



**Dipartimento di:** Impresa e Management    **Cattedra di:** Diritto pubblico dell'economia

Corso di laurea triennale in

**Economia e Management**

**LE SOCIETA' A PARTECIPAZIONE PUBBLICA. TIPOLOGIE E  
CLASSIFICAZIONI**

**Relatore**

**Ch.mo Prof.  
Mirella PELLEGRINI**

**Candidato**

**Luigi DEL PRETE  
Matr. 226571**

**ANNO ACCADEMICO 2019 - 2020**

Introduzione .....	3
--------------------	---

## **CAPITOLO I**

### **LE SOCIETÀ A PARTECIPAZIONE PUBBLICA. TIPOLOGIE E CLASSIFICAZIONI**

1. Le società a partecipazione pubblica nel nuovo Testo unico. Genesi della riforma .....	5
1.2. La legge delega e gli obiettivi .....	11
1.3. I livelli di partecipazione.....	13

## **CAPITOLO II**

### **CLASSIFICAZIONI TIPOLOGICHE**

2.1. L'ambito soggettivo di applicazione: le tipologie di società a partecipazione pubblica .....	19
2.2. Presupposti formali .....	20
2.3. Presupposti sostanziali .....	22
2.3.1 Le sottocategorie in base alla misura e qualità della partecipazione pubblica. Le società di controllo pubblico .....	25

## **CAPITOLO III**

### **LE SOTTOCATEGORIE IN BASE ALLA MISURA E QUALITÀ DELLA PARTECIPAZIONE PUBBLICA. LE SOCIETÀ DI CONTROLLO PUBBLICO**

3.1. Questioni controverse e giurisprudenza .....	27
3.2. Gli interessi sottesi alla disciplina.....	31
3.3. Le società in house, art. 16 TUSPP .....	33
3.4. Le società miste, art. 17 TUSPP.....	51
3.5. Le società quotate, art. 18 TUSPP (artt. 1, c. 5; 2, c. 1, lett. p); 8, c. 3; 9, c. 9; 18; 26, cc. 3, 4 e 5).....	55
3.6. Le società pubbliche in base alla natura dell'attività: società-imprese e società-semiamministrazioni .....	57
3.7 Analisi della 'Relazione 2019' della C. dei conti sugli organismi partecipati dagli enti territoriali regionali e sanitari.....	60
Conclusioni .....	62
<i>Bibliografia</i> .....	63

## Introduzione

Nel corso degli ultimi anni, sempre più diffuse sono le società a partecipazione pubblica, tanto da destare l'attenzione del legislatore, preoccupato che il ricorso a tale modello societario possa essere utilizzato dagli enti pubblici per sottrarsi alle norme ed ai vincoli per essi previsti.

Si tratta di un fenomeno monitorato da tempo, che ha indotto il legislatore ad intervenire con l'emanazione del TUSPP, con l'obiettivo di regolamentare in maniera specifica le società soggette a controllo pubblico.

Negli anni precedenti, infatti, il ricorso a tale modello societario era stato spesso utilizzato per aggirare i vincoli e le normative previste per gli enti pubblici, con grave spreco delle risorse pubbliche e violazione dei principi di buon andamento e imparzialità della pubblica amministrazione.

L'obiettivo dell'indagine è quello di esaminare in maniera dettagliata la normativa che il legislatore ha definito per tale modello societario, individuando soprattutto le differenze con le norme contenute nel codice civile e vigenti per le imprese del tutto private. A tal proposito, come si vedrà, non sono rari i rinvii alla disciplina di diritto comune perché tali società, pur essendo caratterizzate dalla presenza di partecipazioni pubbliche, sono pur sempre aziende. L'elaborato è suddiviso in tre capitoli

Il primo capitolo ha carattere introduttivo, descrivendo lo sviluppo della normativa sul tema.

Il secondo capitolo si sofferma sulle tipologie e classificazioni delle società partecipate, dopo aver mostrato l'ampiezza del fenomeno e la ratio dell'intervento normativo.

Il terzo, ed ultimo, capitolo analizza i vincoli e la disciplina delle società a a controllo pubblico e la loro *governance*, prestando particolare attenzione alla giurisprudenza emanata in merito.

## CAPITOLO I

### LE SOCIETÀ A PARTECIPAZIONE PUBBLICA. TIPOLOGIE E CLASSIFICAZIONI

#### **1.1. Le società a partecipazione pubblica nel nuovo Testo unico. Genesi della riforma**

Con l'approvazione del d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175, è stato adottato il Testo Unico in materia di società a partecipazione pubblica, in attuazione della delega per il riordino della disciplina in materia di partecipazioni societarie delle amministrazioni pubbliche, di cui al combinato disposto degli articoli 16 e 18 della legge 7 agosto 2015 n. 124 recante *“Deleghe al Governo in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche”*.

Il Testo Unico ha, poi, subito alcuni interventi correttivi di dettaglio in forza del decreto legislativo 16 giugno 2017, n. 100 concernente *“Disposizioni integrative e correttive al decreto legislativo 19 agosto 2016, recante Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica”*, e dalla legge 27 dicembre 2017, n. 205 (Legge di bilancio 2018) e dalla legge 30 dicembre 2018, n. 145 (Legge di bilancio 2019).

La legge delega si inserisce nell'ambito di un significativo e più ampio intervento avente la specifica finalità di riformare e riordinare le strutture della Pubblica amministrazione. Come efficacemente considerato da alcuni autori, la legge n. 124/2015 ha mirato al perseguimento di molteplici obiettivi, *“inquadabili in*

termini generali in operazioni di riorganizzazione, semplificazione e riordino generale del sistema delle pubbliche amministrazioni”<sup>1</sup>.

Nel parere del Consiglio di Stato del 21 aprile 2016, n. 968, si legge che “Lo scopo dell’intervento è quello di semplificare e razionalizzare le regole vigenti in materia, attraverso il riordino delle disposizioni nazionali e la creazione di una disciplina generale organica, tenuto conto del persistente disordine normativo che caratterizza negativamente la materia delle partecipazioni societarie detenute dalle pubbliche amministrazioni. Il quadro normativo attuale è, infatti, il risultato di una serie di interventi frammentari adottati in contesti storici diversi per perseguire finalità di volta in volta imposte da esigenze contingenti. È mancato un disegno coerente di lungo periodo. La riconduzione a sistema della legislazione vigente costituiva, pertanto, una necessità non più rinviabile per assicurare punti di riferimento certi a tutela degli utenti, del mercato e degli operatori. La disciplina unitaria delle società pubbliche costituisce, inoltre, un ambito in cui si realizza una stretta connessione tra regole di diritto e di economia. L’efficacia e la certezza delle regole è strumentale al migliore utilizzo delle risorse pubbliche e possono costituire un’importante leva economica di sviluppo del Paese in un contesto di crisi finanziaria”<sup>2</sup>.

Il perseguimento concreto degli obiettivi della legge delega è stato rimesso dalla stessa all’adozione da parte del Governo di decreti attuativi nelle materie specifiche ivi indicate. In particolare, la legge ha disposto deleghe non solo in materia di partecipazioni societarie delle amministrazioni pubbliche (art. 18), ma anche per il riordino della disciplina del lavoro alle pubbliche dipendenze (art. 17) e di quella dei servizi pubblici locali di interesse economico generale (art.

---

<sup>1</sup> LACCHINI M.; MAURO C.A., *La gestione delle società partecipate alla luce del nuovo Testo Unico. Verso un nuovo paradigma pubblico-privato*, Torino, Giappichelli, 2018, p. 28.

<sup>2</sup> Cons. Stato, Parere del 21 aprile 2016, n. 968

19)<sup>3</sup>. Per quanto concerne la specifica delega circa le società partecipate, la legge riserva un'attenzione particolare a tale istituto.

Come da altri osservato, le innovazioni richieste alla disciplina delle società partecipate rispondono ad una duplice ordine di esigenze, formali e sostanziali, fortemente sentite nel contesto italiano. Da un lato, infatti, erano necessari interventi di natura formale, diretti alla semplificazione, chiarificazione e riordino di una legislazione percepita dagli operatori del diritto come eterogenea e oltremodo complessa. Infatti, la molteplicità delle fonti che sono intervenute nel tempo antecedente la riforma a regolare la materia è stata una delle principali manifestazioni, se non cause, dell'eccessiva complessità della stessa<sup>4</sup>.

Il Testo unico, *in primis* per sua stessa natura, è chiaramente uno strumento di disciplina normativa ideale ed efficace per una raccolta sistematica e per la creazione di una disciplina unica di riferimento. Tuttavia, la questione delle fonti in materia di società a partecipazione pubblica non risulta del tutto risolta in questo modo e per il futuro, essendo comunque possibile che nuovi interventi si sovrappongano anche al di fuori del Testo. Rispetto a tale questione è bene tenere presenti due considerazioni.

In primo luogo, la discussa eterogeneità delle fonti della materia in analisi potrebbe riproporsi nei prossimi sviluppi normativi. A tal proposito, già si potrebbero commentare alcuni recenti interventi del Ministero dell'economia e finanze in sede di regolazione secondaria delle società a partecipazione pubblica: solo nell'anno 2019 il Mef ha adottato al contempo una direttiva in materia di separazione contabile delle società partecipate, destinatarie di diritti speciali ed

---

<sup>3</sup> Con riferimento a quest'ultima delega alcuni autori sottolineano tra l'altro la non casuale, stretta connessione tra il regime generale della partecipazione pubblica a società e quello delle modalità di produzione dei servizi pubblici locali di interesse economico generale. Così: MESCHINO M.; LALLI A., *Le Società partecipate dopo la Riforma Madia. Commento organico al D. Lgs. 19 agosto 2016, n. 175*, Roma, Dike, 2016.

<sup>4</sup> LACCHINI M.; MAURO C.A., *La gestione delle società partecipate alla luce del nuovo Testo Unico. Verso un nuovo paradigma pubblico-privato*, cit., p. 31.

esclusivi, un regolamento in materia di tetti massimi ai compensi nelle società a partecipazione pubblica e diversi orientamenti, privi di valore dispositivo vincolante, su aspetti prevalentemente definitivi e di inquadramento tipologico delle società. Appare, se non altro, curioso l'uso di strumenti molteplici e, talora, diversi da parte dello stesso ente regolatore.

In secondo luogo, è bene tenere presente che il Testo unico non copre l'intera disciplina in materia di partecipazioni pubbliche e di società partecipate. Come altrove sottolineato, infatti, la normativa in questione "[...] non va a rimpiazzare per intero la pregressa disciplina, ma si inserisce nel complesso mosaico in cui si articola lo 'statuto normativo speciale in materia di società pubbliche', ponendosi accanto ad altre tessere del medesimo mosaico e che corrispondono a norme, esterne al Tuspp, che non sono state abrogate da quest'ultimo [...]". Il d. lgs. n. 175/2016, contiene, inoltre, previsioni che vanno anche oltre gli aspetti societari. In definitiva, il Tuspp "gioca certamente un ruolo di rilievo e di primo piano, ma pur sempre quale frammento di un sistema più ampio, che continua a dover essere costruito nella sua completezza ed interezza"<sup>5</sup>.

Tornando alle ragioni alla base della delega in materia di partecipate, oltre alle esigenze di natura formale, la legge delega ha inciso anche sulla natura sostanziale e strutturale dell'istituto delle società a partecipazione pubblica: il Testo unico che ne è seguito non ha operato un riordino esclusivamente compilativo della disciplina delle società partecipate, ma ha realizzato alcune modifiche relative sia alle modalità di costituzione delle società partecipate, sia alle finalità cui sono preordinate<sup>6</sup>.

Nell'attribuire le diverse deleghe sopra menzionate, la legge elenca gli obiettivi, che fungono al tempo stesso da principi e criteri direttivi cui i testi unici

---

<sup>5</sup> DONATIVI V., *Le società a partecipazione pubblica*, Assago, Wolters Kluwer, 2016, p. 7 s.

<sup>6</sup> LACCHINI M.; MAURO C.A., *La gestione delle società partecipate alla luce del nuovo Testo Unico. Verso un nuovo paradigma pubblico-privato*, cit., p. 31.



corrispondenti debbono attenersi. Alcuni sono di carattere generale e relativi a tutte le deleghe attribuite dalla legge; altri sono riferiti nello specifico alla singola delega presa in considerazione.

I criteri generali e comuni all'esercizio di tutte e tre le deleghe disposte nella l. n. 124/2015 sono elencati nell'art. 16, comma 2. Nello specifico, nel richiedere al Governo l'elaborazione dei testi unici per ciascuna materia è espressamente indicato che le modifiche da apportare devono essere quelle strettamente necessarie per il coordinamento formale e sostanziale delle disposizioni legislative vigenti e sempreché siano finalizzate a garantire la coerenza giuridica, logica e sistematica della normativa e ad adeguare, aggiornare e semplificare il linguaggio normativo. Nella stessa ottica di armonizzazione e riordino delle discipline, poi, si dispone ulteriormente quale criterio direttivo generale la risoluzione delle antinomie in base ai principi dell'ordinamento e alle discipline generali regolatrici della materia, nonché l'indicazione esplicita delle norme abrogate, salva l'applicazione dell'articolo 15 delle disposizioni sulla legge in generale premesse al codice civile.

L'art. 18 della l. n. 124/2015, invece, si sofferma sui numerosi criteri e obiettivi, "che si aggiungono a quelli di cui all'art. 16" e appositamente indicati per l'esercizio della delega relativa alle partecipazioni pubbliche.

In via preliminare, anche in questa sede è definito quale fine prioritario della delega in materia di partecipazioni societarie di amministrazioni pubbliche quello di "assicurare la chiarezza della disciplina e la semplificazione normativa". Pertanto, compito primario, ma non esaustivo, del Testo unico sono stati innanzitutto la riorganizzazione coerente e il coordinamento razionale della

normativa vigente rispetto alla frammentarietà della disciplina precedente in tema di c.d. società partecipate<sup>7</sup>.

In particolare, è in questa sede che si possono cogliere chiaramente le innovazioni di natura sostanziale promosse dalla legge nella disciplina delle società partecipate<sup>8</sup>. Infatti, valutando i singoli criteri elencati nell'articolo emergono indicazioni quali: la distinzione tra tipi di società e l'individuazione della relativa disciplina, anche in base al principio di proporzionalità delle deroghe rispetto alla disciplina privatistica; 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, quali la gestione di servizi di interesse economico generale; e applicazione dei principi anche alle partecipazioni pubbliche già in essere.

Per quanto concerne, infine, l'ambito di applicazione del Testo unico, le norme hanno ad oggetto la costituzione di società da parte di amministrazioni pubbliche, nonché l'acquisto, il mantenimento e la gestione di partecipazioni da parte di tali amministrazioni, in società a totale o parziale partecipazione pubblica, diretta o indiretta. In ordine alle società quotate ed alle società da esse

---

<sup>7</sup> Espressione questa tecnicamente incompleta, e pertanto impropria, laddove sottintende la natura pubblica della partecipazione. Ad ogni modo, si tratta di una locuzione utilizzata nel linguaggio comune in materia.]

<sup>8</sup> A tal proposito commentano efficacemente MAURO A., ANTONICELLI G. in LACCHINI M., MAURO C.A. (a cura di), *La gestione delle società partecipate alla luce del nuovo Testo Unico. Verso un nuovo paradigma pubblico-privato*, Torino, Giappichelli Editore, 2018, p. 33 s., che "[...] Invero, la disciplina delle società partecipate subisce una riscrittura, per conformare quest'ultima ai nuovi criteri e limiti posti nella legge delega n. 124/2015, al fine di adattare sia alle società di nuova costituzione sia alle società già operanti le nuove disposizioni inerenti i criteri per 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. A tali modifiche, devono essere aggiunte le disposizioni adottate con particolare riferimento, ex multis, ad un nuovo modo di ridisegnare il regime di responsabilità degli amministratori, agli emendamenti afferenti sia il rapporto di lavoro dei dipendenti con le pubbliche amministrazioni sia i rapporti con la dirigenza pubblica".

partecipate, a meno che queste ultime siano, non mediante le società quotate, controllate o partecipate da amministrazioni pubbliche, le disposizioni del Testo unico si applicano solo nei casi in cui ciò è espressamente previsto.

## **1.2. La legge delega e gli obiettivi**

L'art. 18 della legge delega n. 124/2015 indica specifici criteri di delega, cui vanno ad aggiungersi i criteri generali comuni per l'esercizio delle tre deleghe di cui agli artt. 18, 19 e 19, come previsto dall'art. 16. Il suddetto art. 18 individua una serie di principi e criteri direttivi cui il legislatore ha dovuto necessariamente dare attuazione. Anzitutto, alla lett. a) vi è la necessità di distinguere tra le diverse tipologie di società in relazione, tra l'altro, all'attività esercitata, alla misura ed alla qualità della partecipazione, al carattere diretto o indiretto della stessa, alle modalità con cui è avvenuto l'affidamento, nonché alla quotazione in borsa o all'emissione di strumenti finanziari quotati nei mercati regolamentati<sup>9</sup>.

