

non opera nei confronti delle società che abbiano subito provvedimenti di cui al c.d. Codice antimafia (comma 12-*bis*).

Sempre con il decreto correttivo, sono state poi introdotte alcune specifiche disposizioni transitorie volte a consentire, con la dovuta gradualità, l'applicabilità di alcune previsioni del Testo Unico (cfr. commi 12-*ter*, 12-*quater*, 12-*quinquies*, 12-*sexies*).

3.6. Società a controllo pubblico titolari di affidamenti diretti di contratti pubblici (in house)

Art. 16 (Società in house)

1. Le società in house ricevono affidamenti diretti di contratti pubblici dalle amministrazioni che esercitano su di esse il controllo analogo o da ciascuna delle amministrazioni che esercitano su di esse il controllo analogo congiunto solo se non vi sia partecipazione di capitali privati, ad eccezione di quella prescritta da norme di legge e che avvenga in forme che non comportino controllo o potere di veto, né l'esercizio di un'influenza determinante sulla società controllata.

2. Ai fini della realizzazione dell'assetto organizzativo di cui al comma 1:

a) gli statuti delle società per azioni possono contenere clausole in deroga delle disposizioni dell'articolo 2380-*bis* dell'articolo 2409-*novies* del codice civile;

b) gli statuti delle società a responsabilità limitata possono prevedere l'attribuzione all'ente o agli enti pubblici soci di particolari diritti, ai sensi dell'articolo 2468, terzo comma, del codice civile;

c) in ogni caso, i requisiti del controllo analogo possono essere acquisiti anche mediante la conclusione di appositi patti parasociali; tali patti possono avere durata superiore a cinque anni, in deroga all'articolo 2341-*bis*, primo comma, del codice civile.

3. Gli statuti delle società di cui al presente articolo devono prevedere che oltre l'ottanta per cento del loro fatturato sia effettuato nello svolgimento dei compiti a esse affidati dall'ente pubblico o dagli enti pubblici soci.

3-*bis* La produzione ulteriore rispetto al limite di fatturato di cui al comma 3, che può essere rivolta anche a finalità diverse, è consentita solo a condizione che la stessa permetta di conseguire economie di scala o altri recuperi di efficienza sul complesso dell'attività principale della società.

4. Il mancato rispetto del limite quantitativo di cui al comma 3 costituisce grave irregolarità ai sensi dell'articolo 2409 del codice civile e dell'articolo 15 del presente decreto.

5. Nel caso di cui al comma 4, la società può sanare l'irregolarità se, entro tre mesi della data in cui la stessa si è manifestata, rinunci a una parte dei rapporti con soggetti terzi, sciogliendo i relativi rapporti contrattuali, ovvero rinunci agli affidamenti diretti da parte dell'ente o degli enti pubblici soci, sciogliendo i relativi rapporti. In quest'ultimo caso le attività precedentemente affidate alla

società controllata devono essere riaffidate, dall'ente o dagli enti pubblici soci, mediante procedure competitive regolate della disciplina in materia di contratti pubblici, entro i sei mesi successivi allo scioglimento del rapporto contrattuale. Nelle more dello svolgimento delle procedure di gara i beni o servizi continueranno ad essere forniti della stessa società controllata.

6. Nel caso di rinuncia agli affidamenti diretti, di cui al comma 5, la società può continuare la propria attività se e in quanto sussistano i requisiti di cui all'articolo 4. A seguito della cessazione degli affidamenti diretti, perdono efficacia le clausole statutarie e i patti parasociali finalizzati a realizzare i requisiti del controllo analogo.

7. Le società di cui al presente articolo sono tenute all'acquisto di lavori, beni e servizi secondo la disciplina di cui al decreto legislativo n. 50 del 2016. Resta fermo quanto previsto dagli articoli 5 e 192 del medesimo decreto legislativo n. 50 del 2016¹¹⁰.

A conclusione della rassegna della disposizioni attinenti in generale alle società in controllo pubblico, ci si sofferma, in ragione della rilevanza della fattispecie, sulle disposizioni relative alla peculiare figura di tali società consistente nella c.d. *in house*.

