di diritto pubblico o di diritto privato non rientra nell'ambito di applicazione del presente codice quando sono soddisfatte tutte le seguenti condizioni: a) l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore esercita sulla persona giuridica di cui trattasi un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi; b) oltre l'80 per cento delle attività della persona giuridica controllata è effettuata nello svolgimento dei compiti ad essa affidati dall'amministrazione aggiudicatrice controllante o da altre persone giuridiche controllate dall'amministrazione aggiudicatrice o da un ente aggiudicatore di cui trattasi; c) nella persona giuridica controllata non vi è alcuna partecipazione diretta di capitali privati, ad eccezione di forme di partecipazione di capitali privati previste dalla legislazione nazionale, in conformità dei trattati, che non esercitano un'influenza determinante sulla persona giuridica controllata".

(23) Si consideri che la formulazione di cui all'art. 12, comma 1 lett. c), Dir. 24/2014/UE, a norma del quale "nella persona giuridica controllata non vi è alcuna partecipazione diretta di capitali privati, ad eccezione di forme di partecipazione di capitali privati che non comportano controllo o potere di veto, prescritte dalle disposizioni legislative nazionali, in conformità dei trattati, che non esercitano un'influenza determinante sulla persona giuridica controllata", e quella contenuta nell'art. 17, comma 1, lett. c) direttiva 23/2014/UE, nonché nell'art. 28, comma 1 lett. c) direttiva 25/2014/UE, in base ai quali "nella persona giuridica controllata non vi è alcuna partecipazione di capitali privati diretti, ad eccezione di forme di partecipazione di capitali privati che non comportano controllo o potere di veto, prescritte dalle disposizioni legislative nazionali, in conformità dei trattati, che non esercitano un'influenza determinante sulla persona giuridica controllata", sono sostanzialmente identiche. Com'è evidente, all'art. 16, comma 1 T.U.S.P.P. sono riprese le espressioni utilizzate nelle disposizioni delle direttive testé richiamate.

imposta da una norma di legge (24). Peraltro, un esempio per così dire *ante litteram* di società *in house*, al cui capitale sociale possono partecipare anche soggetti privati, prevista da una disposizione di legge - *recte* l'art. 193, comma 3, D.Lgs. n. 50/2016 che riprende pedissequamente quanto disponeva l'art. 172, comma 2, D.Lgs. n. 163/2006 - è individuabile nella società pubblica di progetto (25).

Inoltre, all'art. 5, comma 1 del Codice dei contratti si prevede che i privati non debbono esercitare "un'influenza determinante sulla persona giuridica controllata", ma non si fa menzione del potere di controllo e di quello di veto, cui si riferisce invece l'art. 16, comma 1, T.U.S.P.P. Tale differenza appare tuttavia superabile in base ad una interpretazione comunitariamente orientata dell'art. 5, comma 1, lett. c) del Codice, con la conseguenza che il contenuto di quest'ultima disposizione, anche sotto questo profilo, non sembra sostanzialmente diverso da quello dell'art. 16, comma 1, T.U.S.P.P. (26).

Occorre poi osservare che all'art. 16, comma 2, T.U.S.P.P. si sono introdotte disposizioni in parte derogatorie di disposizioni civilistiche riferibili alle società di capitali. Si è previsto, in particolare, che sia derogabile la regola stabilita, rispettivamente, all'art. 2380 *bis* per le S.p.a., e all'art. 2409-*nonies* c.c. nel caso sia adottato il sistema dualistico, in base alla quale il potere gestorio spetta in via esclusiva agli amministratori/al consiglio di gestione, regola che, con riferimento alle S.p.a., si è sempre ritenuto avesse natura imperativa, non ammettendosi che fosse possibile introdurre deroghe alla stessa per via statutaria (27).

La previsione ora contenuta nell'art. 16, comma 2, cit. sembrerebbe dunque legittimare l'attribuzione di poteri gestori, in virtù di apposite clausole statutarie, al di fuori dell'organo di gestione della società per azioni *in house* - senza che ciò comporti alcuna violazione dell'ordine pubblico societario (28) - allo scopo di garantire quel controllo analogo che, secondo i giudici

(24) Si v. sul punto anche Cons. Stato, Sez. VI, 26 maggio 2015, n. 2660, in www.giustizia-amministrativa.it, ove i giudici di Palazzo Spada, dopo aver sottolineato che la partecipazione di privati a società *in house* configura non un obbligo bensì una facoltà, di cui il legislatore nazionale potrebbe legittimamente decidere di non avvalersi, sembrano riferire la locuzione "*prescritte dalle disposizioni legislative nazionali*" al fatto che vi debba essere una disposizione di legge che preveda la partecipazione dei privati.

(25) A norma dell'art. 193, comma 3, D.Lgs. n. 50/2016 si prevede, (e all'art. 172, comma 2 si prevedeva), che "*Alla società pubblica di progetto possono partecipare le camere di commercio, industria e artigianato e le fondazioni bancarie*". In particolare, non sembra revocabile in dubbio che queste ultime abbiano natura giuridica privata, come è stato riconosciuto anche dalla Corte costituzionale, si v. Corte cost., 29 settembre 2003, nn. 300 e 301, in www.cortecostituzionale.it. Un altro esempio, previsto però da una normativa europea, è costituito dall'art. 5, comma 2, lett. a), Reg. CEE n. 1370/2007 in tema di servizi pubblici di trasporto passeggeri su strada e per ferrovia.

(26) Non sono poche, tuttavia, le questioni che appaiono configurabili con riferimento a disposizioni legislative che ammettano la partecipazione di privati al capitale sociale di società *in house*. Come sottolinea C. Volpe, *Le nuove direttive sui contratti pubblici e l'in house providing: problemi vecchi e nuovi*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2015, 1168 s., in dette ipotesi, la società *in house* finisce per convertirsi in una "società mista atipica", atteso che il socio privato, che non è un socio industriale o operativo, deve comunque essere scelto con una procedura di evidenza pubblica, sebbene non a doppio oggetto. Detto rilievo, in ragione essenzialmente del vantaggio competitivo che deriverebbe ai privati, anche a quelli non profit, dalla partecipazione al capitale sociale di una società *in house*, è stato di recente evidenziato dai giudici europei, si v. Corte di Giustizia UE, Sez. V, 19 giugno 2014, in causa C-574/12, in www.curia.eu. In una prospettiva non dissimile, si v. anche D.U. Galetta - G. Carullo, *Gestione dei servizi pubblici locali e in house providing: novità, auspici e scenari futuri in una prospettiva di deframmentazione del sistema*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2016, 371 s., che, dopo aver posto in rilievo come la selezione del socio privato possa difficilmente prescindere da un qualche confronto concorrenziale, danno conto del fatto che risulta configurabile anche l'ipotesi in cui il socio o i soci privati siano individuati espressamente

da una disposizione di legge nazionale, ipotesi che, secondo i medesimi A., dovrebbe condurre il legislatore nazionale, in sede di recepimento, a motivare detta scelta col fatto che la partecipazione dei privati sia da considerare essenziale. Non sembra però che le normative di derivazione europea abbiano definito questo elemento come uno dei presupposti che rende legittima la partecipazione di soggetti privati al capitale di società *in house*, mentre, per converso, le stesse hanno precisato che detta partecipazione non deve comunque consentire loro di esercitare un controllo o un potere di veto, nonché un'influenza determinante sulla entità *in house*. Né, sotto altro profilo, appare ipotizzabile che, dal momento che detto ulteriore elemento non è stato definito dal diritto interno possa essere desunto in via interpretativa dai giudici nazionali, atteso che ciò non soltanto determinerebbe un notevole grado di incertezza, ma rischierebbe altresì di comportare una non uniforme applicazione del diritto europeo all'interno degli Stati membri. A ben vedere, a costituire oggetto di attento scrutinio dovrebbe essere piuttosto la conformità della disposizione legislativa interna (anche non contenuta in una normativa di recepimento), che legittima la partecipazione di privati, con il diritto europeo - stante il disposto secondo cui deve essere garantito il "rispetto dei Trattati", contenuto nelle disposizioni sopra richiamate delle direttive del 2014 e, da ultimo, nell'art. 5, comma 1, lett. c), D.Lgs. n. 50/2016 - o meglio col fatto che la stessa risulti giustificata da motivi imperativi di interesse generale, nonché rispettosa del principio di proporzionalità (in questi termini si v. Cons. Stato, Sez. VI, 26 maggio 2015, n. 2660, cit.).

(27) Si v. *ex multis*: G.D. Mosco, in AA.VV., *Società di capitali*, (a cura di), G. Niccolini - A. Stagno d'Alcontres, Napoli, 2004, II, 589; M. Franzoni, *Società per azioni - III, Dell'amministrazione e del controllo - 1. Disposizioni generali. Degli amministratori* - art. 2380-2396, in AA.VV., *Commentario al Codice Civile Scialoja-Branca*, (a cura di) F. Galgano, Bologna-Roma, 2008, 9; M. Libertini, *Scelte fondamentali di politica legislativa e indicazioni di principio nella riforma del diritto societario del 2003. Appunti per un corso di diritto commerciale*, in *Riv. dir. soc.*, 2008, 214 s.