La lett. b), invece, segnala la necessità di ridefinire le regole, i limiti e le condizioni per la costituzione di società a partecipazione pubblica oppure per l'assunzione o il mantenimento di partecipazioni in società da parte delle amministrazioni pubbliche. L'obiettivo generale è quello di razionalizzare un sistema che, precedentemente, era molto complesso e disorganico, informandolo a criteri di economicità ed efficienza<sup>10</sup>.

Vi è, poi, *sub* lett. c), l'esigenza di individuare criteri di responsabilità degli amministratori degli enti partecipanti, degli organi di gestione e degli organi di controllo, nonché del personale delle società partecipate. Altro obiettivo, *sub* lett.

---

<sup>9</sup> CALCAGNILE M., *Principi e norme amministrative sui limiti di azione delle società a partecipazione pubblica locale*, in *Foro Amministrativo TAR*, 11, 2012, p. 3716.

<sup>10</sup> Cfr., sul punto, LACCHINI M.; MAURO C.A., *La gestione delle società partecipate alla luce del nuovo Testo Unico. Verso un nuovo paradigma pubblico-privato*, cit., p. 39 SS.

d), è quello di fissare requisiti di onorabilità dei candidati e dei soggetti che compongono gli organi di amministrazione e di controllo societario, soprattutto con riguardo alla necessità di assicurare la loro autonomia ed indipendenza rispetto agli enti proprietari.

La lett. e), poi, indica la necessità di “razionalizzazione e rafforzamento dei criteri pubblicitici per gli acquisti e il reclutamento del personale, per i vincoli alle assunzioni e le politiche retributive, al fine di contenere i costi e di introdurre criteri obiettivi di valutazione che siano rapportati ai valori anche economici della gestione. A tal fine i risultati economici dovranno rilevare per la determinazione della parte variabile del compenso degli amministratori”.

Con particolare riguardo alle società partecipate dagli enti locali, poi, gli obiettivi fissati dalla legge delega alla lett. m) sono diversi a seconda della tipologia: per le società che gestiscono servizi strumentali e funzioni amministrative, si segnala la necessità di definire criteri per la scelta del modello societario e per l’internalizzazione; per quelle che gestiscono servizi pubblici di interesse economico generale, si segnala la necessità di individuare un numero massimo di esercizi con perdite di bilancio che determinino obblighi di liquidazione della società, nonché l’individuazione di criteri in grado di assicurare che tali società perseguano l’interesse pubblico senza distorsioni della concorrenza.

Si segnala, ancora, la necessità di procedere ad una “razionalizzazione delle partecipazioni societarie attraverso processi di aggregazione o attraverso la riduzione dell’entità e del numero delle partecipazioni stesse. Il decreto legislativo è chiamato a rafforzare le misure volte a garantire che gli obiettivi di efficienza, qualità ed economicità siano effettivamente perseguiti, e che nei rapporti finanziari tra enti locali e società partecipate siano rispettati gli equilibri di finanza pubblica e i principi di trasparenza amministrativa”<sup>11</sup>.

---

<sup>11</sup> Art. 18, lett. m), n. 3.

Emerge, in conclusione, anche la necessità di introdurre un sistema sanzionatorio, basato anche su una riduzione dei trasferimenti statali, per quegli enti locali che non attuano gli obiettivi di razionalizzazione e riduzione<sup>12</sup>.

In generale, da tali obiettivi emerge in maniera molto evidente l'esigenza di razionalizzare il sistema normativo, nonché quella di ottenere un utilizzo più razionale ed efficiente delle risorse pubbliche perseguendo il risparmio della spesa pubblica, obiettivo più facilmente raggiungibile al cospetto di un quadro normativo connotato da maggiore affidabilità e certezza. Infine, si evince anche la volontà di valorizzare la concorrenza, in quanto obiettivo fondamentale del diritto europeo, contenendo il fenomeno delle partecipate considerate con un certo sospetto visto la loro capacità di sottarsi alle regole della concorrenza<sup>13</sup>.

### **1.3. I livelli di partecipazione**

L'intervento normativo, come già sottolineato in precedenza, è chiaramente diretto a razionalizzare il fenomeno delle società partecipate, con particolare riguardo alle partecipate dagli enti locali. La crescente diffusione del fenomeno è da tempo all'attenzione del legislatore, e numerosi sono stati gli interventi che si sono succeduti nel corso degli anni, diretti ad evitare che il modello societario fosse utilizzato in maniera strumentale dagli enti locali per aggirare i vincoli ed i controlli di finanza pubblica cui sono assoggettati.

In secondo luogo, vi è anche l'esigenza di evitare che la posizione della società, in ragione del suo rapporto con l'ente pubblico, finisse con l'essere avvantaggiata

---

<sup>12</sup> Art. 18, lett. m), n. 5.

<sup>13</sup> Si veda, in tal senso, GOISIS F., *La strumentalità pubblicistica delle società a partecipazione pubblica: profili critici di diritto nazionale e comunitario e implicazioni di riparto di giurisdizione*, in *Diritto processuale amministrativo*, 4, 2011, p. 1366. L'Autore sostiene che le disposizioni che pongono limiti alle società partecipate sono espressione "di principi generali", a loro volta riassumibili "nella tutela della concorrenza tramite la restrizione dell'attività delle società in mano pubblica prive di specifici riconoscimenti legislativi alle competenze dell'ente partecipante".

sul mercato rispetto agli altri operatori del settore. Non è un caso che il legislatore, nel corso degli ultimi tempi, sia intervenuto anche nel settore degli affidamenti dei servizi pubblici locali e dei servizi strumentali, finalizzati anch'essi a contenere il vantaggio competitivo delle società partecipate che può risolversi in una distorsione della concorrenza.

Va segnalato, inoltre, che, considerato che l'equilibrio finanziario degli enti locali non può non tenere conto della situazione economico-finanziaria degli enti ai quali questi partecipino, si è avvertita l'esigenza di introdurre nell'ambito dei controlli degli enti locali anche il controllo delle società partecipate. Nel Rapporto sul coordinamento della finanza pubblica dell'anno 2015, la Corte dei Conti segnalava con preoccupazione la tendenza, da parte delle pubbliche amministrazioni, di esternalizzare i propri servizi, ricorrendo sempre più spesso a soggetti esterni<sup>14</sup>.

Le società partecipate operano tendenzialmente in quattro diversi ambiti: quello dei servizi strumentali, settore in cui forniscono beni e servizi quasi esclusivamente all'ente partecipante; quello dei servizi pubblici privi di rilevanza economica, settore in cui forniscono servizi alla cittadinanza; quello dei tradizionali servizi pubblici a rete, quali gas, elettricità, acqua, rifiuti e trasporto pubblico locale; infine, un ambito residuale, in cui le partecipate vendono beni e servizi al pubblico in mercati concorrenziali.

---

<sup>14</sup> Cfr. Corte dei Conti, Rapporto sul coordinamento della finanza pubblica, per il 2015, in cui si legge che "se è vero che gli obiettivi di finanza pubblica (come il contenimento della spesa) sono normalmente fissati con riferimento al perimetro delle amministrazioni pubbliche utilizzato in contabilità nazionale, il fenomeno crescente dell'affidamento di compiti e funzioni, strettamente connesse a quelle dei ministeri, ad enti e società esterne definisce un'area non immune da rischi di ricadute negative sul bilancio pubblico e che offre condizioni per comportamenti (nelle decisioni di spesa, come nella gestione del personale) più al riparo dai vincoli rigidi della politica di bilancio [...] La ricognizione degli esiti di tale adempimento di legge, effettuata dalla Corte al 31 gennaio 2015, ha evidenziato un'area di 320 soggetti "comunque denominati, istituiti, vigilati, controllati, partecipati e finanziati" dai ministeri: una lista che presenta solo parziali sovrapposizioni con gli elenchi Istat delle amministrazioni pubbliche, proprio in ragione dei criteri e delle finalità diverse delle due rilevazioni".

Il settore delle partecipate ha rappresentato, prima dell'intervento del legislatore, una vera e propria "giungla", in cui era difficile districarsi: numerosi, infatti, erano i casi di micropartecipazioni degli enti pubblici locali in società private, situazioni che erano di difficile spiegazione ed interpretazione. Se la partecipazione ha un senso soprattutto nel settore dei servizi pubblici a rete, negli altri settori il rischio, piuttosto concreto, è quello che la partecipazione dell'ente pubblico, soprattutto se si tratta di un ente locale, nasconda uno spreco di risorse e di denaro pubblico.

Si è osservato che "è soprattutto negli ultimi venticinque anni, però, che il fenomeno ha avuto un'accelerazione esponenziale, sia a livello statale, perché le privatizzazioni spesso sono state solo formali e perché si sono moltiplicati i provvedimenti legislativi istitutivi di singole società con soci e scopi pubblici; sia localmente, dove si è verificata una vera e propria corsa alla costituzione e all'utilizzo di società a partecipazione pubblica, nel settore dei servizi pubblici come in altri settori di azione delle amministrazioni locali. Il fenomeno - la cui quantificazione non è univoca, ma certamente va collocata nell'ordine delle svariate migliaia di enti societari partecipati da soggetti pubblici - ha spesso prodotto effetti negativi: incremento dei costi pubblici, alterazione della concorrenza, elusione di controlli e vincoli pubblicistici altrimenti applicabili"<sup>15</sup>. Nel rapporto del Commissario straordinario per la revisione della spesa del 2014, avente ad oggetto un "*Programma di razionalizzazione delle partecipate locali*", si sottolineava il fatto che da tempo si avvertiva la necessità di una razionalizzazione del settore ma per lungo tempo questa razionalizzazione era stata affidata ad interventi sporadici ed occasionali che avevano finito con il rendere ancora più incerto e disorganico il quadro normativo, contribuendo ad aumentare la confusione e le difficoltà per l'interprete.

---

<sup>15</sup> IBBA C., *Società a partecipazione pubblica*, in *Diritto on line*, 2019.

Per tale ragione, si sottolineava la necessità di restringere l'ambito di operatività delle partecipate, relegandole alla produzione di beni e servizi che il privato non può offrire, sotto la guida rigida dell'ente pubblico. Per tale ragione, si proponeva di limitare le partecipazioni indirette, le micropartecipazioni, le partecipazioni in perdita prolungata, oltre che il ridimensionamento degli affidamenti diretti: si trattava, infatti, di situazioni che spesso nascondevano sprechi delle risorse pubbliche.

Un'attenzione particolare era dedicata alle partecipate dagli enti locali<sup>16</sup>, quelle tradizionalmente più diffuse ed allo stesso tempo più utilizzate per lo spreco e la distorsione di risorse pubbliche. Il problema risiedeva soprattutto nella scarsa trasparenza delle società partecipate, soprattutto di quelle partecipate dagli enti locali, nelle quali era difficile capire la destinazione effettiva delle risorse pubbliche che venivano destinate, con il serio rischio di aggirare i principi di efficienza ed economicità che connotano tutta l'attività delle pubbliche amministrazioni.

Le società partecipate, poi, erano tradizionalmente accompagnate da un pregiudizio, dovuto al verificarsi di numerosi casi giunti all'attenzione delle cronache politiche, consistente nel fatto che esse erano considerate espressione di

---

<sup>16</sup> Cfr. Rapporto del Commissario straordinario per la revisione della spesa del 2014, *Programma di razionalizzazione delle partecipate locali*. Nel rapporto si legge che "il mondo delle partecipate delle amministrazioni locali (da qui in avanti "partecipate" ove non altrimenti indicato) è molto complesso per numero di operatori, interconnessioni esistenti tra questi e varietà delle attività svolte. Le partecipate hanno un ruolo essenziale per lo svolgimento delle funzioni degli enti locali, ma questo ruolo potrebbe essere perseguito in modo più efficiente e trasparente. Il programma di razionalizzazione qui proposto mira a efficientare il sistema, semplificarlo attraverso una riduzione del numero delle partecipate, aumentarne la trasparenza e ridurre i costi di amministrazione. Naturalmente, questi obiettivi, e gli strumenti per raggiungerli, non sono tra loro indipendenti. Strumenti di efficientamento, per esempio, possono portare allo sfoltimento del numero delle partecipate. Uno sfoltimento delle partecipate attraverso aggregazioni può consentire lo sfruttamento di economie di scala, con un aumento dell'efficienza. Migliorare la trasparenza del sistema facilita l'efficientamento delle partecipate, perché più trasparenza significa più pressione da parte della opinione pubblica. Inoltre, ridurre i costi di amministrazione rende il sistema più efficiente".



una sorta di ufficio di collocamento per politici amici che non avevano avuto la possibilità di ottenere incarichi istituzionali.

Sebbene fossero numerosi i dubbi e le perplessità che accompagnavano tale modello, le società partecipate hanno avuto una rapida diffusione nel corso degli anni, parallelamente al rafforzamento del potere politico dei sindaci e dei presidenti di provincia a seguito dell'entrata in vigore del meccanismo di elezione diretta. Le società partecipate, infatti, hanno progressivamente acquisito il ruolo di soggetti istituzionalmente deputati all'esercizio delle funzioni degli enti locali territoriali.

Tuttavia, nel corso degli ultimi anni la diffidenza nei confronti di tale modello societario è aumentata in maniera significativa, tanto da indurre il legislatore ha sottoporle a vincoli sempre più stringenti, con l'obiettivo, per un verso, di contenerne il fenomeno e, per altro verso, di adeguarlo alla normativa europea in materia, con particolare riguardo alla disciplina della concorrenza.

Resta il fatto che il numero delle società partecipate è sempre stato molto alto, in maniera del tutto ingiustificata. L'esistenza di molte società partecipate è stata spesso priva di giustificazione e adeguata motivazione, soprattutto al cospetto di una cornice normativa amministrativa che impone alla pubblica amministrazione una adeguata motivazione di ogni decisione, ivi compresa quella di procedere alla costituzione di una società partecipata dall'amministrazione. Molte società partecipate, dunque, sono state costituite con l'obiettivo di eludere vincoli inderogabili, quali il patto di stabilità oppure i vincoli relativi all'indebitamento, al personale ed ai contratti.

Tutti questi fattori, veri e propri profili critici, hanno indotto il legislatore a ripensare il "perimetro delle partecipate"<sup>17</sup>. Già prima della legge di stabilità del 2015 gli enti locali avrebbero dovuto ridurre il numero di partecipate, in quanto

---

<sup>17</sup> FARNETI G., *Il "male oscuro" della nostra pubblica amministrazione: un'analisi relativa alle società partecipate dagli enti locali*, in *Rivista della Corte dei Conti*, 3-4, 2014, p. 545

era emersa in tutta la sua drammaticità l'esigenza, per gli enti locali, di "ricostruire il quadro della legalità delle proprie partecipazioni"<sup>18</sup>.

Si avvertiva dunque il bisogno, da un lato, di ridurre il numero di partecipate e, dall'altro, di responsabilizzare maggiormente i soggetti preposti alla loro costituzione ed al loro controllo. Per lungo tempo, infatti, le partecipate erano soggette ad una deresponsabilizzazione diffusa, a causa della quale, anche in ragione della scarsa trasparenza, era sostanzialmente impossibile capire chi fosse il soggetto deputato alla costituzione ed al controllo, al fine di poter addossare una eventuale responsabilità. In un contesto siffatto, dunque, si è collocata la novella legislativa, che ha cercato di riportare chiarezza in un quadro normativo incoerente e disomogeneo<sup>19</sup>.

---

<sup>18</sup> FARNETI G., *Il nuovo perimetro delle società partecipate secondo la legge di stabilità*, in *Azienditalia*, 1, 2015.

<sup>19</sup> Come è stato osservato da IBBA C., *Società a partecipazione pubblica*, cit., "sul piano normativo, esso ha originato per anni tutta una serie di provvedimenti occasionali, chiamati a risolvere questo o quel problema contingente, ma caratterizzati, oltre che da una pochezza tecnica purtroppo desolante, dall'assoluta mancanza di una visione d'insieme del fenomeno. Ne è derivata una legislazione disordinata e contraddittoria, difficile da coordinare con il sistema del diritto societario e tale da lasciare alla giurisprudenza il compito, davvero ingrato, di dare risposta a numerosi problemi lasciati insoluti, individuando di volta in volta la disciplina - societaria, pubblicistica o "mista" - applicabile nel caso concreto".

## CAPITOLO II

### CLASSIFICAZIONI TIPOLOGICHE

#### **2.1. L'ambito soggettivo di applicazione: le tipologie di società a partecipazione pubblica**

L'ambito soggettivo di applicazione del d.lgs. n. 175/2016 si rinviene nell'art. 1, c. 1, che chiarisce che esso si applica alla *'costituzione di società da parte di amministrazioni pubbliche, nonché l'acquisto, il mantenimento e la gestione di partecipazioni da parte di tali amministrazioni, in società a totale o parziale partecipazione pubblica, diretta o indiretta'*<sup>20</sup>.

L'art. 2 rinvia poi alla nozione dettata dall'art. 1, c. 2, del d.lgs. n. 165/2001 che identifica tutti i soggetti qualificabili come pubbliche amministrazioni; ad essi, il d.lgs. n. 175/2016 ha aggiunto i loro consorzi o associazioni istituiti per qualsiasi fine, gli enti pubblici economici e le autorità portuali.