L'art. 16 del decreto contiene la disciplina della società *in house* (per l'analisi specifica dei profili problematici emersi nell'esperienza della società *in house* si rinvia al Cap. I della Parte II).

Tale tipo di società ha le seguenti caratteristiche:

- a) l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore esercitano sulla società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi;
- b) la società effettua oltre l'80 per cento della propria attività nello svolgimento dei compiti ad essa affidati dall'amministrazione aggiudicatrice controllante o da altre persone giuridiche controllate dall'amministrazione aggiudicatrice o da un ente aggiudicatore di cui trattasi;
- c) nel capitale sociale non vi è alcuna partecipazione diretta di capitali privati, salva l'ipotesi, ai sensi della legislazione nazionale, di una presenza di privati idonea a esercitare un'influenza determinante sulla persona giuridica controllata.

In particolare si ricorda che il controllo analogo è individuato (art. 2, comma 1, lett. c), del decreto) nell'esercizio da parte del soggetto o dei soggetti pubblici soci di un'influenza determinante sugli obiettivi strategici e le decisioni significative della controllata¹¹¹.

¹¹⁰ In materia cfr. comunicato ANAC del 3.8.2016, pubblicato il 7.9.2016.

¹¹¹ Sui presupposti tipici del controllo analogo, come sinora definiti e alla base della normativa che si commenta, appare utile il richiamo alla recente sentenza Cons. Stato, Sez. V, n. 1181/14, per la quale "deve essere posto l'accento sulla particolare intensità del controllo: i controlli in presenza dei quali si verifica il fenomeno dell'*in house* possono

Per il profilo della citata soglia di produzione di oltre l'80 per cento, l'articolo prevede:

- la possibilità che la produzione ulteriore rispetto al limite quantitativo dell'80% del fatturato può avvenire soltanto se ne conseguano economie

essere analizzati prendendo in prestito le coordinate previste per gli analoghi controlli effettuati sugli organi tradizionali dalle pubbliche amministrazioni. I controlli devono essere al tempo stesso sugli organi, e quindi strutturali, e sugli atti, ovvero sulle azioni e sui comportamenti (cfr. già la sentenza del Consiglio di Stato, sez. V, 6 maggio 2002, n. 2418): sugli organi nel senso che l'ente locale deve avere il potere di nomina e revoca quanto meno della maggioranza dei componenti degli organi di gestione, di amministrazione e di controllo; sulla gestione nella misura in cui l'ente affidante, oltre al potere di direttiva e di indirizzo, deve avere anche il potere di autorizzare o di annullare quantomeno tutti gli atti più significativi della società, come il bilancio, i contratti che superino una certa soglia ed in generale gli atti più qualificanti della gestione che non si risolvano in meri atti ordinari e burocratici (cfr. Consiglio di Stato, sez. VI, 11 febbraio 2013, n. 762). In linea di principio, come è noto, il regime civilistico dei poteri del socio non soddisfa quel parametro di intensità e di cogenza che è invece necessario perché vi sia una vera e propria mortificazione dell'autonomia manageriale, che sola giustifica l'affidamento in house: si pensi al periodo che intercorre tra la revoca di un amministratore e la nomina di uno nuovo, ove il controllo societario non garantisce la sindacabilità di atti medio tempore adottati e potenzialmente lesivi. A questi fini è allora necessario che accanto alle prerogative sociali, e quindi ai poteri che l'ente locale esercita come socio secondo le regole civilistiche, vi siano anche intensi e significativi poteri pubblicistici concernenti gli atti più significativi che contrastino con le direttive e con gli indirizzi impartiti dallo stesso ente locale (Consiglio di Stato, sez. V, 8 gennaio 2007, n. 5; sez. VI, 3 marzo 2007, n. 1514)'' deve essere posto l'accento sulla particolare intensità del controllo: i controlli in presenza dei quali si verifica il fenomeno dell'in house possono essere analizzati prendendo in prestito le coordinate previste per gli analoghi controlli effettuati sugli organi tradizionali dalle pubbliche amministrazioni. I controlli devono essere al tempo stesso sugli organi, e quindi strutturali, e sugli atti, ovvero sulle azioni e sui comportamenti (cfr. già la sentenza del Consiglio di Stato, sez. V, 6 maggio 2002, n. 2418): sugli organi nel senso che l'ente locale deve avere il potere di nomina e revoca quanto meno della maggioranza dei componenti degli organi di gestione, di amministrazione e di controllo; sulla gestione nella misura in cui l'ente affidante, oltre al potere di direttiva e di indirizzo, deve avere anche il potere di autorizzare o di annullare quantomeno tutti gli atti più significativi della società, come il bilancio, i contratti che superino una certa soglia ed in generale gli atti più qualificanti della gestione che non si risolvano in meri atti ordinari e burocratici (cfr. Consiglio di Stato, sez. VI, 11 febbraio 2013, n. 762). In linea di principio, come è noto, il regime civilistico dei poteri del socio non soddisfa quel parametro di intensità e di cogenza che è invece necessario perché vi sia una vera e propria mortificazione dell'autonomia manageriale, che sola giustifica l'affidamento in house: si pensi al periodo che intercorre tra la revoca di un amministratore e la nomina di uno nuovo, ove il controllo societario non garantisce la sindacabilità di atti medio tempore adottati e potenzialmente lesivi. A questi fini è allora necessario che accanto alle prerogative sociali, e quindi ai poteri che l'ente locale esercita come socio secondo le regole civilistiche, vi siano anche intensi e significativi poteri pubblicistici concernenti gli atti più significativi che contrastino con le direttive e con gli indirizzi impartiti dallo stesso ente locale (Consiglio di Stato, sez. V, 8 gennaio 2007, n. 5; sez. VI, 3 marzo 2007, n. 1514)''.