(28) Per il rilievo secondo cui soltanto una specifica disposizione di legge avrebbe potuto consentire le ampie deroghe imposte all'organizzazione societaria dal controllo analogo, si v. E. Codazzi, *La giurisdizione sulle società cd in house. Spunti per una riflessione sul tema tra "anomalia" del modello e (in) compatibilità con il diritto societario*, in *Giur. comm.*, 2015, 236 s.

europei (29) e quelli nazionali (30), deve tradursi in forme di controllo più intenso di quelle realizzabili in base al diritto societario comune. Peraltro, secondo una parte della dottrina, in deroga a dette disposizioni del codice civile, sarebbe possibile prevedere, con apposite clausole statutarie, diversamente dal passato, l'istituzione di organi sociali atipici (31).

Inoltre, la medesima disposizione in parola, sempre nell'ottica di garantire il controllo analogo, per un verso, stabilisce che gli statuti delle S.r.l. possono attribuire ai soci pubblici particolari diritti riguardanti l'amministrazione della società, *ex art.* 2468, comma 3 c.c. - risultato, questo, a cui si sarebbe potuti pervenire anche in mancanza di detta espressa previsione legislativa (32) - per l'altro, prevede che detto controllo possa essere assicurato in virtù di patti parasociali.

Si riconosce dunque, per via legislativa, la possibilità di utilizzare il patto parasociale - finora ammesso in via di prassi - allo scopo di garantire il soddisfacimento dei requisiti previsti per gli affidamenti *in house*, la cui durata potrà essere superiore a quella ordinaria quinquennale (33).

Non si era peraltro mancato di rilevare in dottrina come lo strumento del patto parasociale -

anche in considerazione del fatto che non era configurabile un controllo analogo di fonte statutaria da realizzarsi attraverso la creazione di organi sociali atipici - risultasse quello più idoneo a garantire un controllo effettivo da parte dell'ente o degli enti pubblici controllanti sulle S.p.a. (34).

A questo riguardo, deve porsi in rilievo come i giudici di Lussemburgo non abbiano mai preso posizione in ordine alla questione se ed eventualmente a quali condizioni lo strumento del patto parasociale possa garantire un effettivo controllo analogo (35).

Occorre però tener conto che la configurazione di detti patti parasociali continua ad essere quella tipica, nel senso che i medesimi producono effetti soltanto obbligatori, atteso che all'art. 9, comma 6, T.U.S.P.P., si stabilisce che "il contrasto con impegni assunti mediante patti parasociali non determina[no] l'invalidità delle deliberazioni degli organi della società partecipata, ferma restando la possibilità che l'esercizio del voto o la deliberazione siano invalidate in applicazione di norme generali di diritto privato".

In definitiva, la valutazione, caso per caso, circa l'idoneità dei patti parasociali a garantire un effettivo

(29) Si v. Corte di Giustizia UE 13 ottobre 2005, in causa C-458/03. I giudici europei hanno invero ritenuto possibile configurare il controllo analogo in una s.p.a., sulla base di meccanismi di controllo previsti dallo Statuto della stessa, in virtù dei quali si realizzava una sovrapposizione di "strutture decisionali, non esplicitamente prescritte" dal diritto societario comune, all'assemblea generale e al consiglio di amministrazione, si v. Corte di Giustizia EU Sez. III, 10 settembre 2009, in causa C-573/07, in <http://curia.europa.eu>.

(30) Si v. *ex multis*: Cons. Stato, Ad plen., 3 marzo 2008, n. 1; Cons. Stato, Sez. V, 24 settembre 2010, n. 7092, nonché Cons. Stato, Sez. V, 8 marzo 2011, n. 1447, ove si fa espressamente riferimento al fatto che i soci pubblici - nel c.d. controllo frazionato - debbono esercitare "poteri di ingerenza e di condizionamento superiori a quelli tipici del diritto societario". Si v. anche: Cons. Stato, Sez. V, 14 ottobre 2014, n. 5080; Cons. Stato, Sez. V, 13 marzo 2014, n. 1181; Cons. Stato, Sez. V, 28 luglio 2015, n. 3716, in www.giustizia-amministrativa.it.

(31) Si v. in tal senso F. Donativi, *Le società a partecipazione pubblica. Raccolta sistematica della disciplina, commentata e annotata con la giurisprudenza*, Milano, 2016, 1073, il quale sembra dunque ritenere che, con riferimento alle società *in house*, non trovi applicazione l'art. 11, comma 9, lett. d), T.U.S.P.P., ai sensi del quale gli statuti delle società a controllo pubblico prevedono "il divieto di istituire organi diversi da quelli previsti dalle norme generali in tema di società".

(32) In termini non diversi si v. F. Donativi, *op. ult. cit.*, 1075, secondo il quale lo statuto generale delle S.r.l. "presenta tali margini di flessibilità che risulta addirittura difficile (anche se non impossibile) immaginare opzioni statutarie che non siano comunque compatibili col sistema".

(33) Per quanto manchi un riferimento alla durata massima del patto parasociale, strumentale ad assicurare il controllo analogo diversamente da quanto previsto, invece, all'art. 17, comma 4, lett. d), T.U.S.P.P., a norma della quale essa va individuata nei limiti di durata del contratto per la cui esecuzione la società è

stata costituita - si è osservato (si v. sul punto F. Donativi, *op. ult. cit.*, 1076) come a detto risultato sia comunque possibile pervenire in via interpretativa, facendo leva, in particolare, sull'art. 16, comma 6, 2° periodo T.U.S.P.P., con la precisazione, però, che nell'ipotesi della società *in house* dovrà aversi riguardo alla durata dell'appalto o della concessione affidato/a in via diretta alla stessa.

(34) Si v. sul punto Libertini M, *Le società di autoproduzione in mano pubblica: controllo analogo, destinazione prevalente dell'attività ed autonomia statutaria*, in AA.VV., *Le società a partecipazione pubblica*, (a cura di) F. Guertera, Torino, 2010, spec. 46 s. Nella stessa prospettiva, si v. anche I. Demuro, *La compatibilità del diritto societario con il c.d. modello in house providing per la gestione dei servizi pubblici locali*, in *Giur. comm.*, 2006, II, 787 s. Nel senso che il controllo analogo, come inteso dalla Corte di Giustizia, sembra richiedere l'utilizzo di strumenti non aventi efficacia meramente obbligatoria, come nel caso dei patti parasociali, si v.: M. Cossu, *Le S.R.L. in house providing per la gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica nel diritto comunitario e nazionale*, in AA.VV., *Le società "pubbliche"*, (a cura di) C. Ibba - M.C. Malaguti - A. Mazzoni, Torino, 2011, spec. 265; E. Codazzi, *La giurisdizione sulle società c.d. in house: spunti per una riflessione sul tema tra "anomalia" del modello e (in)compatibilità con il diritto societario*, cit., 236 s.

(35) Si v. Corte di Giustizia UE, Sez. III, 29 novembre 2012, nelle cause riunite C-182/11 e 183/11, ove si rimette al giudice nazionale del rinvio la valutazione circa la idoneità dei patti parasociali conclusi nel caso di specie a configurare detto controllo. Invero, anche in un altro caso i giudici europei, a fronte della prospettazione da parte del giudice nazionale di rinvio della assimilabilità di alcune clausole statutarie, che prevedevano organi sociali atipici, a patti parasociali, hanno ritenuto di non potersi esprimere al riguardo, rimettendo detta valutazione al medesimo giudice del rinvio, si v. Corte di Giustizia, UE, Sez. III, 10 settembre 2009, in causa C-573/07, in <http://curia.europa.eu>.

controllo analogo da parte dei soci, stante anche l'atteggiamento di sostanziale astensione tenuto al riguardo dai giudici europei, non può che spettare ai giudici nazionali.

L'integrazione del requisito dell'attività svolta in via prevalente e la regolamentazione delle conseguenze derivanti dalla violazione del limite quantitativo, nonché delle condizioni per la "sanatoria"

Come si è anticipato, con le direttive europee del 2014 è stata introdotta un'importante innovazione con riguardo al requisito dell'attività svolta in via prevalente a favore dell'autorità o delle autorità controllanti. A questo riguardo, deve rilevarsi come la Corte di Giustizia europea, a partire dalla sentenza Carbotermo (36), abbia individuato detto requisito in termini piuttosto sfumati, richiedendo a tali fini di verificare, caso per caso, che sia soddisfatto tanto un profilo quantitativo, *i.e.* il fatturato realizzato dall'ente *in house* in virtù di decisioni di affidamento adottate dall'ente o dagli enti controllanti, (ivi compreso quello ottenuto con utenti in attuazione di dette decisioni), quanto un profilo qualitativo, attinente, quest'ultimo, più che altro alla rilevanza assunta dalle attività svolte a favore di soggetti diversi da quelli controllanti, da considerarsi in termini di propensione a operare su mercati diversi (37).