L'aggiunta degli enti pubblici economici li rende assimilati alle amministrazioni pubbliche<sup>21</sup> superando il dibattito sulla possibilità di configurare le società da essi partecipate come società a partecipazione pubblica. Per il resto, l'art. 1 del d.lgs. n. 175/2016 comporta l'inclusione nella categoria delle "società pubbliche" anche società indirettamente partecipate, anche in via minoritaria, dalle pubbliche amministrazioni.

---

<sup>20</sup> D. lgs. n. 175/2016, art.1, co 1.

<sup>21</sup> Sia pure al limitato fine di assoggettarne le società partecipate alle regole del d.lgs. n. 175/2016.

Pertanto, è sufficiente una minima partecipazione di uno dei soggetti indicati dall'art. 1 perché la società interessata, e quelle relative al suo gruppo, debbano essere intese ricadenti nell'ambito soggettivo di applicazione del decreto.

A ciò si aggiunga che, le disposizioni del decreto conducono a una classificazione delle società pubbliche, che può essere sintetizzata come di seguito:

*(a) società a partecipazione pubblica che, in ragione delle loro finalità o del loro oggetto, possono essere costituite o, se esistenti, nelle quali può essere mantenuta la partecipazione;*

*(b) società a partecipazione pubblica esistenti che possono essere mantenute indipendentemente dal loro oggetto sociale, in quanto inserite nell'Allegato A del decreto:*

*(c) società "quote";*

*(d) società che, in ragione delle loro finalità o del loro oggetto, non possono essere costituite e devono essere dismesse, liquidate o comunque interessate da un procedimento di alienazione delle partecipazioni.*

## **2..2. Presupposti formali**

L'art. 3 del Testo unico delle società partecipate dispone che "Le amministrazioni pubbliche possono partecipare esclusivamente a società, anche consortili, costituite in forma di società per azioni o di società a responsabilità limitata, anche in forma cooperativa. Nelle società a responsabilità limitata a controllo pubblico l'atto costitutivo o lo statuto in ogni caso prevede la nomina dell'organo di controllo o di un revisore. Nelle società per azioni a controllo pubblico la revisione legale dei conti non può essere affidata al collegio sindacale".

Il comma 1 dell'art. 3, dunque, individua i tipi di società nei quali è ammessa la partecipazione pubblica. Il legislatore, in particolare, ha deciso di limitare in maniera significativa i tipi societari che possono essere utilizzati, vincolando l'autonomia delle amministrazioni pubbliche in ordine all'investimento in

partecipazioni ed allo stesso tempo individuando in maniera precisa le diverse discipline normative che troveranno applicazione, circoscrivendole a quelle dei tipi societari ammessi.

Ne deriva che il legislatore ha dato vita ad un vero e proprio diritto societario speciale, capace di regolare in maniera più o meno derogatoria, o anche semplicemente integrativa rispetto a quello comunque, i profili organizzativi, di gestione e di funzionamento delle società.

Il legislatore, tra l'altro, ha chiarito in maniera perentoria che "per tutto quanto non derogato dalle disposizioni del presente decreto, si applicano alle società a partecipazione pubblica le norme sulle società contenute nel codice civile e le norme generali del diritto privato"<sup>22</sup>, con l'evidente intento di "porre un freno a preesistenti orientamenti dottrinali e giurisprudenziali, secondo i quali la disciplina societaria risulterebbe applicabile solo se compatibile con le discipline pubblicistiche di volta in volta richiamate dagli interessi in gioco, e sulla base della quale deve dirsi all'opposto che, in assenza di norme di legge derogatorie, eventuali discipline "pubblicistiche" o comunque extra-societarie risulteranno applicabili solo se compatibili con quella societaria, ovvero solo se non contrastino con norme societarie imperative"<sup>23</sup>.

---

<sup>22</sup> Art. 1, comma 3, del TUSPP.

<sup>23</sup> IBBA C., *Società a partecipazione pubblica*, cit., il quale osserva ulteriormente che "questa conclusione trova ulteriore supporto nel «principio di proporzionalità delle deroghe rispetto alla disciplina privatistica», specificamente dettato dalla legge-delega in materia di disciplina delle società a partecipazione pubblica (art. 18, lett. a, l. n. 124/2015); principio che legittima le sole deroghe al diritto comune necessarie ad assicurare la tutela degli interessi pubblici di volta in volta perseguiti. La riconduzione al diritto comune è confermata con riferimento alla disciplina della crisi d'impresa, posto che l'art. 14, co. 1 - rimuovendo alcuni dubbi emersi nella giurisprudenza di merito - sancisce la soggezione di tutte le società a partecipazione pubblica (incluse quelle in house: e v. l'art. 14, co. 6; nonché Cass. 7.2.2017, n. 3196), là dove ne ricorrano i presupposti, al fallimento e alle altre procedure concorsuali. Non mancano peraltro disposizioni speciali che, in caso di dissesto della società, pongono limiti al "soccorso finanziario" da parte del socio pubblico (art. 14, co. 5), come pure disposizioni - non ancora rinvenibili in norme scritte di diritto comune - che pongono a carico dell'organo amministrativo precisi doveri nelle situazioni di crisi o pre-crisi (art. 14, co. 2, 3 e 4, peraltro dettati non per tutte le società a partecipazione pubblica ma solo per quelle a controllo pubblico)".

Sotto il profilo formale, comunque, il richiamo alle società anche consortili, costituite in forma di società per azioni o di società a responsabilità limitata, anche in forma cooperativa, non pone particolari problemi, trattandosi di società la cui individuazione è assolutamente pacifica. Pare dunque opportuno soffermarsi sul profilo sostanziale, di cui all'art. 4 del Testo unico.

### **2..3. Presupposti sostanziali**

L'art.4 individua le condizioni ed i limiti che circoscrivono il perimetro di costituzione delle società partecipate pubbliche, a titolo di partecipazione diretta o indiretta, oppure per l'acquisizione o il mantenimento di partecipazioni anche di minoranza. A seguito della proposta della Conferenza unificata<sup>24</sup>, il legislatore ha deciso di escludere dall'ambito di applicazione dell'art. 4 le società finanziarie regionali<sup>25</sup>.

L'art. 4, comma 1, introduce un limite di carattere generale, stabilendo che "Le amministrazioni pubbliche non possono, direttamente o indirettamente, costituire società aventi per oggetto attività di produzione di beni e servizi non strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali, né acquisire o mantenere partecipazioni, anche di minoranza, in tali società". Il legislatore, dunque, circoscrive l'ambito di applicazione delle società a partecipazione pubblica, chiarendo che esse devono necessariamente avere ad oggetto attività di produzione di beni e servizi strettamente necessarie per il perseguimento degli obiettivi propri dell'ente.

---

<sup>24</sup> Formulata con riferimento all'A.G. n. 297.

<sup>25</sup> "Le finanziarie regionali sono società di capitali che perseguono finalità pubbliche di supporto al sistema produttivo e di sviluppo economico, imprenditoriale e occupazionale regionale, svolgendo, tra l'altro, attività di concessione di finanziamenti nei confronti del pubblico, attività per la quale parecchie di esse hanno ottenuto l'iscrizione all'Albo degli intermediari finanziari. In taluni casi le finanziarie regionali provvedono alla gestione di fondi pubblici e alla erogazione di finanziamenti pubblici per conto delle Regioni, operando come società strumentali in house":

Tale disposizione, dunque, introduce un vincolo di scopo ed un vincolo di attività<sup>26</sup>. In particolare, queste sono le attività individuate dal legislatore che legittimano, nei limiti di cui sopra, la possibilità di creare società partecipate: a) produzione di un servizio di interesse generale, ivi inclusa la realizzazione e la gestione delle reti e degli impianti funzionali ai servizi medesimi; b) progettazione e realizzazione di un'opera pubblica sulla base di un accordo di programma fra amministrazioni pubbliche, ai sensi dell'articolo 193 del decreto legislativo n. 50 del 2016; c) realizzazione e gestione di un'opera pubblica ovvero organizzazione e gestione di un servizio d'interesse generale attraverso un contratto di partenariato di cui all'articolo 180 del decreto legislativo n. 50 del 2016, con un imprenditore selezionato con le modalità di cui all'articolo 17, commi 1 e 2; d) autoproduzione di beni o servizi strumentali all'ente o agli enti pubblici partecipanti o allo svolgimento delle loro funzioni, nel rispetto delle condizioni stabilite dalle direttive europee in materia di contratti pubblici e della relativa disciplina nazionale di recepimento; e) servizi di committenza, ivi incluse le attività di committenza ausiliarie, apprestati a supporto di enti senza scopo di lucro e di amministrazioni aggiudicatrici di cui all'articolo 3, comma 1, lettera a), del decreto legislativo n. 50 del 2016.

Per quanto concerne, in particolare, i servizi di interesse generale, la giurisprudenza ha chiarito che “è fondamentale, affinché il servizio espletato possa ritenersi servizio di interesse generale, che il socio pubblico sia in grado di esercitare i propri diritti di azionista, condizionando la strategia societaria, eventualmente in modo congiunto con altri enti pubblici, al fine di indirizzare la gestione della società partecipata. Nel caso in cui la partecipazione dell'ente sia

---

<sup>26</sup> Cfr., sul punto, CERULLI IRELL V., LIBERTINI M. I., *Iniziativa economica pubblica e società partecipate*, Milano, Egea, 2019, p. 48 ss.; MARASÀ G., *I limiti all'assunzione e al mantenimento delle partecipazioni sociali. Profili generali*, in IBBA C., DEMURO I. (a cura di), *Le società a partecipazione pubblica*, Bologna, Zanichelli, 2018, p. 26 ss.

minoritaria (ed in assenza di altri soci pubblici, che consentano il controllo della società), la partecipazione dell'Ente pubblico assume nei fatti le caratteristiche di un semplice sostegno finanziario ad un'attività di impresa, che si realizza tramite la sottoscrizione di parte del capitale, ma che non si accompagna alla possibilità di indirizzarla verso finalità di interesse pubblico"<sup>27</sup>.

Il comma 3, poi, introduce una deroga al limite generale di partecipazione pubblica previsto dal comma 1, con l'obiettivo di promuovere la valorizzazione dei beni immobili che fanno già parte del patrimonio delle pubbliche amministrazioni. Solo per raggiungere tali finalità, infatti, il legislatore ha ammesso la possibilità di acquisire partecipazioni in società, tramite il conferimento di beni immobili, con l'obiettivo di realizzare un investimento secondo criteri propri di un qualsiasi operatore di mercato.

In generale, dunque, pare evidente come il legislatore abbia inteso delineare una cornice normativa più certa e stabile, soprattutto in grado di circoscrivere il fenomeno delle partecipate pubbliche entro un perimetro assai più stringente e, soprattutto, più facilmente controllabile.

---

<sup>27</sup> Corte dei Conti, Sezione Controllo, Puglia, 30 maggio 2018, n. 75, in *giustizia-amministrativa.it*. La dottrina ha segnalato che "attorno ai servizi di interesse generale si discute dalla nascita della Comunità europea. Sin dai suoi albori, infatti, si registra il braccio di ferro tra l'aspirazione tutta europea alla affermazione di sistemi autenticamente concorrenziali e la volontà degli Stati membri a salvaguardare la potestà dello Stato nazionale di garantire ai propri cittadini servizi di qualità offerti a prezzi calmierati": D. GALLO, *I servizi di interesse economico generale. Stato, mercato e welfare nel diritto dell'Unione europea*, Milano, Giuffrè, 2010, p. 79. I servizi di interesse generale «designano attività soggette ad obblighi specifici di servizio pubblico proprio perché considerate di interesse generale dalla autorità pubbliche. Sotto questa voce si ritrovano sia attività di servizio non economico (sistemi scolastici obbligatori, protezione sociale ma anche le funzioni inerenti alla potestà pubblica come la sicurezza, giustizia, la difesa ed altro) ma si ritrovano anche attività di servizio cosiddette di interesse economico generale»: *ivi*, p. 80



### 2.3.1 Le sottocategorie in base alla misura e qualità della partecipazione pubblica. Le società di controllo pubblico

Al fine di individuare le società a controllo pubblico è necessario fare riferimento all'art. 2, comma 1, lett. b), secondo cui si intende, per "controllo", "la situazione descritta nell'articolo 2359 del codice civile<sup>28</sup>. Il controllo può sussistere anche quando, in applicazione di norme di legge o statutarie o di patti parasociali, per le decisioni finanziarie e gestionali strategiche relative all'attività sociale è richiesto il consenso unanime di tutte le parti che condividono il controllo".

Lo statuto speciale di tali particolari tipologie di società è fortemente incentrato sulla *governance*. Il legislatore, anzitutto, si preoccupa di integrare la definizione di cui all'art. 2349 c.c., non considerandolo del tutto idoneo a ricomprendere le varie fattispecie del fenomeno del controllo. In particolare, nell'ipotesi in cui lo statuto attribuisca al socio pubblico la possibilità di nominare uno o più componenti o revocare uno o più componenti degli organi sociali, il legislatore, all'art. 9, comma 7, del Testo unico, ha stabilito che i relativi atti sono efficaci dalla

---

<sup>28</sup> "Sono considerate società controllate: 1) le società in cui un'altra società dispone della maggioranza dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria; 2) le società in cui un'altra società dispone di voti sufficienti per esercitare un'influenza dominante nell'assemblea ordinaria; 3) le società che sono sotto influenza dominante di un'altra società in virtù di particolari vincoli contrattuali con essa. Ai fini dell'applicazione dei numeri 1) e 2) del primo comma si computano anche i voti spettanti a società controllate, a società fiduciarie e a persona interposta: non si computano i voti spettanti per conto di terzi. Sono considerate collegate le società sulle quali un'altra società esercita un'influenza notevole. L'influenza si presume quando nell'assemblea ordinaria può essere esercitato almeno un quinto dei voti ovvero un decimo se la società ha azioni quotate in mercati regolamentati". Tradizionalmente si suole distinguere il controllo di diritto da quello di fatto. Il primo è descritto al n. 1 dell'articolo in commento ed è la configurazione pratica più evidente attraverso la quale la direzione ed il coordinamento (su questi concetti v. commento sub art. 2497) dell'impresa controllata è assoggettata all'indirizzo impresso dal socio maggioritario: vale a dire il caso in cui una società "dispone" direttamente o in via indiretta (tramite cioè altre società controllate, società fiduciarie o per interposta persona, in base al 2° co. dell'articolo in esame) della maggioranza dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria di un'altra società. Il controllo di fatto è contemplato invece al n. 2, ed attiene all'ipotesi in cui il controllo sull'impresa è esercitato pur sempre tramite il potere di disposizione delle azioni sociali (diretto od indiretto, ed anche in questo caso la descrizione legale della disposizione indiretta dei voti è quella recata dal 2° co.), ma con una percentuale diversa da quella maggioritaria".

data di ricevimento, da parte della società, della comunicazione dell'atto di nomina o di revoca. Inoltre, l'art. 9, comma 8, stabilisce che in tali ipotesi la mancanza o invalidità dell'atto deliberativo interno di nomina o di revoca rileva come causa di invalidità dell'atto di nomina o di revoca anche nei confronti della società<sup>29</sup>.

Nonostante il legislatore abbia cercato di individuare le caratteristiche fondamentali delle società a controllo pubblico, la loro concreta individuazione e definizione, in giurisprudenza, è tradizionalmente stata molto controversa.

---

<sup>29</sup> "Venendo alla cessazione dalla carica, vanno qui ricordate le disposizioni del d.l. 16.5.1994, n. 293 (artt. 1, 3 e 6), le quali - dopo aver stabilito che gli organi «di amministrazione attiva, consultiva e di controllo» di enti pubblici e persone giuridiche a prevalente partecipazione pubblica alla cui nomina abbia concorso la parte pubblica, se non rinnovati entro il termine di scadenza del mandato, possono operare in regime di prorogatio per non più di quarantacinque giorni e limitatamente agli «atti di ordinaria amministrazione» e agli «atti urgenti e indifferibili» - sanzionano con la nullità sia tutti gli atti posti in essere oltre il quarantacinquesimo giorno, sia quelli compiuti nel termine di prorogatio ma privi dei requisiti indicati; sanzione che è persa in contrasto con i principi della prima direttiva Ce in materia societaria, volta a proteggere gli interessi dei terzi assicurando la stabilità degli atti compiuti dagli organi sociali (e che è sfociata, fra l'altro, nella previsione di cui all'art. 2383, ult. co., c.c., poc'anzi richiamata), tanto da indurre a prospettare quanto meno un'interpretazione correttiva conforme al diritto comunitario, in virtù della quale il "vizio" consistente nel mancato rispetto della disciplina della prorogatio sia opponibile ai terzi solo previa dimostrazione della sua conoscenza da parte loro. Sul punto il testo unico afferma che il citato d.l. n. 293/1994 si applica «agli organi di amministrazione e controllo delle società in house» (così l'art. 11, co. 15), lasciando intendere - peraltro sul piano di una mera argomentazione a contrario - che esso non si applichi più, come originariamente, a tutte le società a prevalente partecipazione pubblica": così C. IBBA, *Società a partecipazione pubblica*, cit.