- di scala o altri recuperi di efficienza sul complesso dell'attività principale della società (comma 3-*bis*);
- che il mancato rispetto del limite quantitativo costituisce grave irregolarità ai sensi dell'art. 2409 del cod. civ. e delle funzioni di monitoraggio e indirizzo e coordinamento di cui all'art. 15 del decreto (comma 4);
 - che detta irregolarità può essere sanata dalla società se, entro tre mesi dalla data in cui si è manifestata, la stessa rinunci a una parte dei rapporti di fornitura con i terzi ovvero agli affidamenti da parte dei soci pubblici (comma 5).

Il Consiglio di Stato si è soffermato, nel proprio parere, sulla natura giuridica dell'*in house*, che la Corte di Cassazione¹¹² non considera un vero e proprio soggetto giuridico, mancando il requisito dell'alterità soggettiva rispetto all'amministrazione pubblica, mentre parte della dottrina ritiene la natura di autonoma persona giuridica di diritto privato.

Al riguardo il Consiglio di Stato richiama un secondo orientamento *“seguito dalla prevalente dottrina, che sembra avere trovato rispondenza nell'attuale schema di decreto”*, per il quale *“la società in house deve considerarsi una vera e propria società di natura privata dotata di una sua autonoma soggettività giuridica”* concludendo, in ogni caso che, quale che sia la prospettazione che si intenda seguire, *“la società in house conserva ...una forte peculiarità organizzativa imposta dal diritto europeo, che la*

¹¹² Secondo le Sezioni Unite della Cassazione civile (ordinanza n. 14040 dell'8.7.2016), *“La nozione di società in house è notoriamente di matrice sovranazionale ed origina dall'esigenza di impedire che ci si possa sottrarre ad alcune delle regole costitutive del mercato comune ed ai principi di libera concorrenza (segnatamente in ordine alle modalità degli appalti) attraverso il filtro di società a partecipazione pubblica non correlate strettamente all'organizzazione ed all'attività della pubblica amministrazione ed ai sistemi di controllo propri di questa, si da poter abusare della loro derivazione da scelte ed Investimenti della pubblica amministrazione (in senso lato), derogando, senza una plausibile ragione, a quell'architettura di norme che, nel corso dei decenni, ha progressivamente strutturato le dinamiche di mercato nella Comunità e poi nell'Unione europea. Le scelte legislative e l'orientamento giurisprudenziale interni non sono che il riflesso nazionale di questa impostazione per cui in relazione a società, pur costituite ed operanti secondo le regole codicistiche, ma che – secondo gli esigenti e severi criteri sovranazionali – possono essere considerate in house, valgono le forme di responsabilità per danno erariale previste per gli enti pubblici in quanto, dal punto di vista funzionale ed organizzativo, tali società sono viste come articolazioni interne di questi ultimi, considerazione che giustifica (sul piano sovranazionale) una parziale deroga alle regole che strutturano quel “bene pubblico europeo”, come afferma talvolta la Dottrina, che è rappresentato da un “mercato interno” (art. 3 TUE: “l'Unione instaura un mercato interno”; ...). 3 TFUE comprende un sistema che assicura che la concorrenza non sia falsata”)...”n tutti gli Stati membri (v., in tal senso, sentenza 11 gennaio 2005, causa C-26/03, Stadt Halle e RPL Lochau, Race, pag. I-I,punto 44)” (cfr. punto n. 58 Corte di Giustizia Ce 11 Maggio 2006, C-340/2003, Carbotermo)”*.