Con le direttive nn. 23, 24 e 25 del 2014, ed ora in base all'art. 5, comma 1, lett. b), D.Lgs. n. 50/2016, il requisito dell'attività svolta in via prevalente a favore dell'ente o degli enti controllanti risulta soddisfatto se "oltre l'80 per cento delle attività della persona giuridica controllata [sia] effettuata nello

svolgimento dei compiti ad essa affidati dall'amministrazione aggiudicatrice controllante o da altre persone giuridiche controllate dall'amministrazione aggiudicatrice o da un ente aggiudicatore". Mentre dunque prima dell'adozione delle predette direttive anche il profilo qualitativo rivestiva un ruolo non secondario nella valutazione delle circostanze del caso di specie che dovevano guidare le amministrazioni e l'interprete nel ritenere rispettato il requisito *de quo*, deve ora attribuirsi esclusiva rilevanza al profilo quantitativo (38).

Il profilo qualitativo doveva infatti essere valutato con riferimento all'attività 'esterna' dell'ente *in house* (*rectius*: quella rivolta a persone diverse da quelle che lo controllano), in ragione del fatto che non poteva non dipendere anche da queste la valutazione circa la prevalenza dell'attività svolta a favore dell'ente o degli enti controllanti (39), in virtù delle decisioni di affidamento adottate.

Considerato che la normativa europea ha tenuto conto soltanto del profilo quantitativo e non anche di quello qualitativo, vi è da chiedersi se quest'ultimo profilo potesse essere "recuperato" dal legislatore nazionale, ed eventualmente a quali condizioni.

A questo riguardo, occorre considerare come al comma 3 dell'art. 16, T.U.S.P.P. si stabilisca non soltanto che gli statuti delle società *in house* sono tenuti a prevedere che più dell'80% del fatturato deve essere realizzato nello svolgimento di compiti ad esse affidati dall'ente pubblico o dagli enti pubblici soci, ma altresì che "la produzione ulteriore rispetto al suddetto limite di fatturato sia consentita solo a condizione che la stessa permetta di conseguire economie di scala o altri recuperi di efficienza sul complesso dell'attività principale della società" (40).

(36) Si v. Corte di Giustizia, Sez. I, 11 maggio 2006, in causa C-340/04, nonché 17 luglio 2008, in causa C-371/05, in <http://curia.europa.eu>.

(37) Si v. Corte cost. 1° agosto 2008, n. 326, in www.cortecostituzionale.it, ove si sottolinea che nella prospettiva comunitaria "è necessario assegnare rilievo anche ad eventuali aspetti di natura qualitativa idonei a fare desumere, ad esempio, la propensione dell'impresa ad effettuare determinati investimenti di risorse economiche in altri mercati - anche non contigui - in vista di un eventuale espansione in settori diversi da quelli rilevanti per l'ente conferente".

(38) Sottolinea come sia soltanto il criterio quantitativo ad essere stato considerato dal legislatore europeo, R. Russo, *L'immediata applicabilità dell'in house?*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2016, 115 s.

(39) Questa conclusione, che era già chiaramente desumibile dalla pronunzia sopra richiamata (ci si riferisce a Corte cost. 1° agosto 2008, n. 326, cit.), è ora ben esplicitata anche in una recente pronunzia dei giudici europei (si v. Corte di Giustizia UE, Sez. IV, 8 dicembre 2016, in causa C-553/15, in <http://curia.europa.eu>), i quali hanno posto in rilievo che "un'impresa non è necessariamente privata della libertà di

azione per il mero fatto che le decisioni che la riguardano sono prese dall'ente o dagli enti che la controllano, se essa può svolgere ancora una parte importante della sua attività economica presso altri operatori". Attività economica la cui rilevanza, non trovando ancora applicazione nel caso di specie le direttive europee del 2014, doveva valutarsi in base a tutte le circostanze sia qualitative che quantitative.

(40) In questa seconda parte della disposizione viene appunto "recuperato" dal legislatore del T.U.S.P.P. il profilo qualitativo. D'altra parte, in dottrina (si v. M. Libertini, *op. ult. cit.*, 54) non si era mancato di sostenere, anche prima della pronunzia della Corte di Cassazione del 2013 (*i.e.* Cass., SS.UU., 25 novembre 2013, 26283, in *Giur. comm.*, 2015, 2, II, 236, con nota di E. Codazzi), che se il limite della prevalenza doveva intendersi "in senso funzionale e qualitativo e non meramente quantitativo", le società di autoproduzione non possono che essere "soggette ad un divieto di principio di prestare servizi a favore di soggetti diversi dai soci", divieto derogabile "solo se la prestazione eccezionale di servizi a terzi sia giustificata da ragioni speciali di continuità ed efficienza del servizio principale, e quindi possa considerarsi, sul piano funzionale, come parte integrante di esso".

Per quanto attiene, invece, al profilo quantitativo - che, com'è desumibile dal comma 3 dell'art. 16 cit., è quello stabilito dalle direttive europee - si prevede, per un verso, al comma 4 dell'art. 16 che il mancato rispetto del limite quantitativo costituisce "grave irregolarità" ai sensi dell'art. 2409 c.c. e dell'art. 15 T.U.S.P.P., per l'altro, al comma 5 del medesimo articolo, che "la società può sanare l'irregolarità se, entro tre mesi dalla data in cui la stessa si è manifestata, rinunci a una parte dei rapporti di fornitura con soggetti terzi, sciogliendo i relativi rapporti contrattuali, ovvero rinunci agli affidamenti diretti da parte dell'ente o degli enti pubblici soci, sciogliendo i relativi rapporti. In quest'ultimo caso le attività precedentemente affidate alla società controllata devono essere riaffidate, dall'ente o dagli enti pubblici soci, mediante procedure competitive regolate dalla disciplina in materia di contratti pubblici, entro i sei mesi successivi allo scioglimento del rapporto contrattuale. Nelle more dello svolgimento delle procedure di gara i beni o servizi continueranno ad essere forniti dalla stessa società controllata". Com'è del tutto evidente, con le richiamate disposizioni il legislatore del testo unico ha introdotto delle previsioni normative che integrano il contenuto delle direttive europee (41), sia in quanto disciplinano le sanzioni applicabili per i casi di superamento di detto

limite, sia in ragione del fatto che prevedono una possibile "sanatoria", là dove siano posti in essere determinati atti da parte, rispettivamente, della società controllata e delle amministrazioni socie, consentendo alla società, che si sia liberata dai vincoli contrattuali che aveva con altri soggetti, di proseguire negli affidamenti diretti con gli enti controllanti (42).

Per rispondere al quesito iniziale, sembra possibile avanzare qualche dubbio in ordine al fatto che il legislatore del testo unico possa disciplinare, per un verso, in modo diverso il requisito dell'attività svolta in via prevalente, "recuperando" il profilo qualitativo, e, per l'altro, le conseguenze sanzionatorie, nonché prevedere le condizioni per una sanatoria nei casi in cui sia stato violato il limite quantitativo. Tenuto conto che all'art. 16, comma 3, T.U.S.P.P. si prevede che le attività c.d. libere (i.e. quelle rivolte a soggetti diversi da quelli controllanti) possono essere svolte soltanto a condizione che le stesse permettano di conseguire economie di scala o altri recuperi di efficienza sul complesso delle attività principali/prevalenti, deve concludersi che il legislatore ha dettato una disciplina in parte diversa da quella contenuta nelle direttive (43), in ragione del fatto che deve essere soddisfatto anche il profilo qualitativo, il quale presuppone il carattere strumentale/funzionale delle

(41) In senso critico in ordine alla previsione, contenuta nello schema di decreto legislativo, si v. anche il già richiamato parere della Commissione speciale del Consiglio di Stato, par. 14.4 della parte dedicata ai rilievi sui singoli articoli.

(42) Si v. l'art. 16, comma 6, T.U.S.P.P. Non è neppure chiaro come possa una società prima *in house* ed ora soltanto a controllo pubblico proseguire nell'attività sociale rispettando i due criteri di cui all'art. 4 T.U.S.P.P., ed in particolare il criterio individuato al comma 2 del medesimo articolo - i.e. quello che stabilisce il 'vincolo dell'attività' - atteso che quest'ultimo impone alle società a controllo pubblico di essere affidatarie di appalti o concessioni di beni e servizi strumentali o di servizi di interesse generale. Non rimane forse che ipotizzare una più radicale trasformazione delle società *in house*, che abbiano rinunciato agli affidamenti diretti - in società miste pubblico privati, posto che queste ultime risulterebbero affidatarie di appalti e concessioni non in via diretta, stante l'attribuzione di compiti operativi al socio privato in base ad una procedura di evidenza pubblica.