## CAPITOLO III

### LE SOTTOCATEGORIE IN BASE ALLA MISURA E QUALITÀ DELLA PARTECIPAZIONE PUBBLICA. LE SOCIETÀ DI CONTROLLO PUBBLICO

#### 3.1. Questioni controverse e giurisprudenza

Il legislatore, dunque, individua la nozione di controllo mutuandola dalla disciplina civilistica, senza tuttavia specificare, in concreto, in che modo debba essere esercitata tale forma di controllo. Già prima dell'intervento del legislatore con l'introduzione del Testo unico delle società partecipate da enti pubblici, la giurisprudenza e la prassi del M.E.F. hanno progressivamente ampliato la nozione di società a controllo pubblico, riconoscendo tale *status* a tutte quelle diverse pubbliche amministrazioni che esercitano tale controllo "congiuntamente e mediante comportamenti concludenti, pure a prescindere dall'esistenza di un coordinamento formalizzato".

L'Autorità Nazionale Anticorruzione<sup>30</sup> ha rilevato che, alla luce del mutato contesto normativo, rientrano, nell'ambito delle società a controllo pubblico, oltre alle società in cui un'altra società dispone della maggioranza dei voti esercitabili in assemblea ordinaria ed alle società in cui un'altra società dispone dei voti sufficienti ad esercitare un'influenza dominante nell'assemblea ordinaria, anche quelle situazioni in cui una società si trova sotto l'influenza dominante di un'altra società per effetto di particolari vincoli contrattuali stipulati con quest'ultima.

L'ANAC, poi, chiarisce che rientrano tra le società a controllo pubblico anche quelle a controllo congiunto, ossia le società in cui il controllo ai sensi dell'art.

---

<sup>30</sup> ANAC, Determinazione 8 novembre 2017, n. 1134.

2359 c.c. viene esercitato da una pluralità di amministrazioni, ivi compresi gli enti pubblici economici, anche per ragioni di carattere sostanziale.

Quanto ai vincoli contrattuali che possono ingenerare situazioni di controllo pubblico, essi sono del tutto indipendenti, secondo l'ANAC, dall'eventuale possesso di partecipazioni oppure dalla materiale disponibilità del diritto di voto nell'assemblea della controllata a favore della controllante. Tale ipotesi di controllo non nasce e non si realizza, dunque, nell'assemblea, essendo piuttosto il frutto di un condizionamento oggettivo ed esterno dell'attività sociale.

La giurisprudenza successiva all'introduzione del Testo unico ha progressivamente ampliato la nozione di controllo pubblico, fino a riconoscere la fattispecie anche nell'ipotesi di una "società in cui una o più – congiuntamente – amministrazioni pubbliche esercitano poteri di controllo, estendendo, dunque, la nozione anche alla società a partecipazione pubblica frazionata, in cui nessuna amministrazione pubblica detiene la maggioranza del capitale sociale, pur in assenza di patto parasociale o di analogo strumento di costituzione di una maggioranza stabile"<sup>31</sup>.

Il parametro di riferimento considerato prevalente è tradizionalmente stato, quindi, non tanto il concreto potere di direzione, quanto, piuttosto, l'ammontare della quota di percentuale in mano pubblica. Nel corso degli ultimi tempi, tuttavia, la giurisprudenza ha focalizzato l'attenzione su elementi sostanziali e non meramente formali, verificando la sussistenza di attività concrete di direzione esercitate dal soggetto pubblico che partecipa alla società "controllata". In tal senso si è espressa una recente pronuncia della Corte dei Conti secondo cui "l'accertamento della sussistenza dello status di "società a controllo pubblico" non può essere desunto dai meri indici costituiti dalla maggioranza di azioni e di consiglieri nel C.d.A. ma richiede precipua attività istruttoria volta a verificare

---

<sup>31</sup> Corte dei Conti, Sezione Controllo, Liguria, 11 gennaio 2018, n. 3, in *giustizia-amministrativa.it*.

se, nel caso concreto, sussistano le condizioni richieste dall'art. 2, lett. b) del Tusp"<sup>32</sup>.

La giurisprudenza distingue la nozione di controllo civilistica da quella richiesta dal legislatore per la verifica della sussistenza di una ipotesi di controllo pubblico: tale ultima nozione deve intendersi nel senso che per la definizione di "società partecipate a controllo pubblico ... la situazione di controllo pubblico non può essere presunta in presenza di "comportamenti univoci o concludenti" ma deve risultare esclusivamente da norme di legge, statutarie e da patti parasociali che, richiedendo il consenso unanime di tutte le pubbliche amministrazioni partecipanti, siano in grado di incidere sulle decisioni finanziarie e strategiche della società"<sup>33</sup>.

In altri termini, la giurisprudenza ritiene che "con riferimento specifico alla nozione di società partecipata a controllo pubblico il TUSP, oltre a richiamare la nozione di controllo prevista all'art. 2359 del codice civile, aggiunge un'ulteriore ipotesi di controllo nella seconda parte della lettera b) del comma 1 dell'art. 2 che stabilisce che "Il controllo può sussistere anche quando, in applicazione di norme di legge o statutarie o di patti parasociali, per le decisioni finanziarie e gestionali strategiche relative all'attività sociale è richiesto il consenso unanime di tutte le parti che condividono il controllo"<sup>34</sup>.

---

<sup>32</sup> Corte dei Conti, SS.UU., 22 maggio 2019, n. 16, in *giustizia-amministrativa.it*, sulle società partecipate a controllo pubblico. La Corte riconosce la sussistenza di un vero e proprio dibattito giurisprudenziale sul punto: "non può peraltro ignorarsi la rilevanza del contrasto registrato sul punto, sia per l'autorevolezza degli orientamenti espressi (che fa rilevare divergenze tra le Sezioni riunite in sede giurisdizionale della Corte dei conti alle Sezioni riunite in sede di controllo, oltre a coinvolgere il Consiglio di Stato e la struttura ex art. 15 del Testo unico) sia per le potenziali implicazioni connesse alla soluzione che dovesse prevalere; considerazioni, queste, che evidenziano l'urgenza di rimuovere l'incertezza qualificatoria sul punto, e con essa il rischio di vedere, a seconda dei casi, ampliata o ridotta (in base alla prospettiva adottata dall'interprete e ai presupposti da cui si muove) la platea del comparto società a controllo pubblico, in netto contrasto con gli intendimenti del legislatore del Testo unico (mosso dalla dichiarata preoccupazione di assicurare la chiarezza delle regole e la semplificazione normativa)".

<sup>33</sup> Corte dei Conti, SS.UU., 22 maggio 2019, n. 16, cit.

<sup>34</sup> Corte dei Conti, SS.UU., 22 maggio 2019, n. 16, cit.

Ne deriva che il controllo pubblico non si verifica in presenza di fatti concludenti, ma solo ed esclusivamente la presenza di norme di legge, di norme statutarie e di patti parasociali. Una recentissima sentenza assai innovativa ha ulteriormente precisato che “le disposizioni di cui all’art. 2359 c.c. non sono di per sé decisive al fine di valutare il controllo societario da parte di una pluralità di amministrazioni pubbliche, poiché la norma civilistica “in modo chiaro e univoco individua fattispecie tipiche di controllo operato da una società nei confronti di un’altra società”; la situazione di controllo da parte di amministrazioni pubbliche non può essere presunta in presenza di comportamenti univoci e concludenti ma deve risultare esclusivamente da norme di legge, statutarie o da patti parasociali che, richiedendo il consenso unanime di tutte le pubbliche amministrazioni partecipanti, siano in grado di incidere sulle decisioni finanziarie e strategiche della società; tanto più che ... sotto il profilo normativo, nessuna disposizione prevede espressamente che gli enti detentori di partecipazioni debbano provvedere alla gestione delle partecipazioni in modo associato e congiunto: l’interesse pubblico che le stesse sono tenute a perseguire, infatti, non è necessariamente compromesso dall’adozione di differenti scelte gestionali o strategiche che ben possono far capo a ciascun socio pubblico in relazione agli interessi locali di cui sono esponenziali”<sup>35</sup>.

Queste difficoltà interpretative, comunque, hanno di recente indotto il Dipartimento per gli Affari Interni e Territoriali del Ministero dell’Interno a sollecitare un intervento del legislatore in grado di chiarire in maniera più effettiva e concreta la nozione di società a controllo pubblico, soprattutto con riguardo “le società aventi totale o prevalente capitale pubblico frazionato tra una pluralità di amministrazioni nessuna delle quali in grado di esercitare un controllo individuale, ancorché tra le medesime non sussista un vincolo legale,

---

<sup>35</sup> Corte dei Conti, SS.UU., 22 maggio 2019, n. 16, cit.

statutario, parasociale o contrattuale e/o comunque un coordinamento formalizzato nel senso chiarito dall'art. 2, co. 1, lett. b), seconda parte del Testo unico"<sup>36</sup>.

### **3.2. Gli interessi sottesi alla disciplina**

La disciplina delle società a controllo pubblico, così come è stata delineata, pare chiaramente ispirata ad esigenze di contenimento della spesa pubblica, con l'obiettivo di prevenire gli abusi che si sono verificati in passato. Ciò è di tutta evidenza se si osserva la struttura e la composizione dell'organo amministrativo delle società a controllo pubblico: in tale prospettiva, infatti, si segnalano diverse previsioni.

Anzitutto, quelle di cui ai commi 2 e 3 dell'art. 11, da cui si evince che l'organo amministrativo deve essere costituito da un amministratore unico, fatta salva la possibilità di adottare un consiglio di amministrazione formato da tre o cinque membri, oppure di adottare il sistema monistico o quello dualistico, a seguito di delibera che sia motivata da specifiche ed adeguate esigenze organizzative, tenendo comunque conto dell'obiettivo del contenimento dei costi. Nella prassi le deroghe al consiglio di amministrazioni unipersonale sono diffusissime, lasciando chiaramente intendere un abuso di quelle specifiche ed adeguate esigenze organizzative di cui sopra.

Vi è, poi, la disposizione di cui al comma 9 dell'art. 11 del Testo unico, secondo cui gli statuti delle società a controllo pubblico prevedono altresì: a) l'attribuzione da parte del consiglio di amministrazione di deleghe di gestione a un solo amministratore, salva l'attribuzione di deleghe al presidente ove preventivamente autorizzata dall'assemblea; b) l'esclusione della carica di

---

<sup>36</sup> "Atto di indirizzo" ex art. 154, comma 2 d.lgs. n. 167/2000 del 12 luglio 2019, 12 luglio 2019.

vicepresidente o la previsione che la carica stessa sia attribuita esclusivamente quale modalità di individuazione del sostituto del presidente in caso di assenza o impedimento, senza riconoscimento di compensi aggiuntivi; c) il divieto di corrispondere gettoni di presenza o premi di risultato deliberati dopo lo svolgimento dell'attività, e il divieto di corrispondere trattamenti di fine mandato, ai componenti degli organi sociali; d) il divieto di istituire organi diversi da quelli previsti dalle norme generali in tema di società.

Rileva, ancora, il comma 6 del suddetto art. 11 che, demandandone una più puntuale definizione ad un successivo decreto ministeriale, fissa dei limiti ai compensi degli organi sociali e dei dirigenti<sup>37</sup>. Infine, è da segnalare la previsione di cui al comma 13 dell'art. 11 che limita la remunerazione dei componenti di comitati con funzioni consultive o di proposta, la cui costituzione è ammessa nei soli casi previsti dalla legge<sup>38</sup>.

---

<sup>37</sup> Il testo del comma 6 dell'art. 11 del Testo unico è il seguente: "Con decreto del Ministro dell'economia e delle finanze, previo parere delle Commissioni parlamentari competenti, per le società a controllo pubblico sono definiti indicatori dimensionali quantitativi e qualitativi al fine di individuare fino a cinque fasce per la classificazione delle suddette società. Per le società controllate dalle regioni o dagli enti locali, il decreto di cui al primo periodo è adottato previa intesa in Conferenza unificata ai sensi dell'articolo 9 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281. Per ciascuna fascia è determinato, in proporzione, il limite dei compensi massimi al quale gli organi di dette società devono fare riferimento, secondo criteri oggettivi e trasparenti, per la determinazione del trattamento economico annuo onnicomprensivo da corrispondere agli amministratori, ai titolari e componenti degli organi di controllo, ai dirigenti e ai dipendenti, che non potrà comunque eccedere il limite massimo di euro 240.000 annui al lordo dei contributi previdenziali e assistenziali e degli oneri fiscali a carico del beneficiario, tenuto conto anche dei compensi corrisposti da altre pubbliche amministrazioni o da altre società a controllo pubblico. Le stesse società verificano il rispetto del limite massimo del trattamento economico annuo onnicomprensivo dei propri amministratori e dipendenti fissato con il suddetto decreto. Sono in ogni caso fatte salve le disposizioni legislative e regolamentari che prevedono limiti ai compensi inferiori a quelli previsti dal decreto di cui al presente comma. Il decreto stabilisce altresì i criteri di determinazione della parte variabile della remunerazione, commisurata ai risultati di bilancio raggiunti dalla società nel corso dell'esercizio precedente. In caso di risultati negativi attribuibili alla responsabilità dell'amministratore, la parte variabile non può essere corrisposta".

<sup>38</sup> L'art. 11, comma 13, del Testo unico stabilisce che "Le società a controllo pubblico limitano ai casi previsti dalla legge la costituzione di comitati con funzioni consultive o di proposta. Per il caso di loro costituzione, non può comunque essere riconosciuta ai componenti di tali comitati alcuna remunerazione complessivamente superiore al 30 per cento del compenso deliberato per



Gli interessi sottesi alla disciplina, da individuare, come già sottolineato, in esigenze di contenimento della spesa pubblica e di evitare gli sprechi, non paiono tuttavia giustificare limiti così significativi all'autonomia statutaria ed organizzativa delle società considerate, soprattutto se si considera il fatto che anche nelle società pubbliche si manifestano le stesse esigenze eppure non sono presenti tutte queste limitazioni di carattere organizzativo e funzionale.

### **3.3. Le società in house, art. 16 TUSPP**

L'art. 16 del Testo unico disciplina le società *in house*. Al fine di comprendere l'intervento normativo, appare indispensabile individuare le società in house. L'*in house providing* rappresenta una problematica che interseca diversi settori e branche del diritto e dell'economia<sup>39</sup>. Si tratta di un istituto che ha origine e derivazione comunitaria, di matrice giurisprudenziale: il modello delle società *in house*, tuttavia, ha poi circolato, con sfumature diverse, nei vari Stati membri dell'Unione europea.

La giurisprudenza comunitaria, a partire dalla fine degli anni novanta del secolo scorso, ha cercato di definire particolari forme di affidamento nella gestione dei servizi pubblici di natura interna, ossia "quelle forme di affidamento capaci di escludere la sussistenza di un "canonico" rapporto giuridico tra le parti coinvolte"<sup>40</sup>.

---

la carica di componente dell'organo amministrativo e comunque proporzionata alla qualificazione professionale e all'entità dell'impegno richiesto".

<sup>39</sup> Per un primo inquadramento del fenomeno dell'*in house providing* si v., nella copiosa produzione bibliografica, MICHETTI E., *In house providing. Modalità, requisiti, limiti*, Milano, Giuffrè, 2012, p. 1 ss.

<sup>40</sup> GUZZO G., *Società miste e affidamenti in house nella più recente evoluzione legislativa e giurisprudenziale*, Milano, Giuffrè, 2009, p. 1, il quale parla, in proposito, di servizi pubblici di natura "domestica".

L'espressione "*in house*" comparve per la prima volta, in un atto ufficiale, per opera della Commissione europea, che utilizzò tale locuzione nel Libro Bianco del 1998, definendo tali modalità di gestione come quelle aggiudicate "all'interno della pubblica amministrazione, ad esempio tra amministrazione centrale e locale, o, ancora, tra una amministrazione e una società da questa controllata"<sup>41</sup>.

La Commissione, nell'occasione, era stata chiamata a fornire una serie di dettagli in merito al contenuto ed alla natura degli appalti che venivano aggiudicati all'interno delle amministrazioni, con particolare riguardo agli appalti tra amministrazione centrale ed amministrazione periferica oppure a quelli riguardanti una amministrazione ed una società da essa controllata.

Orbene, in siffatte ipotesi, la Commissione ritenne che l'affidamento doveva avvenire necessariamente seguendo i principi della c.d. evidenza pubblica. Con l'espressione evidenza pubblica, in particolare, viene identificata la caratteristica fondamentale del procedimento che l'amministrazione è tenuta a porre in essere nel momento in cui vuole addivenire alla stipulazione di un contratto pubblico. La Commissione non prese posizione in merito all'applicabilità di tali principi in caso di affidamento *in house*, preferendo che ad esprimersi sul punto fosse la Corte di Giustizia, che non si sottrasse al suo compito con la notissima sentenza *Teckal*.

La Corte di Giustizia, con la sentenza *Teckal*<sup>42</sup>, del 1999, ha sostenuto la necessità dell'applicazione della normativa europea in materia di appalti in presenza di un contratto che sia stato stipulato da una parte, ossia l'ente locale, e da un soggetto giuridico autonomo rispetto a quest'ultimo.

---

<sup>41</sup> Sul tema, CALLEA A., *Gli affidamenti "in house"*, in *Amministrare*, 3, 2006, p. 331.