rende non riconducibile al modello generale di società quale definito dalle norme di diritto privato”.

Quanto, poi, ai requisiti strutturali e funzionali sopra elencati, l’organo consultivo ha rilevato quanto segue.

In primo luogo, rispetto alla partecipazione dei privati le direttive europee hanno demandato al potere discrezionale degli Stati membri di disciplinare questa fattispecie, ma la norma in esame non ha inteso autorizzare in generale la partecipazione dei privati, avendo rinviato alle specifiche disposizioni di legge che la prevedano. Secondo il Consiglio di Stato (con osservazione accolta nel testo in esame) *“Tale forma di rinvio deve però essere fatto a disposizioni di legge che “prescrivono” e dunque impongono la partecipazione e non anche a quelle che genericamente “prevedono” la partecipazione. La prescrizione deve attuarsi mediante una chiara esplicitazione delle ragioni che giustificano la partecipazione di privati nella compagine societaria”*¹¹³.

¹¹³ La Corte dei Conti, Sez. controllo Campania, di recente (deliberazione 1589-03/05/2016), nell’esprimere il proprio parere al riguardo, richiamate le diverse pronunce del Consiglio di Stato in materia, ha sottolineato che la tesi, oggi adottata nel parere dello stesso Consiglio sul testo all’esame, appare confermata dall’interpretazione storico letterale dei citati articoli delle nuove direttive europee. *“Infatti: la direttiva usa il termine “prescritte”, e non semplicemente “previste” (come invece fa l’art. 5, lett. c, D.lgs. 50/2016), i considerando n. 32 della direttiva appalti e il considerando n. 46 della direttiva concessioni espressamente affermano la necessità di una partecipazione non facoltativa, ma obbligatoria, in ragione di valutazioni effettuate dal Legislatore interno. Infatti: “L’esenzione [dalle procedure di evidenza pubblica] non dovrebbe estendersi alle situazioni in cui vi sia partecipazione diretta di un operatore economico privato al capitale della persona giuridica controllata [...], ciò non dovrebbe valere nei casi in cui la partecipazione di determinati operatori economici privati al capitale della persona giuridica controllata è resa obbligatoria da disposizioni legislative del diritto nazionale conformi ai trattati”; anche l’analisi comparativo-linguistica della direttiva, fondamentale ai fini dell’indagine del suo significato letterale, conferma il significato forte dell’impiego del termine “prescritta”. Ad esempio, la corrispondente terminologia della versione inglese non parla meramente di partecipazione “required by national legislative provisions”, ma richiede che questa sia una “compulsory membership”. Ora, è noto che il significato di una disposizione interna non può che essere quello che ne deriva da un procedimento di interpretazione conforme alla disciplina comunitaria (cfr sent. Faccini-Dori, 14 luglio 1994, causa C-91/92, più di recente sentenza Pfeiffer, 5 ottobre 2004, cause riunite da C397/01 a C403/01, punti 115, 116, 118 e 119 e sentenza Adeneler, 4 luglio 2006, causa C212/04, punto 111; infine sentenza Mangold, 22 novembre 2005, causa C-144/2004, punti 74-78), persino quando il termine per l’applicazione della direttiva non è ancora scaduto, a maggior ragione se nella fattispecie considerata assumono rilevanza principi generali dell’ordinamento comunitario (sent. Mangold, cit., punto 75) che si impongono prima e a prescindere dalla direttiva. Ciò anche alla luce dell’art. 1 della L. n. 241/1990, secondo cui ogni procedimento amministrativo, e quindi la scelta pubblica che precede ogni negozio di diritto (Ad. Plen. n. 10/2011), è “retto” “dai principi dell’ordinamento comunitario”. In definitiva, l’espressione “prescritta” di cui alle richiamate disposizioni delle direttive definitorie dell’in house – espressione che di per sé appare necessitare di*