(43) Deve osservarsi come la situazione qui considerata sia ben diversa da quella configurabile in fattispecie - come quella che era disciplinata, dapprima, dall'art. 23 bis, D.L. n. 112/2008, conv. dalla L. n. 133/2008, e, successivamente, dall'art. 4, D.L. n. 138/2001, conv. dalla L. n. 148/2001 - con riferimento alle quali il legislatore italiano introduceva limiti più stringenti (essenzialmente di ordine procedurale, nonché consistenti in un obbligo di motivazione rafforzato) di quelli previsti a livello europeo per le amministrazioni pubbliche che intendano procedere ad affidamenti *in house*. La Corte costituzionale (sent. 17 novembre 2010, n. 325, in www.cortecostituzionale.it), muovendo dall'osservazione secondo cui il legislatore nazionale, nella versione vigente dell'art. 23-bis D.L. n. 112 del 2008, non soltanto richiedeva "espressamente, per l'affidamento diretto *in house*, la sussistenza delle tre condizioni poste dal diritto comunitario" (*recte*: il controllo analogo, la partecipazione

totalitaria da parte di amministrazioni aggiudicatrici e l'attività svolta in via prevalente), ma esigeva altresì il concorso di ulteriori condizioni: "a) una previa 'pubblicità adeguata' e una motivazione della scelta di tale tipo di affidamento da parte dell'ente in base ad un'analisi di mercato", con successiva trasmissione di una 'relazione' dall'ente affidante alle autorità di settore, ove costituite (testo originario dell'art. 23-bis), ovvero all'AGCM (testo vigente dell'art. 23-bis), per un parere preventivo e obbligatorio, ma non vincolante, che deve essere reso entro 60 giorni dalla ricezione; b) la sussistenza di 'situazioni che, a causa di peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento' (commi 3 e 4 del testo originario dell'art. 23-bis), ovvero di 'situazioni eccezionali che, a causa di peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento' (commi 3 e 4 del testo vigente del medesimo art. 23-bis), 'non permettono un efficace ed utile ricorso al mercato', ha riconosciuto che una restrizione delle ipotesi in cui è consentito il ricorso alla gestione *in house* del servizio ed è, quindi, possibile derogare alla regola comunitaria concorrenziale dell'affidamento del servizio stesso mediante gara pubblica, costituisce una scelta che non è imposta dal diritto comunitario - e, dunque, non è costituzionalmente obbligata, ai sensi del comma 1 dell'art. 117 Cost. ... - ma neppure si pone in contrasto ... con la citata normativa comunitaria, che, in quanto diretta a favorire l'assetto concorrenziale del mercato, costituisce solo un minimo inderogabile per gli Stati membri". Il legislatore del 2008 aveva dunque introdotto condizioni ulteriori rispetto a quelle previste dal diritto europeo per gli affidamenti *in house*, ma non integrative o modificative di queste ultime. Diversamente da detta ipotesi, l'art. 16, comma 3, T.U.S.P.P. contiene una disciplina che integra invece quella di derivazione europea in relazione al requisito dell'attività svolta in via prevalente.

cc.dd. attività libere rispetto a quelle svolte in via prevalente in virtù delle decisioni di affidamento adottate. In definitiva, detto profilo qualitativo finisce per integrare il parametro previsto dalla normativa di derivazione europea, sulla cui base deve valutarsi la legittimità delle decisioni aventi ad oggetto gli affidamenti *in house* alle società a partecipazione pubblica.

Inoltre, va posto in rilievo come le disposizioni del T.U.S.P.P. richiamate in tema di profili sanzionatori e delle condizioni per procedere ad una eventuale sanatoria disciplinano in modo diverso le conseguenze derivanti dalla violazione del diritto europeo, nei casi di mancato rispetto del limite quantitativo richiesto per l'affidamento diretto di un appalto o di una concessione ad un ente *in house*.

Dette disposizioni legislative delineano, a ben vedere, una disciplina interna con riguardo ai requisiti delle società *in house* (e alle conseguenze che discendono dall'accertamento della insussistenza di uno di essi) in parte diversa e più ampia di quella europea (che, prima dell'adozione delle direttive del 2014, era di matrice giurisprudenziale), alla quale persino i giudici delle leggi hanno sempre mostrato di attenersi, ogni qual volta sono stati chiamati a valutare la conformità del diritto interno a quello europeo (44).

Volendo, invece, ipotizzare che la giurisprudenza e il legislatore italiano abbiano, per molto tempo, spontaneamente ritenuto di astenersi dal dettare una disciplina più specifica dei requisiti degli enti *in house*, nonché delle conseguenze derivanti dalla sua violazione, deve porsi in rilievo come detta nuova disciplina non sia contenuta in quella di

recepimento delle direttive, la quale si è limitata a dare attuazione - come si è visto - alle direttive europee, senza integrarne il contenuto con prescrizioni ulteriori.

Dal momento che l'*in house* è un istituto che trova applicazione esclusivamente alle concessioni e agli appalti pubblici regolati dalle normative di derivazione europea, desta notevoli perplessità la scelta del legislatore italiano di intervenire su tale materia con una normativa che appare 'impropria', non essendo rivolta a disciplinare in via generale gli affidamenti diretti di appalti e concessioni agli enti *in house*.

Non si può neppure trascurare il fatto che, nel recepimento delle direttive europee, il legislatore nazionale è tenuto ad attenersi alla regola che stabilisce il divieto di *gold plating*, secondo cui non è consentito introdurre o mantenere livelli di regolazione superiori a quelli minimi fissati dalla direttive (45).

La scelta del legislatore nazionale di dettare una disciplina più restrittiva rispetto a quella di recepimento delle direttive in materia di appalti e concessioni (atteso che è stato aggiunto il predetto profilo qualitativo) - in relazione ad uno dei requisiti sulla cui base deve essere valutata la legittimità degli affidamenti diretti effettuati, nonché per quanto attiene alle conseguenze sanzionatorie derivanti dalla violazione del sopra indicato limite quantitativo e alle condizioni che consentono la "sanatoria" - solamente con riferimento alle società *in house* (che se rappresentano gli enti più importanti tra quelli *in house*, non ne esauriscono tuttavia il novero), viola, dunque, la regola sul divieto di *gold plating* (46). In altri termini, non soltanto è stata violata detta regola, dal momento che l'introduzione di livelli di regolazione

(44) Si v. al riguardo Corte cost. 28 marzo 2013, n. 50 e 23 dicembre 2008, n. 439, in www.cortecostituzionale.it. Invero, in questa seconda pronuncia - come si è sottolineato nelle precedenti note - i giudici delle leggi hanno cercato di precisare, sostanzialmente il profilo qualitativo, che fino a quel momento era stato soltanto enunciato dalla Corte di Giustizia. Ad ogni modo, va osservato che detto profilo qualitativo è stato inteso dalla Corte costituzionale in termini diversi da quelli desumibili dalla disciplina di cui all'art. 16, comma 3, T.U.S.P.P., ove si è accolta una concezione di strumentalità o funzionalità delle c.d. attività libere rispetto a quelle svolte in via principale. Nel senso, invece, dell'accoglimento di detta concezione, ora sottesa alla citata disposizione del T.U.S.P.P., si v. Cass., SS.UU., 25 novembre 2013, n. 26283, in www.sentenze-cassazione.com. Ad avviso di M. Pani - C. Sanna, *Le società partecipate ed il requisito del controllo analogo*, in www.lexitalia.it, 12/2016, non soltanto "la materia dell'*in house* providing fa riferimento alla competenza esclusiva del legislatore europeo quale normativa di diretta attuazione dei trattati", ma la Corte costituzionale avrebbe altresì individuato un "nucleo essenziale che il legislatore italiano non può in alcun modo modificare e che si rinviene proprio nei requisiti dell'*in house* oggi definiti dalla direttiva appalti all'art. 12". Tuttavia, se - come si è sopra osservato - le direttive europee hanno apportato elementi di innovazione con

riguardo ai requisiti dell'*in house*, riesce difficile concludere nel senso che le citate pronunzie del giudice delle leggi, antecedenti rispetto a tale direttiva, possano aver definito il nucleo essenziale dei principi e delle regole attualmente applicabili in tema di enti *in house*.

(45) Si v. sul punto l'art. 14, comma 24 *bis*, L. 28 novembre 2005, n. 246, l'art. 32, comma 1, lett. c), L. 24 dicembre 2012, n. 234, l'art. 1, comma 1 lett. a), L. 28 gennaio 2016, n. 11.

(46) Si consideri che, a norma dell'art. 14, comma 24 *ter*, L. n. 246/2005, "Costituiscono livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalle direttive comunitarie: a) l'introduzione o il mantenimento di requisiti, standard, obblighi e oneri non strettamente necessari per l'attuazione delle direttive; b) l'estensione dell'ambito soggettivo o oggettivo di applicazione delle regole rispetto a quanto previsto dalle direttive, ove comporti maggiori oneri amministrativi per i destinatari; c) l'introduzione o il mantenimento di sanzioni, procedure o meccanismi operativi più gravosi o complessi di quelli strettamente necessari per l'attuazione delle direttive". A ben vedere, mentre il profilo qualitativo, integrando uno dei requisiti dell'*in house* disciplinati dalle direttive, sembra doversi ricondurre alla previsione *sub* lett. a), le misure sanzionatorie e la disciplina delle condizioni per la sanatoria appaiono sussumibili nella previsione di cui alla lett. c).

superiori a quelli minimi fissati dalle direttive è avvenuta al di fuori dei casi consentiti (47), ma la stessa disciplina integrativa è contenuta in una normativa diversa da quella di recepimento delle direttive.

Un'ulteriore conseguenza di detto modo di legiferare è individuabile nel fatto che si determina una frammentazione della disciplina applicabile agli affidamenti diretti ad enti *in house* - pur a fronte dell'unitarietà della stessa sancita dalla normativa europea - essendo, com'è ovvio, le disposizioni in esame, contenute nel T.U.S.P.P., riferibili soltanto alle società *in house*. In ragione di detta frammentazione si determina un'ingiustificata disparità di trattamento tra gli affidamenti diretti disposti a favore di società *in house* e quelli effettuati ad enti *in house* diversi dagli enti societari, non risultando il diverso trattamento dei primi fondato su un qualche elemento di differenziazione, con tutte le implicazioni che ne conseguono anche in ordine ai profili di legittimità costituzionale delle disposizioni *de quibus*.