<sup>42</sup> Corte di Giustizia, 8 novembre 1999, *Teckal*, causa C-107/98. Su tale pronuncia si v., tra gli altri, PADELLARO M., *Brevi notazioni a margine dei recenti sviluppi nella giurisprudenza comunitaria in tema di appalti in-house*, in *Rivista amministrativa degli appalti*, 4, 2005, p. 325 ss.

Ad avviso della Corte di Giustizia, il procedimento di formazione degli appalti pubblici deve seguire le regole proprie del diritto comunitario in materia di appalti nel momento in cui viene stipulato tra una amministrazione ed un soggetto da essa giuridicamente autonomo.

La Corte, tuttavia, nell'occasione individuò anche delle eccezioni, stabilendo che l'affidamento dell'appalto pubblico può avvenire diversamente nel caso in cui l'ente locale esercita, nei confronti della società affidataria, un controllo analogo a quello che normalmente esercita sui propri servizi, e la società affidataria realizza la maggior parte della propria attività con l'ente locale affidante o comunque con gli altri enti che la controllano<sup>43</sup>.

Sostanzialmente, dunque, ad avviso della Corte di Giustizia, la disciplina comunitaria in materia di appalti pubblici non trova applicazione in tutte quelle ipotesi in cui è assente un vero e proprio rapporto giuridico tra l'amministrazione affidante e l'ente affidatario, cosa che appunto si verifica nell'ambito dell'affidamento inter-organico, o *in house*.

La *ratio* della pronuncia della Corte di Giustizia, e di riflesso dell'*in house providing*, risiede nel fatto che, in presenza del requisito del controllo analogo e di quello dell'attività prevalente, è possibile considerare del tutto assente quell'alterità tra amministrazione affidante ed ente affidatario indispensabile per l'applicazione dei principi dell'evidenza pubblica.

La Corte di Giustizia, dunque, ha individuato, in occasione della sentenza Teckal, una serie di requisiti fondamentali per il perfezionarsi della fattispecie dell'*in house*. La giurisprudenza successiva alla sentenza Teckal ha avuto il merito di delineare in maniera assai più approfondita i requisiti che la Corte di Giustizia aveva enunciato in quell'occasione.

---

<sup>43</sup> Cfr., sul tema, FIENGO G., *Ulteriori sviluppi sull'in house providing*. Nota a CGCE Grande sezione 21 luglio 2005 (causa C-231/03); CGCE Grande sezione 13 ottobre 2005 (causa C-458/03), in *Rassegna avvocatura dello Stato*, 3, 2005, p. 44 ss.

Il primo requisito che deve essere analizzato è quello del "controllo analogo". Inizialmente, i giudici comunitari hanno sostenuto che il controllo analogo si verificasse *sic et simpliciter* in presenza di una partecipazione totalitaria dell'amministrazione pubblica nella società affidataria<sup>44</sup>. In particolare, nella nota pronuncia *Stadt Halle*, la Corte dovette affrontare un caso in parte diverso rispetto alla pronuncia *Teckal*: nell'occasione, infatti, l'*in house providing* riguardava l'appalto di servizi, di cui doveva essere giudicata la legittimità con riferimento ad una società a capitale misto<sup>45</sup>.

Ad avviso dei giudici comunitari, le amministrazioni pubbliche aggiudicatrici erano esonerate dal rispetto della disciplina comunitaria in materia di appalti pubblici nel caso in cui la società affidataria costituisse un organo dell'amministrazione aggiudicatrice stessa, per cui non era necessaria la conclusione di un contratto a titolo oneroso.

Coerentemente con la sentenza *Teckal*, poi, fu ribadito che la disciplina comunitaria in materia di appalti pubblici non trovava applicazione nel caso in cui l'amministrazione aggiudicatrice avesse esercitata sull'ente affidatario un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi<sup>46</sup>.

---

<sup>44</sup> In tal senso Corte di Giustizia, 11 gennaio 2005, *Stadt Halle*, C-26/03.

<sup>45</sup> Cfr. SCOTTI E., *Le società miste tra in house providing e partenariato pubblico privato: osservazioni a margine di una recente pronuncia della Corte di giustizia. Nota a CGCE sez. I 11 gennaio 2005 (causa C-26/03)*, in *Il Foro Amministrativo C.d.S.*, 3, 2005, p. 666 ss.

<sup>46</sup> In particolare, la Corte di Giustizia, al punto n. 50 della motivazione, si è così espressa nella sentenza *Stadt Halle*: "in conformità della giurisprudenza della Corte, non è escluso che possano esistere altre circostanze nelle quali l'appello alla concorrenza non è obbligatorio ancorché la controparte contrattuale sia un'entità giuridicamente distinta dall'amministrazione aggiudicatrice. Ciò si verifica nel caso in cui l'autorità pubblica, che sia un'amministrazione aggiudicatrice, eserciti sull'entità distinta in questione un controllo analogo a quello che essa esercita sui propri servizi e tale entità realizzi la parte più importante della propria attività con l'autorità o le autorità pubbliche che la controllano. Occorre ricordare che, nel caso sopra menzionato, l'entità distinta era interamente detenuta da autorità pubbliche. Per contro, la partecipazione, anche minoritaria, di un'impresa privata al capitale di una società alla quale partecipi anche l'amministrazione aggiudicatrice in questione esclude in ogni caso che tale amministrazione possa esercitare sulla detta società un controllo analogo a quello che essa esercita sui propri servizi".

Il controllo analogo, tuttavia, ad avviso della Corte, era possibile unicamente laddove la partecipazione nella società affidataria fosse interamente pubblica: nel caso di specie, invece, ciò non si verificava, considerato che la società affidataria era una società con capitale misto, pubblico-privato. Ne derivava, ad avviso dei giudici comunitari, che "l'attribuzione di un appalto pubblico ad una società mista pubblico-privata senza far appello alla concorrenza pregiudicherebbe l'obiettivo di una concorrenza libera e non falsata ed il principio della parità di trattamento degli interessati contemplato dalla direttiva 92/50, in particolare nella misura in cui una procedura siffatta offrirebbe ad un'impresa privata presente nel capitale della detta società un vantaggio rispetto ai suoi concorrenti"<sup>47</sup>.

La partecipazione privata al capitale della società affidataria, dunque, anche se minima, era considerata espressione di interessi privatistici nell'impresa, che avrebbero impedito all'amministrazione aggiudicatrice la possibilità di esercitare un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi. Sostanzialmente, quindi, la presenza di una partecipazione privata al capitale della società affidataria, anche se minima, rappresentava un ostacolo insormontabile alla presenza del requisito del controllo analogo e, dunque, all'applicazione della disciplina dell'in house.

Il requisito del controllo analogo è stato oggetto di una continua ridefinizione e reinterpretazione da parte della Corte di Giustizia, come testimoniato dalle conclusioni cui essa giunse nella sentenza *Parking Brixen*<sup>48</sup>, del 2005. In tale occasione, infatti, la Corte specificò che, affinché si potesse parlare di controllo analogo, era necessaria non solo una partecipazione totale al capitale della società

---

<sup>47</sup> Corte di Giustizia, 11 gennaio 2005, *Stadt Halle*, C-26/03.

<sup>48</sup> Si tratta di Corte di Giustizia, 13 ottobre 2005, *Parking Brixen*, C-458/03. Su tale pronuncia si v. SONCINI A., *Trasparenza ed effettività in materia di concessioni di servizi*. Nota a CGCE 21 luglio 2005 (causa C-231/03 e C-458/03), in *Il Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 4, 2005, p. 693 ss.

affidataria, come già sottolineato nella sentenza *Stadt Halle*, ma un requisito ulteriore.

In particolare, ad avviso della Corte era necessario che l'ente concessionario fosse soggetto ad un controllo che consentisse all'autorità pubblica concedente di influenzarne le decisioni. Deve trattarsi "di una possibilità di influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni importanti"<sup>49</sup>.

La Corte, dunque, aveva ulteriormente delineato il concetto di controllo analogo che, introdotto dalla sentenza *Teckal*, era stato poi sviluppato a partire dalla sentenza *Stadt Halle*, e vi aveva inserito un nuovo tassello, ritenendo non sufficiente la mera partecipazione totalitaria al capitale della società affidataria.

Si trattava di un approccio non più meramente formale, ma sostanziale: individuare il requisito del controllo analogo in base alla mera partecipazione totalitaria al capitale della società affidataria, infatti, sarebbe stato un esercizio meramente formale, essendo invece necessario che l'amministrazione aggiudicatrice fosse realmente in grado di influenza le decisioni e gli obiettivi strategici della società affidataria.

In questo senso si è espressa, appena l'anno successivo, anche la Commissione, ad avviso della quale il controllo analogo richiede un "assoluto potere di direzione, coordinamento e supervisione dell'attività del soggetto partecipato, che riguarda l'insieme dei più importanti atti di gestione del medesimo", precisando, poi, ulteriormente, come non fosse "sufficiente il semplice esercizio degli strumenti di cui dispone il socio di maggioranza secondo le regole proprie del diritto societario"<sup>50</sup>.

---

<sup>49</sup> Corte di Giustizia, 13 ottobre 2005, *Parking Brixen*, C-458/03.

<sup>50</sup> Commissione Ue, Nota del 26 giugno 2002, indirizzata al Governo italiano.

Pare evidente, dunque, che secondo l'impostazione delineata dalla Corte di Giustizia, il controllo analogo richiede che i soci pubblici godano di diritti ulteriori ed aggiuntivi, assai più incisivi, rispetto a quelli ordinari<sup>51</sup>.

Il controllo analogo presuppone, in particolare, che l'amministrazione aggiudicatrice "diriga" la società affidataria. Non è facile, tuttavia, definire il concetto di "direzione". Essa può essere intesa come un rapporto organizzativo contraddistinto dalla peculiare situazione per cui l'organo oggetto della direzione è pur sempre titolare di una propria autonomia. La direzione, tuttavia, si manifesta nella possibilità di indirizzare e guidare l'attività della società affidataria, al fine di mantenere un indirizzo unitario.

Il secondo requisito richiesto dalla giurisprudenza comunitaria, fin dalla sentenza *Teckal*, per la configurazione della società *in house*, consiste nella necessità che la società affidataria eserciti gran parte della propria attività con l'ente che esercita su di essa il controllo analogo<sup>52</sup>.

Si tratta di un requisito che rinviene la sua *ratio* nella necessità che la società affidataria del servizio non eserciti la propria attività anche nel mercato privato, in quanto, se così non fosse, vi sarebbe un grave pericolo per la concorrenza, ossia per gli altri *competitors* privati.

Secondo la Corte di Giustizia, infatti, il solo requisito del controllo analogo non sarebbe sufficiente a giustificare la deroga alla disciplina comunitaria in materia di appalti pubblici, e ciò in considerazione del fatto che "un'impresa non è necessariamente privata della libertà di azione per la sola ragione che le decisioni che la riguardano sono prese dall'ente pubblico che la detiene, se essa può

---

<sup>51</sup> Cfr. VESPIA R., *L'interpretazione e l'applicazione pratica della fattispecie dell'in house in senso lato alla luce delle recenti evoluzioni a livello di diritto comunitario e nazionale*, in *Rivista della Corte dei Conti*, 4, 2006, p. 181 ss.

<sup>52</sup> Nella nota sentenza *Teckal*, in particolare, si legge che è necessario verificare, ai fini della configurazione dell'*in house*, che "l'ente locale eserciti sulla persona di cui trattasi un controllo analogo a quello da esso esercitato sui propri servizi e che questa persona realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o con gli enti locali che lo controllano".

esercitare ancora una parte importante della sua attività economica presso altri operatori"<sup>53</sup>.

Ferma restando la necessità della presenza di questo ulteriore requisito, è necessario tuttavia chiarire in quali circostanze può parlarsi di attività prevalentemente esercitata con l'ente pubblico aggiudicatrice. In proposito la Corte di Giustizia ha chiarito che bisogna giocoforza tenere conto di tutte le attività realizzate dall'ente affidatario sulla base di "un affidamento effettuato dall'amministrazione aggiudicatrice, indipendentemente da chi remunera tale attività, potendo trattarsi della stessa amministrazione aggiudicatrice o dell'utente delle prestazioni erogate, mentre non rileva il territorio in cui è svolta l'attività"<sup>54</sup>.

Il requisito in esame, dunque, presuppone che ogni altra attività dell'ente affidatario, che non sia indirizzata all'amministrazione aggiudicatrice, abbia un carattere marginale. L'attività deve essere presa in considerazione sia sotto il profilo qualitativo che sotto quello quantitativo, sebbene per molto tempo la Corte di Giustizia abbia fornito delle indicazioni assai generiche, limitandosi a sostenere la necessità che la parte più importante dell'attività sia indirizzata all'amministrazione aggiudicatrice.

Si trattava, evidentemente, di un requisito eccessivamente generico, che finiva con l'attribuire alla discrezionalità (*rectius* arbitrarietà) dell'organo giudicante di volta in volta il compito di chiarire cosa dovesse intendersi per attività prevalente. Inizialmente, comunque, il requisito era interpretato soprattutto dal punto di vista qualitativo, più che quantitativo, mentre negli ultimi anni la Corte di Giustizia sembra aver posto l'accento soprattutto sull'aspetto quantitativo, per garantire maggiore certezza. Tale criterio, come si vedrà, è stato poi accolto dal legislatore comunitario con le più recenti direttive emanate in materia.

---

<sup>53</sup> Corte di Giustizia, 11 maggio 2006, *Carbotermo*, C-340/04.

<sup>54</sup> Corte di Giustizia, 11 maggio 2006, *Carbotermo*, C-340/04.



Nella sentenza *Carboterno*, in particolare, la Corte di Giustizia, pur senza fornire alcun dato numerico ben preciso, ha valorizzato il concetto di "fatturato" ai fini dell'individuazione dell'attività prevalente: "il fatturato determinante è rappresentato da quello che l'impresa in questione realizza in virtù delle decisioni di affidamento adottate dall'ente locale controllante, compreso quello ottenuto con gli utenti in attuazione di tali decisioni"<sup>55</sup>.

Con una pronuncia più recente, del 2014, la Corte di Giustizia ha invece fissato un requisito numerico ben preciso, individuando nel requisito minimo dell'80% dell'attività il limite per considerare l'attività prevalente. La pronuncia, sotto questo punto di vista, è di grande rilevanza, in quanto ha il merito di guidare i giudici nazionali in maniera assai più chiara rispetto al passato<sup>56</sup>.

Nell'occasione, poi, la Corte ha anche dato indicazioni circa le attività che devono essere considerate ai fini dell'individuazione dell'attività prevalente: i giudici hanno in proposito ritenuto rilevanti non solo gli affidamenti diretti decisi dall'amministrazione aggiudicatrice, ma anche quelli realizzati da altre società controllate dall'amministrazione medesima.

La Corte, poi, ha affrontato anche la questione dell'attività prevalente con riguardo alle società pluripartecipate: si tratta di una problematica sostanzialmente analoga a quella che si è posta anche in tema di controllo analogo. In proposito, i giudici comunitari hanno ritenuto che il requisito dell'attività prevalente "può ricorrere qualora l'impresa in questione svolga la parte più importante della propria attività non necessariamente con questo o quell'ente locale ma con tali enti complessivamente considerati» e che «l'attività

---

<sup>55</sup> Corte di Giustizia, 11 maggio 2006, *Carboterno*, C-340/04.

<sup>56</sup> Cfr. SILVERI GENTILONI S., "In house" e requisito dell'attività prevalente. Un rinvio alla Corte di giustizia davvero necessario? (Sent. Cons. Stato, sez. V 20.10.2015 N.4793). Nota a ord. Cons. Stato sez. V 20 ottobre 2015, n. 4793, in *GiustAmm.it*, 10, 2015, p. 4 ss.

da prendere in considerazione nel caso di un'impresa detenuta da vari enti locali è quella realizzata da detta impresa con tutti questi enti"<sup>57</sup>.

Ulteriore problema concerne il caso in cui il requisito dell'attività prevalente, detenuto all'atto della concessione dell'appalto, venga poi meno nel corso dello stesso, a seguito dell'assunzione, da parte dell'ente affidatario, di ulteriori attività, non esercitate inizialmente. In tal caso, si ritiene comunemente che l'ente che decide di partecipare ad altre gare ed esercita, dunque, nuove attività, corre il rischio di perdere il requisito dell'attività prevalente, venendo dunque meno i requisiti per l'affidamento diretto.

Alla luce di questa evoluzione a livello europeo è possibile comprendere quella all'interno dell'ordinamento giuridico italiano. Il legislatore italiano<sup>58</sup>, già nel 1990, ha introdotto una primitiva forma di affidamento *in house*, prevedendo, all'art. 22 della legge n. 142/1990, la possibilità, per i gestori di servizi pubblici locali, di fare ricorso a "società per azioni a prevalente capitale pubblico locale, qualora si renda opportuna, in relazione alla natura del servizio da erogare, la partecipazione di altri soggetti pubblici o privati"<sup>59</sup>.