Inoltre, ha osservato altresì l'Organo consultivo, la condizione per lo svolgimento di attività *extra moenia*, data dalla possibilità di conseguire economie di scala o altri recuperi di efficienza, non è prevista dal legislatore e dalla giurisprudenza europea ed è, pertanto, da eliminare; in ogni caso, le attività *extra moenia* potrebbero essere svolte soltanto se presentino le caratteristiche indicate dall'articolo 4 del testo unico; né, pena lo svuotamento di significato dell'art. 4, è ammissibile il potere di sanatoria.

Sulla previsione della soglia quantitativa di fatturato che la società *in house* può svolgere *extra moenia* si è pronunciata anche la Conferenza unificata osservando che il requisito del conseguimento di "...*economie di scala o altri recuperi di efficienza sul complesso delle attività*", non è previsto dal diritto dell'Unione, ed in particolare dall'art. 12 della direttiva 24/2014, suggerendo di rimuovere la predetta condizione.

Il Governo non ha ritenuto:

- di accogliere le osservazioni della Conferenza unificata e del Consiglio di Stato volte a delimitare il campo di applicazione della produzione ulteriore "*in quanto si rileva che il diritto europeo non impone alcune condizioni, ma non impedisce condizioni più rigorose, coerenti con l'obiettivo di promuovere la concorrenza. Peraltro in relazione alle attività rimane fermo il vincolo di cui all'articolo 4, comma 1, del presente testo unico*";
- di eliminare il potere di sanatoria, di cui al comma 5 dell'articolo in esame, poiché "*la sanatoria si riferisce all'irregolarità (che è una misura in più rispetto al diritto europeo) non al rispetto del limite dell'80 per cento: al contrario, questa disposizione è un modo per assicurare il rispetto del limite stesso, attraverso lo scioglimento dei relativi rapporti*".

3.6.1. La realizzazione dell'assetto organizzativo

Ai fini della realizzazione dell'assetto organizzativo societario, la norma in commento (comma 2) prevede che:

- a) gli statuti delle società per azioni possono contenere clausole in deroga delle disposizioni dell'art. 2380-*bis* e dell'art. 2409-*novies* del codice civile;

una stretta interpretazione, in quanto determina una deroga principi che hanno fondamento diretto nel diritto dei Trattati – presuppone comunque una disposizione nazionale che tale partecipazione renda necessaria (per fini discrezionalmente individuati dal Legislatore interno) e non meramente "possibile"; solo in tal caso sussiste il presupposto per la deroga al pregresso *acquis communautaire*.

- b) gli statuti delle società a responsabilità limitata possono prevedere l'attribuzione all'ente o agli enti pubblici soci di particolari diritti, ai sensi dell'art. 2468, terzo comma, del codice civile;
- c) in ogni caso, i requisiti del controllo analogo possono essere acquisiti anche mediante la conclusione di appositi patti parasociali; tali patti possono avere durata superiore a cinque anni, in deroga all'articolo 2341-bis, primo comma, del codice civile.

Sono così disciplinate le modalità di esercizio del controllo analogo, distinguendo, nei primi due punti, tra società per azioni e società a responsabilità limitata.

L'art. 2380-bis, cod. civ. per le s.p.a. dispone, con norma ritenuta di natura imperativa secondo l'orientamento prevalente, che *“la gestione dell'impresa spetta esclusivamente agli amministratori”*; l'art. 2409-novies cod. civ. reca la disciplina del consiglio di gestione. Il decreto consente, per l'*in house*, la deroga a tali disposizioni.

L'art. 2468, terzo comma, cod. civ. dispone, per le s.r.l., che l'atto costitutivo possa prevedere *“l'attribuzione ai singoli soci di particolari diritti riguardanti l'amministrazione della società o la distribuzione degli utili”*. Il decreto precisa che l'attribuzione di tali diritti può essere prevista anche a favore dell'ente o degli enti pubblici soci.