La devoluzione al g.o. delle controversie attinenti alle procedure di assunzione del personale delle società *in house*

Com'è noto, l'art. 18, comma 1, D.L. 25 giugno 2008, n. 112, conv. dalla L. 6 agosto 2008, n. 133, aveva esteso alle società che gestiscono servizi pubblici a totale partecipazione pubblica, con riferimento alla selezione del personale, l'obbligo posto a carico delle amministrazioni pubbliche, ex art. 35, D.Lgs. n. 165/2001, di conformarsi a principi di carattere pubblicistico (di pubblicità, trasparenza, imparzialità, ecc.), la cui applicazione risulta connessa alla regola generale del pubblico concorso, mentre l'art. 18 comma 2, D.L. cit. aveva previsto che le società a partecipazione totalitaria pubblica o di controllo fossero tenute ad adottare con propri provvedimenti, criteri e modalità per il reclutamento del personale e per il conferimento degli incarichi nel rispetto dei principi, anche di derivazione comunitaria, di trasparenza, pubblicità e imparzialità. Se dunque l'art. 18, comma 2, D.L. n. 112/2008, conv. dalla L. n. 133/2008 (che è stato abrogato dall'art. 28 T.U.S.P.P.) si limitava ad imporre alle società a partecipazione totalitaria pubblica o di controllo di regolamentare con un proprio atto, nel

rispetto di determinati principi pubblicistici, le procedure di reclutamento del personale, il legislatore del T.U.S.P.P. ha inteso rafforzare la regola del pubblico concorso nelle procedure indette dalle società a controllo pubblico. All'art. 19, comma 2 T.U. si prevede, infatti, non soltanto che tutte le società a controllo pubblico, nel disciplinare con propri provvedimenti i "criteri e [le] modalità per il reclutamento del personale", sono tenuti al rispetto tanto "dei principi, anche di derivazione europea, di trasparenza, pubblicità e imparzialità", quanto "dei principi di cui all'articolo 35, comma 3, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165", ma anche che, nel caso in cui la società non adotti detti provvedimenti, alle procedure di reclutamento del personale, trova applicazione, in via automatica, l'art. 35, comma 3, D.Lgs. n. 165/2001. In altri termini, alla regola del pubblico concorso risultano ora espressamente sottoposti tutti gli enti societari a controllo pubblico, posto che, quand'anche non siano applicabili in via suppletiva le regole e i principi contenuti nell'art. 35, comma 3, D.Lgs. n. 165/2001, questi ultimi - come viene sancito dalla prima parte del comma 2 dell'art. 19 T.U.S.P.P. - dovendo essere recepiti nell'apposito atto adottato da ciascuna società, vanno osservati nell'attività procedimentalizzata posta in essere per il reclutamento del personale (48).

In definitiva, il legislatore del 2016 ha reso cogente la regola del pubblico concorso nel reclutamento del personale da parte delle società in controllo pubblico, ma al contempo ha devoluto alla competenza del giudice ordinario le relative controversie, non ritenendo dunque di applicare le stesse regole sulla competenza giurisdizionale del g.a. previste rispettivamente, dall'art. 63, comma 4, D.Lgs. n. 165/2001 con riferimento alle PP.AA., e dall'art. 7, comma 2, c.p.a. in relazione ai soggetti privati equiparati a p.a. o comunque tenuti al rispetto dei principi del procedimento amministrativo.

Nessuna eccezione a detta regola è stata peraltro prevista con riguardo alle società *in house*, sicché le controversie riguardanti le procedure di reclutamento del personale di detti enti societari, al pari di quelle delle altre società a controllo pubblico, sono devolute al g.o.

A questo riguardo, deve tuttavia rilevarsi come il legislatore - non si sa quanto consapevolmente - si

(47) Detti casi sono individuabili, a norma dell'art. 14, comma 24 *quater*, L. n. 246/2005, nelle circostanze eccezionali che siano state "valutate nell'analisi d'impatto della regolamentazione, in relazione alle quali si rende necessario il superamento del livello minimo di regolazione comunitaria".

(48) Per quanto anche sotto il regime dell'art. 18, comma 2, D.L. n. 112/2008 l'attività di reclutamento del personale, dovendo essere improntata al rispetto di principi pubblicistici, non potesse che risultare procedimentalizzata, la disposizione indicata non richiamava, tuttavia, l'art. 35, comma 3, D.Lgs. n. 165/2001.

sia discostato in modo sensibile da consolidati orientamenti della giurisprudenza in tema di procedure di reclutamento del personale di società *in house*. I giudici del Consiglio di Stato, anche di recente, muovendo dal rilievo secondo cui le società *in house* hanno solo la forma esteriore delle società “ma costituiscono in realtà articolazioni in senso sostanziale della pubblica amministrazione da cui promanano e non [sono] soggetti giuridici ad essa esterni e da essa autonomi”, hanno sottolineato come, nel caso di specie, la controversia, insorta in relazione ad una procedura di reclutamento del personale, fosse devoluta alla giurisdizione del giudice amministrativo, in base al combinato disposto degli artt. 7, comma 2, c.p.a. e 1, comma 1 *ter*, L. n. 241/1990, atteso che, in particolare, quest’ultima disposizione “è già di per sé idonea a radicare la giurisdizione del g.a. in relazione ad atti di soggetti che, pur avendo una natura privatistica, come nel caso degli enti pubblici economici, sono tenuti al rispetto dei principi del procedimento amministrativo” (49).

Per le ragioni anzidette, ben evidenziate nella pronuncia testé indicata, sembra potersi dubitare non tanto delle premesse - assolutamente condivisibili - quanto delle conclusioni cui sono pervenuti sempre i

giudici di Palazzo Spada in un’altra più recente decisione. Ci si riferisce al fatto che tali giudici, dopo aver posto in rilievo che “nell’art. 7, comma 2, del Codice del processo amministrativo, viene recepita una nozione funzionale e cangiante di pubblica amministrazione, ... che implica che, come regola generale, la giurisdizione amministrativa segue la procedimentalizzazione dell’attività a prescindere dalla veste formale del soggetto la cui attività è procedimentalizzata”, deducono che “può leggersi come un’eccezione che conferma la regola, senza, però, contraddirla nella sua valenza di principio, la previsione contenuta nell’art. 19, comma 4, ultimo periodo, del ... “*Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica*”, approvato dal Consiglio dei Ministri in attuazione dell’articolo 2 della legge 7 agosto 2015, n. 124, che, pur procedimentalizzando le procedure di reclutamento del personale delle società a controllo pubblico, dispone, in deroga a quanto previsto dall’art. 7, comma 2, c.p.a., che “*Resta ferma la giurisdizione ordinaria sulla validità dei provvedimenti e delle procedure di reclutamento del personale*”, risolvendo così, *per tabulas*, un dibattito giurisprudenziale che aveva visto su posizioni contrapposte, in punto di giurisdizione, il Consiglio di Stato (...) e le Sezioni Unite (...)” (50).

(49) Si v. Cons. Stato, Sez. VI, 11 dicembre 2015, n. 5643, in www.giustizia-amministrativa.it. Peraltro, i medesimi giudici, nell’individuare il fondamento della competenza del g.a. nell’art. 1, comma 1 *ter*, L. n. 241/1990, evidenziano come il medesimo sia stato “ulteriormente rafforzato dalla l. cd. anticorruzione 6 novembre 2012, n. 190”. Tali giudici non mancano, infine, di sottolineare come l’art. 18, comma 2, D.L. cit. avesse già posto a carico delle società a partecipazione pubblica “vincoli di trasparenza, imparzialità, pubblicità ed economicità in particolare per il reclutamento del personale che, di regola, l’art. 97 della Costituzione impone per le PP.AA. e gli enti pubblici strettamente intesi”.