La grande novità non risiedeva tanto nell'esistenza di società miste, formate cioè da capitale pubblico e privato, quanto, piuttosto, nella possibilità di farvi ricorso per la gestione dei servizi pubblici locali. Pare piuttosto evidente, poi, la

---

<sup>57</sup> Corte di Giustizia, 11 maggio 2006, *Carbotermo*, C-340/04.

<sup>58</sup> Per una ricostruzione dell'evoluzione dell'*in house* nell'ordinamento giuridico italiano si v., nella sterminata bibliografia, DE NICTOLIS R., CAMERIERO L., *Le società pubbliche in house e miste*, Milano, 2008, p. 1 ss.; MICHETTI E., *In house providing. Modalità, requisiti, limiti*, Milano, Giuffrè, 2011, p. 1 ss.

<sup>59</sup> In particolare, l'art. 22, comma 3, della legge n. 142/1990, prevedeva «i comuni e le province possono gestire i servizi pubblici nelle seguenti forme: a) in economia, quando per le modeste dimensioni o per le caratteristiche del servizio non sia opportuno costituire una istituzione o una azienda; b) in concessione a terzi, quando sussistono ragioni tecniche, economiche e di opportunità sociale; c) a mezzo di azienda speciale, anche per la gestione di più servizi di rilevanza economica ed imprenditoriale; d) a mezzo di istituzione, per l'esercizio di servizi sociali senza rilevanza imprenditoriale; e) a mezzo di società per azioni a prevalente capitale pubblico locale, qualora si renda opportuna, in relazione alla natura del servizio da erogare, la partecipazione di altri soggetti pubblici o privati».

differenza fondamentale rispetto all'evoluzione che avrebbe caratterizzato poi l'istituto della società *in house*: la società mista a prevalente capitale pubblico, infatti, diventava affidataria del servizio pubblico locale per il semplice fatto della sua costituzione, senza che fosse necessaria alcuna procedura di concessione. Ciò in quanto la società era considerata strumentale all'ente pubblico locale<sup>60</sup>.

Per quanto concerne, poi, la concessione a terzi, nell'impianto originario della legge n. 142/1990, tale istituto era concepito come del tutto eccezionale, possibile solo in caso di comprovate ragioni tecniche, economiche e di opportunità sociale. In assenza di tali ragioni, dunque, la gestione del servizio pubblico locale doveva essere necessariamente di competenza dello stesso ente pubblico locale.

Inoltre, la legge n. 142/1990 non faceva alcun riferimento a quella che sarebbe poi diventata la caratteristica principale di tutto l'*in house*, ossia la possibilità di affidare la gestione di un servizio pubblico ad una società per azioni a capitale interamente ed esclusivamente pubblico<sup>61</sup>.

Con una successiva legge n. 148/1992 tale impianto normativo fu sostanzialmente confermato nel suo nucleo originario. Tuttavia, diversamente da quanto stabilito nella legge n. 142/1990, si prevedeva che gli enti pubblici locali potessero servirsi, nella gestione di un servizio pubblico locale, di società per azioni all'uopo costituite, anche a capitale interamente privato, purché il socio privato fosse individuato attraverso la procedura di evidenza pubblica<sup>62</sup>.

---

<sup>60</sup> Cfr., sul tema, DI GASPARE G., *Servizi pubblici locali, le riforme degli anni 2000*, in *Amministrazione in cammino. Rivista elettronica di diritto dell'economia e di scienze dell'amministrazione*, 2010, p. 1 ss.

<sup>61</sup> Cfr., sul tema, VIGNERI A., DE VINCENTI C., *I servizi pubblici locali tra riforma e referendum*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli, 2011, p. 21 ss.

<sup>62</sup> Questo era il testo del primo comma dell'art. 12 della legge n. 148/1992: Legge n. 498, 23 dicembre 1992, art. 12, primo comma: «Le province e i comuni possono, per l'esercizio di servizi pubblici e per la realizzazione delle opere necessarie al corretto svolgimento del servizio nonché per la realizzazione di infrastrutture ed altre opere di interesse pubblico, che non rientrino, ai sensi della vigente legislazione statale e regionale, nelle competenze istituzionali di altri enti, costituire apposite società per azioni, anche mediante gli accordi in programma di cui al comma 9, senza il vincolo della proprietà maggioritaria di cui al comma 3, lettera e ), dell'art. 22 della legge 8 giugno 1990, n. 142, e anche in deroga a quanto previsto dall'art. 9, primo comma, lettera

Con la successiva legge n. 127/1997, poi, il legislatore introdusse un'altra significativa novità, prevedendo la possibilità di fare ricorso anche a società a responsabilità limitata (quindi non solo a società per azioni) per la gestione dei servizi pubblici locali. Inoltre, altra interessante novità, non era più necessario costituire *ex novo* la società cui affidare la gestione del servizio pubblico locale, potendo l'ente pubblico affidatario anche acquisire la maggioranza di una società già esistente.

Sono seguiti, poi, altri interventi normativi di cui non è possibile dare conto in questa sede ma va segnalato, invero, che prima della riforma intervenuta con il d.lgs. n. 50/2016, l'istituto dell'*in house providing* non aveva nessun riscontro positivo all'interno dell'ordinamento giuridico italiano. Mancavano, infatti, espresse norme che ne definissero con chiarezza le caratteristiche ed i limiti di applicazione. Grazie al contributo della giurisprudenza, tuttavia, era ben chiaro che tre erano i presupposti necessari perché potesse essere possibile l'affidamento in house, derogando ai principi dell'evidenza pubblica<sup>63</sup>.

In primo luogo, l'affidatario doveva essere un soggetto a capitale esclusivamente pubblico; in secondo luogo, tra l'affidatario e l'affidante era necessario che intercorresse un rapporto tale per cui l'affidante fosse nelle condizioni di controllare l'affidatario in un modo analogo al controllo che avrebbe potuto esercitare su un proprio ufficio interno; in terzo luogo, l'affidatario non doveva svolgere attività ulteriori rispetto a quelle che gli erano state affidate in via

---

d ), della legge 2 aprile 1968, n. 475, come sostituita dall'art. 10 della legge 8 novembre 1991, n. 362. Gli enti interessati provvedono alla scelta dei soci privati e all'eventuale collocazione dei titoli azionari sul mercato con procedure di evidenza pubblica. L'atto costitutivo delle società deve prevedere l'obbligo dell'ente pubblico di nominare uno o più amministratori e sindaci. Nel caso di servizi pubblici locali una quota delle azioni può essere destinata all'azionario diffuso e resta comunque sul mercato».

<sup>63</sup> Cfr. SERENI LUCARELLI C., *Le società "in house" tra ibridazione e coordinamento di discipline nel d.lgs. n. 175/2016*, in *Munus*, 3, 2017, p. 657 ss.

diretta, a meno che non si trattasse di attività del tutto marginali, ossia attività secondarie.

A seguito dell'entrata in vigore delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE, il legislatore italiano è stato costretto nuovamente ad intervenire, e lo ha fatto con il d.lgs. n. 50/2016, ricalcando in maniera fedele le indicazioni provenienti dalle direttive comunitarie.

Nel nuovo d.lgs. n. 50/2016, due sono gli articoli che si occupano espressamente dell'*in house*, l'art. 5 e l'art. 192. L'art. 5, in particolare, definisce le possibili tipologie di *in house providing*, precisandone in maniera chiara i requisiti; l'art. 192, invece, prevede l'istituzione di uno specifico registro, a cura dell'Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC), in cui devono essere necessariamente iscritte tutte le stazioni appaltanti che decidono di ricorrere all'affidamento *in house*.

Per quanto concerne, in particolare, le diverse tipologie di affidamento *in house*, l'art. 5 individua in maniera espressa queste quattro tipologie: a) affidamento da parte di una amministrazione aggiudicatrice ad un soggetto da essa stessa controllato; b) affidamento dal soggetto controllato all'amministrazione che lo controlla; c) affidamento da parte di una amministrazione aggiudicatrice a favore di un soggetto che è solo indirettamente controllato; d) affidamento del soggetto controllato a vantaggio di un altro soggetto controllato dalla stessa amministrazione aggiudicatrice<sup>64</sup>.

Il legislatore, poi, sulla scorta delle indicazioni comunitarie, ha espressamente chiarito che il controllo può essere condiviso da più amministrazioni che, congiuntamente, controllino lo stesso soggetto affidatario.

Per quanto concerne, poi, i requisiti individuati dal legislatore per consentire l'affidamento *in house* di un servizio, sono stati riproposti i tre requisiti

---

<sup>64</sup> Cfr. MACCHIA M., *Amministrazioni statali e affidamenti "in house"*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 3, 2018, p. 286 ss.; Cfr. RIZZI F.E., *La società "in house": dalla natura giuridica al riparto di giurisdizione*, in *Le Società: rivista di diritto e pratica commerciale, societaria e fiscale*, 1, 2018, p. 71 ss.

tradizionali che hanno caratterizzato in maniera sostanzialmente identica l'istituto sin dalle sue origini: la necessità del capitale interamente pubblico, lo svolgimento di una attività svolta prevalentemente a favore degli enti controllanti, ed infine il requisito del controllo analogo.

Tuttavia, sono state anche introdotte due novità assai significative, che innovano in maniera decisa l'istituto: anzitutto, viene ammessa la partecipazione di capitali privati nella struttura societaria dell'affidatario, sebbene in maniera estremamente limitata; in secondo luogo, viene stabilito il limite del 20% per il volume massimo di attività che il soggetto affidatario del servizio pubblico può svolgere a favore di soggetti terzi, soglia oltre la quale viene persa la qualifica di soggetto affidatario in house<sup>65</sup>.

La scelta del legislatore, ovviamente, non costituisce un punto di rottura, ma tiene conto delle preziose indicazioni provenienti sia dalla giurisprudenza europea che da quella interna: il d.lgs. n. 50/2016, infatti, costituisce, più in generale, non solo con riguardo all'*in house*, il punto di approdo di una stagione giurisprudenziale che ha definito in maniera precisa e dettagliata le caratteristiche degli appalti pubblici.

Tuttavia, ancora una volta, il legislatore ha dimostrato una certa diffidenza nel ricorrere all'istituto dell'*in house providing*, preferendo privilegiare la procedura di evidenza pubblica. Si pensi che il comma 2 dell'art. 5 del codice appalti prevede che «"ai fini dell'affidamento in house di un contratto avente ad oggetto servizi disponibili sul mercato in regime di concorrenza, le stazioni appaltanti effettuano preventivamente la valutazione sulla congruità economica dell'offerta dei soggetti in house, avuto riguardo all'oggetto e al valore della prestazione, dando conto nella motivazione del provvedimento di affidamento delle ragioni del mancato ricorso al mercato, nonché dei benefici per la collettività della forma

---

<sup>65</sup> Cfr. BASSI G., *Le dimensioni del controllo nelle società a partecipazione pubblica: una breve analisi alla luce del Testo unico sulle Società a partecipazione pubblica*, in *Appalti e contratti*, 3, 2018, p. 58 ss.

di gestione prescelta, anche con riferimento agli obiettivi di universalità e socialità, di efficienza, di economicità e di qualità del servizio, nonché di ottimale impiego delle risorse pubbliche"<sup>66</sup>.

Il Consiglio di Stato, che si è espresso con un parere in merito alle previsioni contenute nel codice appalti, ha ritenuto, in proposito, che la previsione contenuta nel secondo comma introduce "un onere motivazionale rafforzato, che consente un penetrante controllo della scelta effettuata dall'Amministrazione, anzitutto sul piano dell'efficienza amministrativa e del razionale impiego delle risorse pubbliche".

Alla luce di questa evoluzione normativa, è possibile comprendere anche le più recenti riforme. Il legislatore è intervenuto sull'impianto normativo delineato dal codice appalti con il decreto correttivo n. 56/2017. Le modifiche apportate da tale decreto sono molteplici perché investono tutto il codice appalti. Con particolare riguardo all'affidamento in house, il legislatore ha specificato, all'art. 5, lett. c), comma 1, che l'eventuale presenza di capitali privati nelle società c.d. in house è ammissibile a patto che non comportino controllo o potere di veto. In tal modo il legislatore si è dunque allineato alle indicazioni comunitarie<sup>67</sup>.

In conclusione, è opportuno evidenziare che è di particolare interesse la normativa introdotta dal d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175. L'art. 16 del d.lgs. n. 175/16 si occupa espressamente delle società *in house* e, in particolare, per favorire il controllo analogo interviene su istituti civilistici societari tramite: la deroga statutaria all'art. 2380 bis c.c. (secondo cui la gestione dell'impresa spetta

---

<sup>66</sup> Consiglio di Stato, parere n. 855, 1° aprile 2016, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>67</sup> A ciò bisogna aggiungere che all'articolo 192, comma 1, è stata introdotta una precisazione sulle modalità attraverso cui l'ANAC può operare per adempiere al compito ad essa attribuito di costituzione di un elenco delle amministrazioni aggiudicatrici, previa verifica della sussistenza dei requisiti necessari. In particolare, è stato precisato che: "L'Autorità per la raccolta delle informazioni e la verifica dei predetti requisiti opera mediante procedure informatiche, anche attraverso il collegamento, sulla base di apposite convenzioni, con i relativi sistemi in uso presso altre Amministrazioni pubbliche ed altri soggetti operanti nel settore dei contratti pubblici".

esclusivamente agli amministratori) ed all'art. 2409 *novies* c.c. (secondo cui nel sistema dualistico la gestione dell'impresa spetta esclusivamente al consiglio di gestione); la previsione di attribuzione agli enti pubblici soci dei particolari diritti di cui all'art. 2468, comma 3, c.c. (attribuzione a singoli soci di particolari diritti riguardanti l'amministrazione o la gestione degli utili); la previsione di patti parasociali di durata superiore ai cinque anni (in deroga all'art. 2341 bis, comma 1, c.c.) per acquisire i requisiti di controllo analogo.

L'art. 16, commi 3 e 5, infine, pone nuovamente la problematica di violazione del divieto del principio di gold plating poiché prevede (comma 3) che il fatturato esterno (oltre la soglia dell'80% per i compiti affidati dall'ente controllante) per la produzione ulteriore nei riguardi dei terzi sia ammissibile solo se permette di conseguire economie di scala e (comma 5) prevede inoltre che il mancato rispetto dei limiti quantitativi possa essere sanato. L'art. 3 stabilisce che le società partecipate pubbliche possano essere costituite solo in forma di società per azioni e di società a responsabilità limitata. L'art. 4, commi 2 e 4, si occupa dell'oggetto sociale delle società in house ed emergono, tra l'altro, in particolare: le società deputate alla produzione di un servizio di interesse generale (comma 2, lett. a), che richiamano da vicino l'organismo di diritto pubblico di cui all'art. 3, comma 1, lett. d), Nuovo Codice degli Appalti.

Chiarito il tormentato percorso normativo che ha caratterizzato le società *in house*, pare opportuno indugiare sulla controversa natura giuridica. Secondo una parte della dottrina<sup>68</sup>, le società *in house* sarebbero organismi di diritto pubblico: tale qualificazione è quella espressamente attribuita dalla legge *ex art.* 193, comma 4, del codice appalti, alla società in house costituita quale società pubblica di progetto.

---

<sup>68</sup> Cfr. M. LIBERTINI *Organismo di diritto pubblico, rischio d'impresa e concorrenza: una relazione ancora incerta*, in *www.federalismi.it. Rivista di diritto pubblico italiano, europeo e comparato*, 2009, p. 1 ss.



In tal senso si è espressa anche parte della giurisprudenza amministrativa, secondo cui tutti gli organismi in house di pubbliche amministrazioni sono anche necessariamente organismi di diritto pubblico, mentre non è vero il contrario<sup>69</sup>.

Tuttavia, le società *in house*, in quanto dirette alla produzione di un servizio di interesse generale a rilevanza economica paiono richiamare anche il concetto di azienda pubblica quale ente pubblico economico<sup>70</sup>. Secondo un diverso orientamento<sup>71</sup>, invece, in considerazione del fatto che l'art. 1, comma 3, del d.lgs. n. 175/2016 prevede che "per tutto quanto non derogato dalle disposizioni del presente decreto si applicano alle società a partecipazione pubblica le norme sulle società contenute nel codice civile e le norme generali di diritto privato", il legislatore avrebbe dato vita ad un processo di privatizzazione delle società *in house*. Secondo questa impostazione, dunque, le società in house apparterebbero ad una sorta di diritto privato societario speciale.

Si è sostenuto, in particolare, che le società *in house* 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. La difficile conciliazione tra dette opposte concezioni è stata perseguita dal

---

<sup>69</sup> Cfr. Cons. Stato, 11 dicembre 2015, n. 5643, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>70</sup> Così F.E. RIZZI, *La società "in house": dalla natura giuridica al riparto di giurisdizione*, cit., p. 74. Questo sempre tenendo conto della suddetta definizione normativa di organismi di diritto pubblico e la circostanza che la giurisprudenza, nell'interpretare il requisito di cui all'art. 3, comma 26, D. Lgs. n. 163/2006 abrogato (ora art. 3, comma 1, lett. d), n. 1, del Nuovo Codice degli Appalti che prevede, appunto, che l'organismo di diritto pubblico dev'essere istituito per soddisfare specificamente esigenze di interesse generale, "aventi carattere non industriale o commerciale") specifica che tale requisito non sussiste quando l'attività sia svolta nel mercato concorrenziale e sia ispirata a criteri di economicità, essendo i relativi rischi economici direttamente a carico dell'ente (Cass. civ., SS.UU., 7 aprile 2010, n. 8225, in [www.dejure.it](http://www.dejure.it)). Interpretazione della S.C. che, del resto, è sostanzialmente conforme a quella offerta dalla giurisprudenza comunitaria che rileva come l'esistenza di una concorrenza articolata consente, di per sé, di concludere per la mancanza di un bisogno di interesse generale avente carattere non industriale o commerciale (Corte di Giustizia CE 27 febbraio 2003, causa C-373/2000).