Infine, si dispone che *“in ogni caso”* si può fare ricorso allo strumento dei patti parasociali allo scopo di acquisire i requisiti del controllo analogo; patti la cui durata è prevista anche superiore a cinque anni, in deroga al limite temporale di cui all'art. 2341-bis, comma 1, lett. c), cod. civ.; la violazione dei patti, in quanto dotati di valenza obbligatoria, comporta esclusivamente la proposizione di un'azione risarcitoria.

Secondo il Consiglio di Stato non è chiaro se il richiamo ai patti parasociali *“sia espressione della volontà di assegnare ad essi una valenza “sostanzialmente” sociale con efficacia reale ovvero se mantengano natura obbligatoria, con conseguenti dubbi, in quest'ultimo caso, in ordine alla loro idoneità rilevando, la loro previsione, soltanto, sul piano dell'effettività. In quest'ultimo caso sussiste il dubbio in ordine alla loro idoneità ad assicurare forme di controllo coerenti con le imposizioni europee”*.

L'alternativa alla formulazione della norma in esame sarebbe potuta essere quella di mantenere una dizione ampia di controllo analogo senza specificare i mezzi attraverso i quali si può esplicitare.

A questo proposito, il Consiglio di Stato ha rilevato che *“anche se si mantiene l'attuale formulazione, è indubbio che si introduce «sull'assetto organizzativo», come è espressamente indicato nella norma in esame, una deroga così pregnante al tipo societario disciplinato dal codice che impedisce di ravvisare una società che in esso possa essere sussunta”*, stando in

ciò la ragione per cui lo stesso Consiglio ha proposto di inserire autonomamente l'*in house* tra i "tipi societari".

3.6.2. *L'acquisizione di lavori, beni e servizi*

Il comma 9 dell'articolo in commento dispone che le società *in house* sono tenute all'acquisto di lavori, beni e servizi secondo la disciplina in materia di contratti pubblici, ferma restando la disciplina di cui all'art. 192 del detto codice, relativo alla costituzione presso l'ANAC dell'elenco delle amministrazioni aggiudicatrici e enti aggiudicatori che operano mediante affidamenti diretti a società *in house*, all'obbligo di motivazione di tali affidamenti rispetto al mancato affidamento al mercato e di pubblicità dagli atti connessi all'affidamento.

Nel primo testo della norma la prescrizione del ricorso all'evidenza pubblica era riferita alle "*società in controllo pubblico*"; sul punto, il Consiglio di Stato aveva ritenuto l'opportunità di chiarire a quale tipologia di società partecipata si applicasse la disposizione, trattandosi di una previsione riferita a tutte le società in controllo pubblico, mentre, per collocazione sistematica, il riferimento appariva riguardare le sole società *in house*.

Per gli aspetti relativi allo *in house* frazionato o pluripartecipato, l'*in house* inverso o capovolto, l'*in house* orizzontale e il controllo analogo a raggiera, l'*in house* "a cascata" o verticale e il controllo analogo lineare, si veda la Parte II, cap. I, paragrafi 10-13.

3.6.3. *Gli affidamenti in house nel nuovo Codice dei contratti pubblici*

Si richiama specificamente, anzitutto, la già citata disciplina degli affidamenti *in house* recata dagli articoli 5 e 192 del nuovo codice dei contratti per il quale, al fine di garantire adeguati livelli di pubblicità e trasparenza nei contratti pubblici, è prevista l'istituzione presso l'Anac di un elenco delle stazioni appaltanti che operano mediante affidamenti diretti nei confronti di proprie società *in house*.

L'iscrizione al predetto elenco, nelle modalità e secondo i criteri di cui alle Linee Guida ANAC n. 7 del 15 febbraio 2017, consente di procedere mediante affidamenti diretti dei contratti all'ente strumentale, fermo restando l'obbligo di pubblicazione, in conformità alle disposizioni di cui al decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33, sul profilo del committente degli atti connessi all'affidamento diretto medesimo, ove non secretati.