(50) Si v. Cons. Stato, Sez. VI, 11 luglio 2016 n. 3043, in www.giustizia-amministrativa.it. Deve riconoscersi come tanto la Corte di cassazione, con riguardo a procedure di selezione del personale esperite da RAI Spa (si v. Cass., SS.UU., 22 dicembre 2011, nn. 28329, 28330, rispettivamente in *Giust. civ.*, 2012, 2, I, 320 e in *Foro it.*, 2012, 12, I, 3450; Cass., Sez. Lav., 11 settembre 2012, n. 15167, in *Mass. Giust. civ.*, 2012, 9, 1104) - si v. però *contra*: Cass., SS.UU., 9 luglio 2014, n. 15594, in *Foro amm.*, II, 2014, 1901, riguardante una procedura indetta dalla società legale ANAS, quanto i giudici amministrativi (si v. Cons. Stato, Sez. V, 4 dicembre 2012, n. 6178, Cons. Stato, Sez. V, 30 gennaio 2013, n. 570; Cons. Stato, Sez. V, 1° dicembre 2014, n. 5949; però *contra*: Cons. Stato, Sez. VI, 24 novembre 2010, n. 5379, T.A.R. Basilicata, Sez. I, 20 aprile 2011, n. 218, nonché la sopra richiamata Cons. Stato, Sez. VI, 11 dicembre 2015, n. 5643, tutte in www.giustizia-amministrativa.it), abbiano riconosciuto, per lo più, la sussistenza della giurisdizione del g.o. con riguardo a controversie insorte in relazione a procedure per il reclutamento del personale indette da società a partecipazione pubblica, sulla base di quattro argomenti principali: a) le società pubbliche, non possono considerarsi equiparate ad amministrazioni pubbliche, con conseguente devoluzione al g.a. delle controversie riguardanti dette procedure selettive, in quanto l’art. 63, comma 4, D.Lgs. n. 165/2001, nell’individuare la competenza del

g.a. con riguardo alle controversie in materia di procedure concorsuali per l’assunzione di dipendenti fa riferimento esclusivamente a P.A.; b) gli atti adottati nell’ambito di dette procedure selettive da parte di enti privati non costituiscono esercizio di poteri amministrativi, né in tal senso può invocarsi l’art. 7 c.p.a. in combinato disposto con l’art. 18, commi 1 e 2, D.L. n. 112/2008, conv. dalla L. n. 133/2008, non essendo contenuto nella prima disposizione processuale alcun richiamo espresso alla seconda; c) l’obbligo di adottare criteri e modalità per il reclutamento del personale e per il conferimento degli incarichi, ex art. 18, D.L. n. 112/2008 nel rispetto dei principi, anche di derivazione comunitaria, di trasparenza, pubblicità e imparzialità si inserirebbe pur sempre nell’*agire iure privatorum* della società, senza comportare l’esercizio di potestà pubbliche e senza incidere sulla giurisdizione; d) la giurisdizione del g.a. presuppone la finalità dell’instaurazione di un rapporto di lavoro pubblico, seppure contrattualizzato, alle dipendenze di una P.A. Si tratta di argomentazioni basate su rilievi giuridici di carattere più che altro formale, che non paiono dirimenti, ad avviso di chi scrive, al fine di escludere la giurisdizione del g.a. Come è stato peraltro rilevato dalla giurisprudenza minoritaria sopra richiamata: a) l’art. 18, comma 1, D.L. n. 112/2008 aveva esteso *ex lege* alle società che gestiscono s.p.l. a partecipazione totalitaria pubblica, l’obbligo posto a carico delle P.A. dal D.Lgs. n. 165/2001 di conformarsi ai principi di carattere pubblicistico inerenti ai pubblici concorsi, principi tutti espressione dell’art. 97 Cost. Non diversamente doveva concludersi in ordine all’art. 18, comma 2, D.L. cit. che imponeva alle società a partecipazione pubblica totale o di controllo, di rispettare i principi, anche di derivazione comunitaria, di trasparenza, pubblicità e imparzialità, considerato altresì quanto stabilito all’art. 1, comma 1 *ter*, L. n. 241/1990 in tema di attività amministrative esercitate da soggetti privati; b) l’art. 18, D.L. cit. aveva recepito l’orientamento della Consulta (si v. Corte cost. 1° febbraio 2006, n. 29, in www.cortecostituzionale.it), la quale aveva ritenuto che non fosse costituzionalmente illegittima una disposizione di

Deve preliminarmente osservarsi che, quand'anche il legislatore abbia inteso configurarla come un'eccezione rispetto alla regola generale che attribuisce al g.a. la competenza in ordine a dette controversie, non sembra che detta eccezione poggi su solide basi giuridiche.

Innanzitutto, occorre chiedersi se un'attività procedimentalizzata, in quanto sottoposta al rispetto di principi del diritto amministrativo, possa essere considerata non a regime amministrativo, con la conseguenza che la stessa non costituirebbe esplicazione di funzioni amministrative.

In secondo luogo, gli atti in cui quell'attività si estrinseca sono atti di diritto privato per il solo fatto che il legislatore ha devoluto alla competenza del g.o. (51) le relative controversie?

Per non incorrere in un'evidente violazione del principio di eguaglianza, oltre che di quello di ragionevolezza, le attività di reclutamento del personale delle società in controllo pubblico, nonostante siano procedimentalizzate per le ragioni anzidette, dovrebbero reputarsi non a regime amministrativo. La *ratio* di detta sottrazione all'indicato regime parrebbe, invero, individuabile soltanto nel fatto che gli atti inerenti alle procedure selettive sono adottati da enti formalmente privati.

La ricostruzione interpretativa indicata non trova però riscontro nel diritto positivo, segnatamente nel combinato disposto di cui all'art. 1, comma 1 *ter*, L. n. 241/1990 e all'art. 7, comma 2 c.p.a.; con riferimento, infatti, alle controversie attinenti all'attività procedimentalizzata di soggetti privati (la cui procedimentalizzazione deriva dalla sottoposizione al rispetto dei principi del procedimento amministrativo), in base a detto combinato disposto, la competenza giurisdizionale è attribuita al g.a.

Ciò rilevato, non rimane allora che ipotizzare che un'attività procedimentalizzata a regime amministrativo di un soggetto privato sia sottoponibile al sindacato giurisdizionale del g.o. In detta ipotesi dovrebbero però ritenersi tutelabili davanti al g.o. la lesione di situazioni di interesse legittimo di diritto privato o meglio, seguendo una più aggiornata impostazione, di diritti soggettivi consistenti essenzialmente in posizioni 'di garanzia' e non di certezza di un risultato (52). Ma la tutela che sarebbe assicurata davanti al g.o. agli interessi legittimi di diritto privato o a diritti soggettivi 'di garanzia' può considerarsi effettivamente equiparabile a quella apprestata dal g.a. con riferimento agli interessi legittimi, *ex artt.* 24, comma 1, 103, comma 1 Cost.? A questo riguardo va evidenziato come le procedure di evidenza pubblica per la scelta del contraente, indette da soggetti privati (ad es.: organismi di diritto pubblico, enti e soggetti aggiudicatori, nel cui novero possono essere comprese anche le società *in house* (53)) e le procedure concorsuali (*i.e.*: quelle alle quali trova applicazione la regola del pubblico concorso) per la selezione del personale delle società a controllo pubblico sono sottoposte al rispetto di un nucleo di principi comuni (*i.e.*: quelli di pubblicità, trasparenza, imparzialità, quelli del diritto europei, ecc.). A fronte della sottoposizione a detto complesso di principi, che procedimentalizza l'attività svolta da soggetti privati, attribuire la competenza a due giudici diversi, con riguardo alle relative controversie, produce un risultato che appare irrazionale. Basti considerare che, mentre nella prima ipotesi considerata le controversie risultano devolute al g.a. e la tutela assicurata è quella propria dell'interesse legittimo, con riferimento alle procedure concorsuali indette da società a controllo pubblico (e dunque anche da società *in house*), non appare configurabile

legge regionale che aveva assoggettato le società *in house* al rispetto delle procedure di evidenza pubblica imposte agli enti locali per l'assunzione del personale, sulla base dell'assunto che la disposizione regionale dava attuazione all'art. 97 Cost., in ragione dell'assimilabilità di dette società alle p.a.; c) la sottoposizione, *ex art.* 18, D.L. cit., delle società pubbliche indicate a vincoli di trasparenza, imparzialità, pubblicità, ecc. nelle procedure di reclutamento del personale, finiva per configurare in capo a tali società, limitatamente a detta attività l'esercizio di poteri amministrativi; d) l'art. 18, D.L. cit., tanto al comma 1, ove si richiamava l'art. 35, D.Lgs. n. 165/2001, quanto al comma 2, ove si imponeva di regolamentare con propri provvedimenti le modalità di reclutamento nel rispetto dei principi di derivazione comunitaria oltre che di quelli di pubblicità, trasparenza e imparzialità, sottoponevano l'attività di reclutamento del personale di dette società a vincoli, costituenti espressione di principi costituzionali, determinandone la procedimentalizzazione, e) l'art. 7 c.p.a., che devolve alla giurisdizione del g.a. tutte le controversie in cui i provvedimenti, gli atti e i comportamenti sono riconducibili all'esercizio del potere anche con riguardo a soggetti equiparati a p.a. o "*comunque tenuti al rispetto dei principi del procedimento amministrativo*", è da connettere all'art. 1, L. n.

241/1990, che, al comma 1, richiama i principi cui fa riferimento l'art. 18, D.L. cit.; f) l'art. 63, D.Lgs. n. 165/2001, che fornisce l'elenco dei soggetti qualificabili come P.A., non preclude al legislatore di vincolare soggetti solo formalmente privati al rispetto dei principi dell'evidenza pubblica.

(51) All'art. 19, comma 4, Il parte, T.U.S.P.P. si prevede che "Resta ferma la giurisdizione ordinaria sulla validità dei provvedimenti e delle procedure di reclutamento del personale".

(52) Si v. sul punto A. Travi, *Nuovi fermenti nel diritto amministrativo verso la fine degli anni '90*, in *Foro it.*, V, 1997, spec. 172, che rileva come la tesi della tutela dell'interesse legittimo nel diritto privato appaia ormai recessiva, in seguito agli orientamenti della Corte di Cassazione degli anni '80, formati in relazione a controversie riguardanti dipendenti degli enti pubblici economici, e della giurisprudenza di merito in tema di contrattualizzazione dei rapporti di lavoro con certi enti privatizzati.