<sup>71</sup> Cfr. DONATIVI F., *Le società a partecipazione pubblica. Raccolta sistematica della disciplina, commentata e annotata con la giurisprudenza*, Milano, Giuffrè, 2016, p. 1181 ss.

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, al fallimento, al concordato preventivo ed all’amministrazione straordinaria per grandi imprese in crisi<sup>72</sup>.

Dovrebbero, di conseguenza, risultare escluse da tale visione ai sensi dell’art. 1, comma 4, lett. a), d.lgs. n. 175/2016, solo le società *in house* a partecipazione pubblica costituite per l’esercizio della gestione di servizi di interesse generale o di interesse economico generale o per il perseguimento di una specifica missione di pubblico interesse<sup>73</sup>.

A sostegno di tale posizione sono state utilizzate anche alcune pronunce giurisprudenziali: in particolare, la Cassazione<sup>74</sup> ha affermato che nella società *in house* le azioni concernenti la nomina o la revoca degli amministratori e sindaci, ai sensi dell’art. 2449 c.c. (riguardante le società con partecipazione dello Stato o di Enti Pubblici) spettano alla giurisdizione del giudice ordinario e non di quello amministrativo poiché investono atti compiuti dall’ente pubblico “*uti socius*” e non “*jure imperii*” e perché tale giurisdizione si ricava dalla clausola ermeneutica generale, in senso privatistico, ex art. 4, comma 13, d.l. n. 95/2012 (in tema di *spending review*, e società detenute dalla pubblica amministrazione) e pure dal principio successivamente previsto proprio dall’art. 1, comma 3, d.lgs. n. 175/2016 in forza del quale per tutto quanto non derogato tali società sono disciplinate dalle norme societarie contenute nel Codice Civile<sup>75</sup>.

---

<sup>72</sup> In tal senso MALTONI A., *Le società in house nel T.U. sulle partecipate pubbliche*, in *Urbanistica e appalti*, 1, 2017, p. 21 s.

<sup>73</sup> Cfr. RIZZI F.E., *La società “in house”: dalla natura giuridica al riparto di giurisdizione*, cit., p. 75.

<sup>74</sup> Cass. civ., 1° dicembre 2016, n. 24591, in *www.dejure.it*.

<sup>75</sup> Sul punto, MALTONI A., *Le società in house nel T.U. sulle partecipate pubbliche*, cit., p. 23 ss.

In altra recente sentenza, poi, la Cassazione<sup>76</sup> ha ulteriormente osservato che le procedure seguite dalle società *in house providing* per l'assunzione di personale dipendente sono sottoposte alla giurisdizione del giudice ordinario, esattamente come previsto dall'art. 19, comma 4, D. Lgs. n. 175/2016 (in chiara deroga con i principi discendenti dall'art. 7, comma 2, codice appalti)<sup>77</sup>.

Si è opportunamente ribattuto, tuttavia, che tale latente interpretazione della natura delle società *in house* in senso privatistico sembrerebbe però, almeno in relazione alla massima parte della sua regolamentazione, preclusa proprio dalla suddetta normativa tanto del Nuovo Codice degli Appalti che dello stesso d. lgs. n. 175/2016 che (come già detto) appare delineare la società *in house* come un organismo di diritto pubblico (quando non anche un ente pubblico economico) soggetto a controllo analogo<sup>78</sup>.

### **3.4. Le società miste, art. 17 TUSPP**

L'art. 17<sup>79</sup> del TUSPP disciplina le società miste. Tale disposizione è diretta anzitutto a disciplinare la c.d. gara a doppio oggetto e gli altri meccanismi che

---

<sup>76</sup> Cfr. Cass. civ., 27 marzo 2017, n. 7759, in *www.dejure.it*.

<sup>77</sup> Cfr. anche TAR Toscana, Firenze, 29 maggio 2017, n. 745, in *www.giustizia-amministrativa.it*, che, chiamato a pronunciarsi sulla legittimità di un provvedimento di esclusione di una candidata da un concorso indetto da una società *in house* per l'assunzione di personale dipendente, ha dichiarato il proprio difetto di giurisdizione in favore del giudice ordinario, ritenendo opportuno dare continuità all'indirizzo al proposito espresso dalla Cassazione a Sezioni Unite.

<sup>78</sup> Cfr. RIZZI F.E., *La società "in house": dalla natura giuridica al riparto di giurisdizione*, cit., p. 76.

<sup>79</sup> "Nelle società a partecipazione mista pubblico-privata, la quota di partecipazione del soggetto privato non può essere inferiore al trenta per cento e la selezione del medesimo si svolge con procedure di evidenza pubblica a norma dell'articolo 5, comma 9, del decreto legislativo n. 50 del 2016 e ha a oggetto, al contempo, la sottoscrizione o l'acquisto della partecipazione societaria da parte del socio privato e l'affidamento del contratto di appalto o di concessione oggetto esclusivo dell'attività della società mista. Il socio privato deve possedere i requisiti di qualificazione previsti da norme legali o regolamentari in relazione alla prestazione per cui la società è stata costituita. All'avviso pubblico sono allegati la bozza dello statuto e degli eventuali accordi parasociali, nonché degli elementi essenziali del contratto di servizio e dei disciplinari e regolamenti di esecuzione che ne costituiscono parte integrante. Il bando di gara deve specificare l'oggetto dell'affidamento, i necessari requisiti di qualificazione generali e speciali di carattere tecnico ed

legittimano il ricorso a società miste per l'affidamento di un servizio pubblico. Ciò è avvenuto, ad esempio, in Italia, con l'affidamento del servizio idrico: Il d.lgs. 22 febbraio 1997, c.d. d.lgs. Ronchi infatti prevede, obbligatoriamente, la nascita di enti a capitale misto, con un tetto del 30% per la partecipazione statale, oppure l'assegnazione dell'appalto tramite gara pubblica ai privati. Il Decreto Ronchi, quindi, ha definitivamente aperto la strada della liberalizzazione del mercato dell'acqua<sup>80</sup>.

---

economico-finanziario dei concorrenti, nonché il criterio di aggiudicazione che garantisca una valutazione delle offerte in condizioni di concorrenza effettiva in modo da individuare un vantaggio economico complessivo per l'amministrazione pubblica che ha indetto la procedura. I criteri di aggiudicazione possono includere, tra l'altro, aspetti qualitativi ambientali, sociali connessi all'oggetto dell'affidamento o relativi all'innovazione. La durata della partecipazione privata alla società, aggiudicata ai sensi del comma 1 del presente articolo, non può essere superiore alla durata dell'appalto o della concessione. Lo statuto prevede meccanismi idonei a determinare lo scioglimento del rapporto societario in caso di risoluzione del contratto di servizio. Nelle società di cui al presente articolo: a) gli statuti delle società per azioni possono contenere clausole in deroga delle disposizioni dell'articolo 2380-bis e dell'articolo 2409-novies del codice civile al fine di consentire il controllo interno del socio pubblico sulla gestione dell'impresa; b) gli statuti delle società a responsabilità limitata possono prevedere l'attribuzione all'ente o agli enti pubblici partecipanti e ai soci privati di particolari diritti, ai sensi dell'articolo 2468, terzo comma, del codice civile, e derogare all'articolo 2479, primo comma, del codice civile nel senso di eliminare o limitare la competenza dei soci; c) gli statuti delle società per azioni possono prevedere l'emissione di speciali categorie di azioni e di azioni con prestazioni accessorie da assegnare al socio privato; d) i patti parasociali possono avere durata superiore a cinque anni, in deroga all'articolo 2341-bis, primo comma, del codice civile, purché entro i limiti di durata del contratto per la cui esecuzione la società è stata costituita. Nel rispetto delle disposizioni del presente articolo, al fine di ottimizzare la realizzazione e la gestione di più opere e servizi, anche non simultaneamente assegnati, la società può emettere azioni correlate ai sensi dell'articolo 2350, secondo comma, del codice civile, o costituire patrimoni destinati o essere assoggettata a direzione e coordinamento da parte di un'altra società. Alle società di cui al presente articolo che non siano organismi di diritto pubblico, costituite per la realizzazione di lavori o opere o per la produzione di beni o servizi non destinati ad essere collocati sul mercato in regime di concorrenza, per la realizzazione dell'opera pubblica o alla gestione del servizio per i quali sono state specificamente costituite non si applicano le disposizioni del decreto legislativo n. 50 del 2016, se ricorrono le seguenti condizioni: a) la scelta del socio privato è avvenuta nel rispetto di procedure di evidenza pubblica; b) il socio privato ha i requisiti di qualificazione previsti dal decreto legislativo n. 50 del 2016 in relazione alla prestazione per cui la società è stata costituita; c) la società provvede in via diretta alla realizzazione dell'opera o del servizio, in misura superiore al 70% del relativo importo".

<sup>80</sup> Cfr. SCARLATTI P., *Osservazioni in tema di cause di inammissibilità del referendum abrogativo alla luce delle decisioni della Corte costituzionale in merito alla recente "tornata" di richieste referendarie*. Nota a C. Cost. 26 gennaio 2011, n. 24; C. Cost. 26 gennaio 2011, n. 25; C. Cost. 26 gennaio 2011, n. 26; C.

L'intento era chiaro: si sperava che l'intervento dei privati fosse in grado di fornire un servizio più efficace, efficiente ed economicamente competitivo, evitando di ricorrere ad esborsi di denaro pubblico. Il ricorso alla gara pubblica, inoltre, avrebbe dovuto garantire trasparenza nella scelta del gestore, il quale avrebbe dovuto essere quello capace di fornire il servizio migliore al prezzo più basso. Tale scelta del legislatore, che in teoria avrebbe dovuto fornire esclusivamente vantaggi alla collettività, è stata aspramente criticata dall'opinione pubblica, timorosa che l'acqua, da sempre considerata bene primario, pubblico, demaniale, potesse essere utilizzata in maniera distorta dai privati, i quali comunque hanno come obiettivo primario quello di raggiungere degli utili di bilancio<sup>81</sup>.

Le disposizioni contenute nell'art. 17 del Testo unico si disinteressano del tutto della partecipazione pubblica, fissando piuttosto la soglia minima del 30% del capitale per la partecipazione del socio privato. Una volta rispettata tale soglia, dunque, è del tutto indifferente, per il legislatore, che il privato sia un socio di comando oppure un socio minoritario, situazione, quest'ultima, che, invero, si verifica nella maggior parte delle ipotesi diffuse nella prassi.

Dal punto di vista organizzativo, i rapporti tra parte pubblica e privata vengono lasciati, con un certo margine di discrezionalità, a vere e proprie "operazioni di ingegneria statutaria"<sup>82</sup>. In particolare, nelle società a responsabilità limitata è ammessa l'escludibilità o la limitabilità delle competenze decisionali espressamente riconosciute ai soci ex art. 2479, comma 1, c.c. Nelle società per azioni, invece, è ammessa la previsione di particolari categorie di azioni oppure

---

*Cost. 26 gennaio 2011, n. 27; C. Cost. 26 gennaio 2011, n. 28; C. Cost. 26 gennaio 2011, n. 29, in Giurisprudenza italiana, 2, 2012, p. 280 ss.*

<sup>81</sup> Cfr. VALENTINA A., *Il risultato referendario e l'attuale disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica prevista dal d.l. n. 138 del 13 agosto 2011, conv. con legge 14 settembre 2011, n. 148*, cit., p. 698 ss.

<sup>82</sup> IBBA C., *Società a partecipazione pubblica*, cit.

di azioni con prestazioni accessorie da assegnare al socio privato; sempre in tali società, poi, è ammessa la previsione di clausole in deroga al carattere esclusivo della competenza di gestione degli amministratori, con la finalità di consentire il controllo interno del socio pubblico sulla gestione dell'impresa.

Tale ultima previsione non è esente da critiche sia sotto il profilo pratico, considerato che sarebbe forse stato opportuno valorizzare l'inserimento all'interno dello statuto di clausole dirette a permettere al privato, che solitamente assume le vesti di socio di minoranza, la partecipazione alla gestione, sia sotto il profilo strettamente normativo. Infatti, sotto questo particolare aspetto la disposizione in esame potrebbe risultare incompatibili con il diritto europeo in considerazione del fatto che la Corte di Giustizia<sup>83</sup> ha tradizionalmente giudicato come illegittima l'attribuzione al socio pubblico di poteri superiori, sotto il profilo proporzionale, alla partecipazione posseduta e non riconosciuti anche agli altri azionisti privati.

Di recente la giurisprudenza ha chiarito che "resta intatta la considerazione, però, che nell'ambito dell'ordinamento nazionale (che solo rileva ai fini specifici) non è prevista - per le società in house così come per quelle miste - alcuna apprezzabile deviazione rispetto alla comune disciplina privatistica delle società di capitali, nel senso che la posizione dei comuni all'interno della società è unicamente quella di socio in base al capitale conferito; donde soltanto in tale veste l'ente pubblico può influire sul funzionamento della società, avvalendosi non di poteri pubblicistici ma dei soli strumenti previsti dal diritto societario, da esercitare a mezzo dei membri presenti negli organi della società"<sup>84</sup>.

---

<sup>83</sup> Corte di Giustizia, 6 dicembre 2007, C-463/04, *Federconsumatori e altri e Associazione Azionariato Diffuso dell'AEM SpA e altri c. Comune di Milano*.

<sup>84</sup> Cass. civ., 12 marzo 2019, n. 21356, in *dejure.it*.

Inoltre, va segnalato, in conclusione, che non sono rari i casi in cui le società miste finiscono con il confluire nelle società a controllo pubblico, con tutte le conseguenze del caso sul piano della sovrapposizione di discipline.

### **3.5. Le società quotate, art. 18 TUSPP (artt. 1, c. 5; 2, c. 1, lett. p); 8, c. 3; 9, c. 9; 18; 26, cc. 3, 4 e 5)**

L'art. 18 TUSPP stabilisce al primo comma che "Le società controllate da una o più amministrazioni pubbliche possono quotare azioni o altri strumenti finanziari in mercati regolamentati, a seguito di deliberazione adottata ai sensi dell'articolo 5, comma 1, secondo le modalità di cui all'articolo 7, comma 1. L'atto deliberativo prevede uno specifico programma avente ad oggetto il mantenimento o la progressiva dismissione del controllo pubblico sulla società quotata".

Con riguardo a tale particolare tipologia di società partecipate la scelta del legislatore è quella di riservare loro un trattamento giuridico peculiare e differente rispetto a quello previsto per le società pubbliche non quotate, escludendo le prime dall'ambito applicativo della maggior parte della regolamentazione previste per le seconde. La *ratio* di tale scelta del legislatore risiede nella volontà di tenere conto sia del loro inserimento nel mercato che del controllo che viene esercitato su di esse dalla Consob e dalle altre autorità di vigilanza del settore. In tal senso si è espresso anche il Consiglio di Stato, secondo cui "la norma è coerente con il principio, accolto dal sistema positivo vigente, secondo cui per le società quotate in mercati regolamentati opera interamente un regime di mercato"<sup>85</sup>.

La scelta del legislatore si è tradotta, in concreto, nella previsione di un criterio interpretativo di carattere generale, previsto dall'art. 1, comma 5, del Testo unico,

---

<sup>85</sup> Cons. Stato, Parere del 21 aprile 2016, n. 968, in *giustizia-amministrativa.it*.

secondo cui le norme del testo unico trovano applicazione per le società pubbliche quotate, “nonché alle società da esse partecipate, salvo che salvo che queste ultime siano, non per il tramite di società quotate, controllate o partecipate da amministrazioni pubbliche”, solo laddove sia espressamente previsto.

Tuttavia, nel corso del Testo unico tale criterio è stato in alcuni casi disatteso. Si pensi, per fare un esempio, alla questione della soggezione delle società pubbliche quotate ai profili concorsuali che dovrebbe essere scontata ma così non è considerato che l’art. 14, comma 1, le esclude, sebbene la loro fallibilità possa essere desunta indipendentemente dall’art. 14, in considerazione del fatto che tale disposizione, lungi dall’essere derogatoria, è confermativa di quanto disposto dall’art. 1 l. fall.

Un ulteriore profilo critico, poi, attiene alla responsabilità degli organi sociali delle società pubbliche quotate. In particolare, la questione, che concerne invero tutti i diversi modelli societari, concerne la possibilità di attivare le azioni di responsabilità nei confronti degli amministratori e dei sindaci delle società a partecipazione pubbliche alla stregua delle ordinarie azioni risarcitorie previste dal diritto societario comune ovvero, ed eventualmente entro quali limiti, l’azione di responsabilità erariale dinanzi alla Corte dei Conti.