(53) Come rilevano i giudici di Palazzo Spada (si v. Cons. Stato, Sez. VI, 11 dicembre 2015, n. 5643), "tutti gli organismi *in house* di pubbliche amministrazioni sono anche necessariamente organismi di diritto pubblico".

l'esercizio di una funzione amministrativa, con la conseguenza che non risultano tutelabili posizioni di interesse legittimo dei partecipanti a dette procedure concorsuali. Si verrebbe in tal modo a determinare una differente tutela giurisdizionale, la quale dipenderebbe essenzialmente dalla diversa competenza giurisdizionale stabilita dalla legge, pur a fronte dell'esercizio di attività procedimentalizzate sottoposte ad un nucleo comune (particolarmente rilevante come si è visto) di principi del diritto amministrativo.

Inoltre, il g.o., là dove rilevasse la non conformità degli atti della procedura concorsuale ai principi del diritto amministrativo, cui la stessa deve essere improntata, non potrebbe annullarli (54). Per quanto l'art. 113, comma 3, Cost. consentirebbe una tutela costitutiva anche nei confronti del potere amministrativo nell'ambito del giudizio civile, finora questa tutela è stata configurata dal legislatore ordinario soltanto in alcune limitate e tassative ipotesi, riguardanti essenzialmente controversie relative a sanzioni amministrative. Peraltro, come è stato osservato, il fatto che detta tutela costitutiva non sia garantita in via generale dal g.o. risulta particolarmente rilevante nei casi in cui il rapporto coinvolga soggetti terzi, atteso che in dette ipotesi sono evidenti i limiti che incontra il sindacato del g.o., ossia quelli di una tutela limitata alla posizione individuale del soggetto interessato (55).

La posizione soggettiva vantata dai partecipanti ad una procedura concorsuale per il reclutamento del personale indetta da una società a controllo pubblico, alla quale trovano applicazione i principi summenzionati, dovrebbe essere qualificata come una situazione di interesse legittimo pretensivo.

In conclusione, la previsione di cui all'art. 19, comma 4, T.U.S.P.P., limitandosi a prevedere che le controversie in tema di procedure di reclutamento del personale indette, ai fini che qui interessano, da società *in house* (che la giurisprudenza qualifica come articolazioni interne dell'organizzazione amministrativa dell'ente o degli enti soci, con la conseguenza che alle stesse dovrebbe trovare applicazione

la regola del pubblico concorso per il reclutamento del personale (56)) sono devolute al g.o., senza che al medesimo giudice sia anche attribuito un potere di annullamento degli atti inerenti a dette procedure, appare irragionevole e lesiva del principio di eguaglianza, in quanto, pur essendo tale attività parimenti a quella delle p.a., sottoposta al rispetto dei medesimi principi del diritto amministrativo, non viene garantita ai terzi interessati una tutela pari a quella che ad essi è riconosciuta davanti al g.a.

L'incerto inquadramento dal punto di vista giuridico delle società *in house* come conseguenza di una non coerente impostazione delle regole di diritto comune e di diritto speciale applicabili

Le società *in house*, per quanto - come si è evidenziato - possano adottare un modello organizzativo più flessibile rispetto a quello delineato in base alle disposizioni del codice civile, in virtù anche delle deroghe che possono essere previste a livello statutario (al fine di garantire il rispetto del requisito del controllo analogo), sono state configurate dal legislatore delegato come uno strano ibrido, in ragione del fatto che se, per un verso, sono state disciplinate come società di diritto privato, per l'altro, debbono continuare a costituire il prolungamento organizzativo di autorità pubbliche.

In altri termini, se la giurisprudenza amministrativa, la Corte di cassazione ed anche la Corte costituzionale hanno finora concepito le società *in house* come sostanzialmente equiparate ad un ufficio interno dell'amministrazione o delle amministrazioni controllanti (57), ovvero come organi costituenti la *longa manus* della pubblica amministrazione, cui non resta affidata alcuna rilevante autonomia gestionale (58), nel T.U.S.P.P. vengono, invece, configurate essenzialmente come enti societari di diritto privato, cui trova applicazione lo statuto generale, sia pure con alcuni adattamenti, delle

(54) Sulla necessità che si riconosca per via legislativa al g.o. detto potere nelle varie materie in cui sono coinvolti interessi legittimi, si v. F. Figorilli, *Giurisdizione piena del giudice ordinario e attività della pubblica amministrazione*, Torino, 2002, spec. 237.

(55) Si v. A. Travi, *op. cit.*, 175-176, che, a sostegno di detta osservazione porta l'esempio del soggetto che aspira ad una promozione in un rapporto privatizzato, il quale - osserva - può vantare "una pretesa limitata all'azione dell'amministrazione nei suoi confronti, e con la azione non coinvolge più, come era invece nel caso dell'interesse legittimo, la posizione dei terzi illegittimamente promossi".

(56) I giudici amministrativi hanno persino ritenuto che, rappresentando l'organismo *in house* "sotto ogni aspetto un'articolazione in senso sostanziale dell'amministrazione pubblica di

riferimento", risultano applicabili gli artt. 1, comma 2 e 63, comma 4, D.Lgs. n. 165/2001 con tutte le implicazioni "in punto di estensione, all'organismo *in house*, delle previsioni in punto di giurisdizione riferibili all'amministrazione pubblica di riferimento", si v. in tal senso. Cons. Stato, Sez. VI, 11 dicembre 2015, n. 5643, cit.

(57) Si v. ad esempio Cons. Stato, Sez. VI, 26 maggio 2015, n. 2660, cit.

(58) Si v. *ex multis*: Cons. Stato, Ad. plen., 3 marzo 2008, n. 1; Cass., SS.UU., 25 novembre 2013, n. 26283, cit.; Id., 10 marzo 2014, n. 5491, in *Foro amm.*, II, 2014, 1391; Id., 26 marzo 2014, n. 7177, in *Foro amm.*, II, 2014, 1669; Id., 9 luglio 2014, n. 15594, cit.; Id., 24 ottobre 2014, n. 22609, inedita; Id., 24 marzo 2015, n. 5848, in *Giur. comm.*, 2016, II, 789, con nota di M. Cossu. Inoltre, i giudici delle leggi

società di capitali. Configurazione, quest'ultima, che, tuttavia, è apparsa alla Commissione speciale del Consiglio di Stato inconciliabile con la "forte peculiarità organizzativa, imposta dal diritto europeo" alle società *in house* (59).

La difficile conciliazione tra dette opposte concezioni è stata perseguita dal legislatore, per un verso, introducendo una strumentazione di diritto privato 'modificato', allo scopo di assicurare forme di esercizio del controllo analogo in linea con i vincoli stabiliti dal diritto europeo, per l'altro, considerando le società *in house* in senso proprio delle società di diritto privato, al punto da sottoporle, al pari delle altre società a partecipazione pubblica, ex art. 14 T.U.S.P.P., al fallimento, al concordato preventivo e, ove ne ricorrano i presupposti, all'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi disciplinata dal D.Lgs. n. 270/1999.

Rimane però fondamentalmente irrisolta l'ambivalenza che caratterizza dette società, essendo le

medesime al contempo espressione del principio di autonomia organizzativa delle amministrazioni aggiudicatrici (60) - che consente a queste ultime di autoprodurre beni e servizi invece di fare ricorso ad entità esterne, in quanto, pur costituendo entità giuridicamente distinte, fanno parte dell'organizzazione delle amministrazioni controllanti (61) - e società di diritto privato, che dovrebbero essere dotate di un "minimo" di autonomia privata (62). Se, come si è indicato, il controllo analogo dovrebbe essere assicurato mediante il ricorso a strumenti disciplinati da regole di diritto privato "speciale" e le società *in house* non sono sottratte al fallimento e al concordato preventivo (63), appare distonica la previsione di cui all'art. 12, comma 1, T.U.S.P.P. (64) - che sul punto mostra di recepire un preciso orientamento della S.C. che ha negato che le società *in house* siano dotate di una qualche autonomia rispetto agli enti pubblici soci (65) - secondo cui la Corte dei conti è chiamata a valutare se ricorrono i presupposti che

nel dichiarare l'illegittimità costituzionale di una disposizione legislativa regionale, che prescriveva un parere obbligatorio ma non vincolante dell'ente controllante sugli atti fondamentali dell'ente controllato *in house*, hanno ritenuto che, sebbene "non siano annullati tutti i poteri gestionali dell'affidatario *in house*", la "possibilità di influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni importanti" "è incompatibile con il rispetto dell'autonomia gestionale, senza distinguere - in coerenza con la giurisprudenza comunitaria - tra decisioni importanti e ordinaria amministrazione", si v. Corte cost. 28 marzo 2013 n. 50, in www.cortecostituzionale.it.

(59) Si v. il par. 7 del parere della Commissione speciale del Cons. Stato 21 aprile 2016 n. 968/2016, cit.

(60) Principio che è stato esplicitato anche al considerando n. 31 della Dir. 24/2014/UE, ove si afferma che "l'applicazione delle norme in materia di appalti pubblici non dovrebbe interferire con la libertà delle autorità pubbliche di svolgere i compiti di servizio pubblico affidati loro utilizzando le loro stesse risorse, compresa la possibilità di cooperare con altre autorità pubbliche".