L’art. 12, nella prima parte del comma 1 stabilisce che “I componenti degli organi di amministrazione e controllo delle società partecipate sono soggetti alle azioni civili di responsabilità previste dalla disciplina ordinaria delle società di capitali, salva la giurisdizione della Corte dei conti per il danno erariale causato dagli amministratori e dai dipendenti delle società in house”<sup>86</sup>. Si è osservato che “il

---

<sup>86</sup> Così continua l’articolo in esame: “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”.



combinarsi di queste disposizioni, ciascuna delle quali è già in sé di non univoca lettura, fa di questa disciplina la parte più oscura, confusa e contraddittoria dell'intero testo unico, sulla quale i contrasti interpretativi, lungi dal sopirsi, si sono già riaccessi"<sup>87</sup>.

Tale previsione non richiama le società quotate per cui, stante il criterio generale di cui all'art. 1, comma 5, esse dovrebbero essere escluse dall'ambito di applicazione. Se così fosse, per tali società si continuerebbe ad applicare il discusso art. 16 bis del d.l. 31 dicembre 2007, n. 248, secondo cui nelle società quotate con partecipazione pubblica inferiore al 50% "la responsabilità [...] è regolata dalle norme del diritto civile e le relative controversie sono devolute esclusivamente alla giurisdizione del giudice ordinario". Si tratterebbe, tuttavia, di una previsione del tutto ragionevole ed ingiustificata rispetto al regime previsto per le società pubbliche non quotate, tanto che si considera tale ultima previsione implicitamente abrogata e ricomprende le società pubbliche quotate nell'ambito di applicazione dell'art. 12.

### **3.6. Le società pubbliche in base alla natura dell'attività: società-imprese e società-semiamministrazioni**

In conclusione, di questa prima parte dell'indagine, pare opportuno distinguere le società pubbliche in base alla natura dell'attività esercitata. Nel corso degli ultimi tempi, infatti, si è affermata la distinzione tra società-impresa e società semiamministrazioni, espressione della disomogeneità delle società pubbliche, tanto che parte della dottrina<sup>88</sup> ha parlato di "non categoria", in quanto l'unico

---

<sup>87</sup>IBBA C., *Società a partecipazione pubblica*, cit.

<sup>88</sup> Cfr. CHITI M.P., *Carenze della disciplina delle società pubbliche e linee direttrici per un riordino*, in *astrid-online.it*.

elemento comunque e costante ai diversi modelli societari sarebbe quello della partecipazione pubblico, tra l'altro con entità e modalità assai diverse.

In un contesto siffatto si suole dunque distinguere tra società che incarnano vere e proprie imprese e società "così pesantemente segnate in senso pubblicistico – per funzioni esercitate o per rapporto diretto con la pubblica amministrazione – da essere qualificate come quasi (o semi) amministrazioni"<sup>89</sup>.

In passato Assonime ha proposto la soppressione delle società semi-amministrazioni, in quanto considerate un modello societario ibrido, di difficile collocazione sistematica e normativa, dalla dubbia natura giuridica, che finiscono con lo snaturare il modello societario, eliminando i vincoli previsti dalla legislazione per le società partecipate dallo Stato e dagli enti locali che esercitano la loro attività effettivamente in regime di concorrenza<sup>90</sup>.

Nella categoria delle semi-amministrazioni rientrerebbero le società *in house*, utilizzate dagli enti locali per l'esercizio di servizi pubblici in deroga alle ordinarie procedure di evidenza pubblica; le società istituite per l'esercizio di funzioni pubbliche, come ad esempio l'Enav o l'Anas; le società che esercitano attività strumentali per conto di autorità amministrativa, normalmente autorità locali e regionali.

---

<sup>89</sup> CHITI M.P., *Carenze della disciplina delle società pubbliche e linee direttrici per un riordino*, cit., p. 3.

<sup>90</sup> Sulla distinzione si v. anche Corte cost., 8 maggio 2009, n. 148, in *giurcost.org*, secondo cui "le norme censurate, come già accaduto in passato con disposizioni di contenuto omologo, che pure hanno costituito oggetto di scrutinio da parte di questa Corte (sentenza n. 326 del 2008), definiscono il proprio ambito di applicazione esclusivamente in relazione all'oggetto sociale delle società e mirano, da un canto, a rafforzare la distinzione tra attività amministrativa in forma privatistica (posta in essere da società che operano per una pubblica amministrazione) ed attività di impresa di enti pubblici, dall'altro, ad evitare che quest'ultima possa essere svolta beneficiando dei privilegi dei quali un soggetto può godere in quanto pubblica amministrazione. Questa essendo la finalità delle norme, la disciplina in esame va ricondotta alla materia «tutela della concorrenza», attribuita alla competenza legislativa esclusiva dello Stato (art. 117, secondo comma, lettera e, Cost.), anziché, come sostenuto dalla ricorrente, alla materia dell'organizzazione e del funzionamento della Regione, ai sensi dell'art. 117, quarto comma, Cost.".

Va segnalato, tuttavia, che parte della dottrina si è mostrata piuttosto scettica riguardo a tale distinzione: si è osservato, infatti, che "questa indicazione è utile per avere un'idea della galassia delle società pubbliche, ma in realtà non è possibile tracciare un confine netto tra società che operano normalmente nel mercato e altre che sarebbero, in sostanza, amministrazioni mascherate. Vi è una varietà di situazioni e «la specialità delle società pubbliche è probabilmente una questione di grado che varia, alla luce del diritto positivo, senza soluzione di continuità, da un minimo a un massimo: da un minimo di specialità (o addirittura dall'assenza), nel caso in cui la società sia interamente disciplinata dal diritto comune e soltanto la titolarità delle azioni è riferibile allo Stato o ad altro ente pubblico; a un massimo, nel caso in cui le deroghe al diritto comune siano così estese da rendere predominante lo statuto pubblicistico"<sup>91</sup>.

La galassia delle società pubbliche è dunque talmente variegata da essere difficilmente inquadrabile nell'ambito di classificazioni nette e definite: la distinzione tra società impresa e società semi-amministrazioni, per quanto utile su un piano classificatorio e descrittivo, appare del tutto incapace di cogliere il fenomeno nella sua interezza e nelle sue caratteristiche fondamentali.

Le sfumature tra i diversi modelli societari adottati e tra le diverse modalità di partecipazione sono tali da essere difficilmente riconducibili ad una categoria unitaria che, si ripete, finisce con l'aver un valore meramente descrittivo, privo di conseguenze significative sul piano giuridico.

---

<sup>91</sup> CLARICH M., *Società di mercato e quasi-amministrazioni*, in *Diritto amministrativo*, 2, 2009, p. 254

### **3.7 Analisi della 'Relazione 2019' della C. dei conti sugli organismi partecipati dagli enti territoriali regionali e sanitari**

In tema di controlli sull'operato degli organismi partecipati dagli enti territoriali regionali e sanitaria, di interesse appaiono gli elementi conoscitivi offerti dalle Sezioni regionali di controllo in ordine ai processi di revisione e di razionalizzazione delle partecipazioni societarie. Il report della Corte dei Conti 2019 mostra plurime indicazioni circa la sostanziale mancata attuazione dei principi informatori dei diversi interventi posti in essere dal legislatore in vista della razionalizzazione delle partecipazioni societarie.

Permangono criticità in relazione al mantenimento di partecipazioni polvere in cui l'amministrazione non è in grado, in ragione della percentuale detenuta, di svolgere alcuna influenza sulla gestione della società.

Nondimeno elementi di segno opposto possono ricavarsi in relazione ad una significativa adesione da parte degli enti territoriali rispetto alle previsioni del Tusp ed al superamento di una logica meramente adempimentale.

La Corte ha, altresì, segnalato articolati rapporti rilevati nella Regione Basilicata tra il sistema delle partecipazioni indirette, la Sviluppo Basilicata S.p.A., quale operatore finanziario qualificato e volano per lo sviluppo delle piccole e medie imprese del territorio, ed il Fondo regionale "Venture Capital". Analogamente di rilievo appare l'attività interpretativa volta alla definizione del corretto ambito applicativo delle novità recate dal Tusp: così in tema di crisi di impresa, come normata dall'art. 14, si richiamano le indicazioni della Sezione di controllo per la Regione siciliana in ordine alla perimetrazione delle competenze intestate (relativamente al piano di risanamento) all'Autorità di settore ed alla magistratura contabile che, siccome destinataria dello strumento di risanamento,

a fini conoscitivi, non può che limitarsi a prendere atto delle conclusioni della  
Autorità.

## Conclusioni

L'indagine svolta ha messo in luce le numerose problematiche collegate al fenomeno delle società partecipate, dovute soprattutto al fatto che esse rappresentano un ibrido, un modello *border line*, che presenta i problemi delle aziende private con quelli derivanti dagli interessi pubblicistici in gioco.

Nel corso degli ultimi anni il legislatore ha tentato di delineare entro limiti più stringenti il fenomeno, in quanto si è reso conto che tali modelli societari erano stati utilizzati in maniera troppo diffusa anche in assenza di plausibili motivazioni, sovente con l'unico scopo di allentare i vincoli molto rigidi previsti dalla normativa pubblicistica in materia.

Il TUSPP, sotto questo punto di vista, è sicuramente un testo apprezzabile, che contribuisce in maniera decisiva a fare ordine in una materia che era caratterizzata dalla presenza di numerosi provvedimenti legislativi privi di coordinamento tra loro. Si avvertiva, dunque, un'esigenza di organicità e di razionalizzazione che il legislatore è stato capace di attuare proprio grazie all'introduzione del TUSPP.

La normativa in esso contenuta, invero, non ha carattere granché innovativo, in quanto nella maggior parte dei casi il legislatore si è limitato a cristallizzare orientamenti giurisprudenziali piuttosto consolidati. Resta il fatto, però, che è sicuramente un grande merito quello di aver razionalizzato la materia rendendo più agevole il compito dell'interprete.

Non mancano, tuttavia, i profili critici, a causa di un testo normativo che, in alcuni casi, è piuttosto superficiale e incapace di risolvere alcuni problemi già affiorati con la precedente normativa. Nel complesso, però, l'intervento del legislatore è da accogliere con favore, in quanto è stato capace di mettere ordine in una materia che lo richiedeva.

## Bibliografia

ALEGRETTI U., *L'amministrazione dall'attuazione costituzionale alla democrazia partecipativa*, Milano, Giuffrè, 2009.

AMAOLO A., *Il principio di trasparenza dell'azione amministrativa*, in *Altalex*, 20 febbraio 2015.

ARENA G., *Trasparenza amministrativa*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, VI, Milano, Giuffrè, 2006.

BARBIERI C., *Le società a partecipazione pubblica e le deroghe normative al Codice civile (nelle valutazioni della giurisprudenza)*, in *Giust.amm.it*, 8, 2017.

BIANCHI G., *Tecnica di consolidamento*, Milano, Giuffrè, 1995.

BOBBIO N., *La democrazia e il potere invisibile*, in *Rivista trimestrale di scienze politiche*, 1980.

BOMBARDELLI N., *Trasparenza amministrativa*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, 2005.

CERULLI IRELLI V., LIBERTINI M., *Iniziativa economica pubblica e società partecipate*, Milano, Egea, 2019.

CHITI M.P., *Carenze della disciplina delle società pubbliche e linee direttrici per un riordino*, in *astrid-online.it*.

CLARICH M., *Società di mercato e quasi-amministrazioni*, in *Diritto amministrativo*, 2, 2009.

CLARICH, M., MATTARELLA G.B., *La prevenzione della corruzione*, in M. PELISSERO, B.G. MATTARELLA (a cura di), *La legge anticorruzione*, Torino, Giappichelli, 2013.

DE NICTOLIS R., CAMERIERO L., *Le società pubbliche in house e miste*, Milano, 2008.

DE SENSI V., *Società a partecipazione pubblica: funzione gestoria, obblighi informativi ed emersione dei fattori di rischio. Commento a dec. lgs. 19 agosto 2016 n. 175*, in *Rivista di diritto societario*, 1, 2019.

DI GASPARE G., *Servizi pubblici locali, le riforme degli anni 2000*, in *Amministrazione in cammino. Rivista elettronica di diritto dell'economia e di scienze dell'amministrazione*, 2010.

DONATIVI V., *Le società a partecipazione pubblica*, Assago, Wolters Kluwer, 2016.

DONATIVI V., *Le società a partecipazione pubblica. Raccolta sistematica della disciplina, commentata e annotata con la giurisprudenza*, Milano, Giuffrè, 2016.

FIORANI L.E., *Società "pubbliche" e fallimento*, in *Giurisprudenza commerciale*, 4, 2012.

FORTUNATO S., *La funzione del bilancio consolidato nella tutela degli interessi correlati al gruppo*, in *Rivista di diritto civile*, 1, 1993.

GALGANO F., *Diritto civile e commerciale*, III, 2, Padova, Cedam, 1990.

GARZELLA S., MANCINI D., MOSCHERA L., *Sistemi di controllo interno e soluzioni organizzative*, Torino, Giappichelli, 2009.

GOISIS F., CODAZZI E., *Crisi d'impresa di società a partecipazione pubblica*, in F. CERIONI (a cura di), *Le società pubbliche*, Milano, Giuffrè, 2017.

GRECO M., *In house providing - Orientamenti recenti della giurisprudenza amministrativa e comunitaria in merito alla nozione di "controllo analogo" nei servizi pubblici locali. Nota a TAR PU - Bari sez. I 12 aprile 2006 n. 1318*, in *Appalti e Contratti*, 2, 2006.

GUZZO G., *Società miste e affidamenti in house nella più recente evoluzione legislativa e giurisprudenziale*, Milano, Giuffrè, 2009.



- IBBA C., *Società a partecipazione pubblica*, in *Diritto on line*, 2019.
- LIONATI B., *Noterelle a margine dei nuovi schemi di amministrazione della società per azioni*, in *Rivista delle società*, 2008.
- MARASÀ G., *I limiti all'assunzione e al mantenimento delle partecipazioni sociali. Profili generali*, in C. IBBA, I. DEMURO (a cura di), *Le società a partecipazione pubblica*, Bologna, Zanichelli, 2018.
- MAURO A., ANTONICELLI G. in M. LACCHINI, C. A. MAURO (a cura di), *La gestione delle società partecipate alla luce del nuovo Testo Unico. Verso un nuovo paradigma pubblico-privato*, Torino, Giappichelli Editore, 2018.
- MERLONI F., *Trasparenza delle istituzioni e principio democratico*, in ID. (a cura di), *La trasparenza amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2008.
- MESCHINO M., LALLI A., *Le Società partecipate dopo la Riforma Madia. Commento organico al D. Lgs. 19 agosto 2016, n. 175*, Roma, Dike, 2016.
- MICHETTI E., *In house providing. Modalità, requisiti, limiti*, Milano, Giuffrè, 2011.
- PADELLARO M., *Brevi notazioni a margine dei recenti sviluppi nella giurisprudenza comunitaria in tema di appalti in-house*, in *Rivista amministrativa degli appalti*, 4, 2005.
- PAGANO G., *Società in house ed ammissione delle stesse alle procedure concorsuali*, in *Banca, Borsa e titoli di credito*, 4, 2014.
- PETTITI P., *Soggettività e fallimento delle società "in house". Nota a Cass. sez. I civ. 7 febbraio 2017, n. 3196; App. Catanzaro sez. II civ. 12 luglio 2016, n. 1231*, in *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 2, 2017.
- PITTARO P., *Le disposizioni penali della legge anticorruzione numero 190 del 2012*, Roma, Donzelli, 2012.
- ROSSANO R., *I controlli nelle società pubbliche*, in *federalismi.it. Rivista di diritto pubblico italiano, comparato, europeo*, 19, 2018.

RUSCIANO M., SIMEOLI D., *Lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, 2017.

MATTARELLA G.B., PELISSERO M.(a cura di), *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, Torino, Giappichelli, 2013.

SCOTTI E., *Le società miste tra in house providing e partenariato pubblico privato: osservazioni a margine di una recente pronuncia della Corte di giustizia. Nota a CGCE sez. I 11 gennaio 2005 (causa C-26/03)*, in *Il Foro Amministrativo C.d.S.*, 3, 2005.

SILVERI GENTILONI S., *"In house" e requisito dell'attività prevalente. Un rinvio alla Corte di giustizia davvero necessario? (Sent. Cons. Stato, sez. V 20.10.2015 N.4793). Nota a ord. Cons. Stato sez. V 20 ottobre 2015, n. 4793*, in *GiustAmm.it*, 10, 2015.

SPASIANO M.R., *I principi di pubblicità, trasparenza e imparzialità*, in A.M. SANDULLI, *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2011.

STRAMPELLI G., *Il sistema dei controlli interni e l'organismo di vigilanza*, in F. AULETTA (diretto da), *I controlli nelle società pubbliche*, Torino, Giappichelli, 2017.

VESPIA R., *L'interpretazione e l'applicazione pratica della fattispecie dell'in house in senso lato alla luce delle recenti evoluzioni a livello di diritto comunitario e nazionale*, in *Rivista della Corte dei Conti*, 4, 2006.