(61) In tal senso di recente, si v. Corte di Giustizia UE, Sez. IV, 8 dicembre 2016, in causa C-553/15, cit., ove, ricostruendo la precedente giurisprudenza, si evidenzia come gli affidamenti *in house* costituiscano un'eccezione all'applicazione del diritto europeo in ragione dell'esistenza "di un legame interno particolare" tra l'amministrazione aggiudicatrice e l'ente affidatario, quantunque quest'ultimo sia una entità giuridicamente distinta dalla prima, legame in virtù del quale si può ritenere che l'amministrazione ricorra ai propri strumenti e "l'ente affidatario faccia praticamente parte dei servizi interni della stessa amministrazione". Si v. anche Corte di Giustizia UE, Sez. I, 6 aprile 2006, nella causa C-410/04, in <http://curia.europa.eu>, ove si precisa che, costituendo l'*in house* una eccezione alle regole generali del diritto europeo, i due requisiti del controllo analogo e dell'attività svolta in via prevalente a favore dell'amministrazione controllante debbono essere interpretati in modo restrittivo e "l'onere di dimostrare l'effettiva sussistenza delle circostanze eccezionali che giustificano la deroga a quelle regole grava su colui che intenda avvalersene".

(62) Si v. sul punto M. Libertini, *op. ult. cit.*, 42 s., il quale sottolinea come sia configurabile il controllo analogo congiunto - ma non diverse considerazioni risultano riferibili ai casi di controllo individuale - là dove sia assicurato ai soci un potere decisionale sulla gestione strategica della società *in house*, senza che il medesimo debba tradursi in un potere pervasivo che garantisca ai soci "la diretta determinazione di tutte le scelte amministrative".

(63) In tal senso V. Donativi, *op. cit.*, 1203 s., cui si rinvia anche per gli ampi richiami della dottrina e della giurisprudenza, che, in passato, avevano accolto, rispettivamente, l'approccio "privatistico puro", quello "tipologico" e quello "funzionale" (1181 s.). L'A. sottolinea come l'art. 14, comma 1 T.U.S.P.P. abbia portata generale con riferimento a tutte le società a partecipazione pubblica, non essendo possibile operare distinzioni tra le medesime, di tal che è da ritenere che il legislatore abbia accolto l'approccio "privatistico puro". Su detto tema, prima dell'entrata in vigore del testo unico, si v., *ex multis*: E. Codazzi, *Società in mano pubblica e fallimento*, Relazione al Convegno "La società in mano pubblica e fallimento: alcune considerazioni sulla disciplina applicabile tra diritto dell'impresa e diritto delle società", Roma, 21-22 febbraio 2014, in *Giur. comm.*, 2015, I, 74 s.; A. Crismani, *Le società partecipate tra crisi e insolvenza*, in *Dir. e soc.*, 2015, 317 s.; I. Demuro, *La crisi delle società a partecipazione pubblica*, in *Analisi giur. econ.*, 2015, 557 s.; F. Fimmano, *Insolvenza dell'imprenditore "società pubblica", gestione "in house" dei servizi e tutela dell'affidamento*, nota a Trib. Palermo 20 ottobre 2014, in *Dir. fall.*, 2015, II, 258 ss.; C. Ibba, *Il falso problema della fallibilità delle società a partecipazione pubblica*, Relazione al Convegno "Società pubbliche e procedure concorsuali", Pescara, 21 novembre 2014, in *Riv. dir. civ.*, 2015, 511 ss.

(64) All'art. 12 T.U.S.P.P. si stabilisce che "1. 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*. È devoluta alla Corte dei conti, nei limiti della quota di partecipazione pubblica, la giurisdizione sulle controversie in materia di danno erariale di cui al comma 2. Costituisce danno erariale il danno, patrimoniale o non patrimoniale, subito dagli enti partecipanti, ivi compreso il danno conseguente alla condotta dei rappresentanti degli enti pubblici partecipanti o comunque dei titolari del potere di decidere per essi, che, nell'esercizio dei propri diritti di socio, abbiano con dolo o colpa grave pregiudicato il valore della partecipazione".

(65) Si v. ancora Cass., SS.UU., n. 26283/2013, cit., ove si è affermato che nelle società *in house* è configurabile un rapporto di subordinazione gerarchica degli amministratori rispetto all'ente pubblico controllante, "che non lascia spazio a possibili aree di autonomia e di eventuale motivato dissenso, sia per l'impossibilità stessa d'individuare nelle società un centro d'interesse davvero distinto

rendono configurabile la responsabilità amministrativa degli amministratori e dei dipendenti di dette società. Non sembra infatti revocabile in dubbio che il legislatore del 2016 abbia inteso recepire il predetto orientamento della S.C., atteso che nella originaria versione dello schema di decreto legislativo si prevedeva l'applicazione non di due distinti regimi (*i.e.* quello della responsabilità ordinaria e quello della responsabilità erariale), bensì di un regime unico di diritto comune, cui erano assoggettate tutte le società a partecipazione pubblica, incluse quelle *in house*, con conseguente devoluzione delle relative controversie alla giurisdizione del g.o. (66). La previsione contenuta all'art. 12 cit., che riconosce la giurisdizione della Corte dei conti con riguardo esclusivamente alle società *in house*, è dunque da connettere alla particolare configurazione di queste ultime, ed in particolare al fatto che "l'attività degli amministratori e degli organi di controllo non è riconducibile ad un soggetto privato dotato di una sua autonoma soggettività ma ad "organi" di una pubblica amministrazione", di tal che tra l'amministrazione o le amministrazioni controllanti e gli amministratori della società *de qua* è ravvisabile un rapporto di servizio (67). Soltanto, infatti, negando autonoma soggettività alle società *in house*, sulla base di una loro de-qualificazione a mero patrimonio separato dell'amministrazione controllante - nell'impostazione accolta dai giudici della Corte di Cassazione - si è pervenuti al risultato di configurare il danno al patrimonio sociale come un danno arrecato direttamente al patrimonio della stessa amministrazione, con conseguente affermazione della giurisdizione della Corte dei conti.

Com'è evidente, risulta difficile conciliare la configurazione delle società *in house* come società di diritto privato, sia pure non sottoposte a tutte le regole del diritto comune (atteso che alle stesse trovano applicazione anche regole di diritto privato 'modificato'), con quella che, ravvisando un rapporto gerarchico tra amministratori e soci - nell'ambito del quale ai primi non è riconosciuta una vera e propria sfera di

autonomia decisionale e di motivato dissenso - radica la competenza giurisdizionale della Corte dei conti nei confronti degli amministratori e dei dipendenti della società *in house*.

Nella prospettiva che si è indicata, appaiono però riferibili all'impostazione seguita dal legislatore delegato nel disciplinare la responsabilità per danno erariale degli amministratori e dei dipendenti delle società a controllo pubblico, quei medesimi rilievi critici, formulati, con riguardo all'apparato motivazionale della più volte citata pronuncia della Cassazione, da quella parte dottrina che aveva sottolineato, tra l'altro, come ad accogliere la predetta configurazione si sarebbe dovuto concludere, da un canto, che gli amministratori debbono considerarsi dei meri esecutori degli enti soci - di tal che risulta persino difficile individuare il titolo in base al quale i medesimi amministratori possano essere chiamati a rispondere per danno all'erario davanti alla Corte dei conti - dall'altro, che la sottoposizione alla giurisdizione contabile dovrebbe comportare l'esenzione dal fallimento (68).

In conclusione, le disposizioni del T.U.S.P.P. non delineano una omogenea e coerente disciplina delle società *in house*. Inoltre, se si è chiaramente inteso garantire l'esercizio, da parte delle amministrazioni pubbliche socie, di un effettivo controllo analogo - nel rispetto del diritto europeo - mediante l'utilizzo di strumenti di diritto privato (*i.e.* patti parasociali e statuti), coerentemente alla configurazione di detti enti societari come società di diritto comune, soltanto la loro applicazione in concreto permetterà di valutare il conseguimento di detto obiettivo. È da ritenere, infatti, che, in base ad una tendenza già da tempo in atto, la valutazione in ordine all'idoneità e all'adeguatezza di detta strumentazione non possa che spettare ai giudici nazionali, i quali hanno mostrato sensibilità diverse, soprattutto con riferimento alla questione della compatibilità dell'applicazione delle regole del diritto societario col rispetto dei vincoli europei in tema di affidamenti *in house*.

rispetto all'ente pubblico che la ha costituita e per il quale essa opera".

(66) Sottolinea come anche da un esame dei lavori preparatori la funzione e il significato dell'art. 12 T.U.S.P.P. siano essenzialmente quelli "di conferire veste normativa espressa al sistema del doppio binario", sistema che trova giustificazione nel fatto che le società *in house* non sono società di diritto comune, bensì società

di diritto speciale, Donativi V., *Le società a partecipazione pubblica*, cit. 856-857.

(67) Si v. sul punto Commissione speciale del consiglio di Stato, par. 10 del parere della Commissione speciale del Consiglio di Stato, 21 aprile 2016 n. 968/2016.

(68) In tal senso, si v. C. Ibba, *Responsabilità erariale e società in house*, in *Giur. comm.*, 2014, 13 s.