L'art. 192, inoltre, dispone che, ai fini dell'affidamento *in house* di un contratto avente ad oggetto servizi disponibili sul mercato in regime di concorrenza, le stazioni appaltanti devono:

- a) effettuare preventivamente la valutazione sulla congruità economica dell'offerta dei soggetti *in house*, avuto riguardo all'oggetto e al valore della prestazione;
- b) dare conto nella motivazione del provvedimento di affidamento delle ragioni del mancato ricorso al mercato;
- c) nonché dare conto dei benefici per la collettività della forma di gestione prescelta, anche con riferimento agli obiettivi di universalità e socialità, di efficienza, di economicità e di qualità del servizio, nonché di ottimale impiego delle risorse pubbliche.

In merito al citato art. 192 del Codice dei contratti, il Consiglio di Stato nel parere n. 855 del 1° aprile 2016 ha chiesto che l'*in house* sia meglio coordinato con la disciplina (*in itinere*) sui limiti alla costituzione delle società pubbliche. Nel citato parere, il Consiglio di Stato ha osservato che “quanto agli affidamenti *in house*, il codice stabilisce a quali condizioni è legittimo un affidamento diretto a soggetto *in house*, senza ricorso al mercato. Non affronta le condizioni in presenza delle quali le pubbliche amministrazioni possono dare vita a un soggetto *in house*”. Pertanto, ha suggerito che il codice sia raccordato con la nuova disciplina delle società pubbliche, in corso di approvazione, rilevandosi alcune incoerenze tra l'art. 5, comma 1, lett. c), del medesimo codice, le corrispondenti previsioni delle direttive UE 2014/23/24/25 (rispettivamente art. 17, par. 1, lett. c); art. 12, par. 1, lett. c), art. 28, par. 1, lett. c), e l'art. 16 del decreto legislativo sulle società pubbliche qui all'esame.

Inoltre, si segnala che l'art. 177 del nuovo codice dei contratti pubblici, in tema di affidamenti dei concessionari, stabilendo l'obbligo per i soggetti pubblici e privati, titolari di concessioni di lavori o di servizi pubblici già esistenti o di nuova aggiudicazione, di affidare mediante procedura ad evidenza pubblica una quota pari all'80% dei contratti di lavori, servizi e forniture relativi alle concessioni di importo superiore a 150.000 euro, dispone che la restante parte possa essere realizzata da società *in house* per i soggetti pubblici ovvero da società direttamente o indirettamente controllate o collegate per i soggetti privati, ovvero tramite operatori individuati mediante procedura ad evidenza pubblica, anche di tipo semplificato.

3.6.4. *La prorogatio degli amministratori delle società in house*

Il comma 15 dell'art. 11 del decreto dispone l'applicazione delle norme del decreto-legge n. 293/1994 (legge n. 444/1994) agli organi di amministrazione e controllo delle società *in house*.

Il d.l. 293/1994 citato stabilisce che esso si applica anche alle “*persone giuridiche a prevalente partecipazione pubblica, quando alla nomina dei componenti di tali organi concorrono lo Stato o gli enti pubblici*” (art.1) e che gli organi amministrativi non ricostituiti alla scadenza del termine di durata per essi previsto “*sono prorogati per non più di 45 giorni decorrenti dal giorno della scadenza del termine medesimo*” potendo, in tale periodo, “*adottare esclusivamente gli atti di ordinaria amministrazione nonché gli atti urgenti e indifferibili con indicazione specifica dei motivi di urgenza e indifferibilità*”, con sanzione di nullità degli atti eccedenti (art.3).

L'espressa delimitazione dell'applicazione di questa normativa alle società *in house* lascia supporre l'applicazione della normativa civilistica generale negli altri casi.

4. Società a partecipazione mista pubblico-privata (art. 17)

Art. 17 (Società a partecipazione mista pubblico-privata)

1. 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 procedura di evidenza pubblica a norma dell'art. 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.

2. 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 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.

3. 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.

4. 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.

5. 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.

6. 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 a 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 delle 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.

Le società miste rappresentano una delle modalità di organizzazione e di gestione di servizi pubblici d'interesse generale da parte delle Pubbliche amministrazioni, alternativa rispetto all'esternalizzazione, alla gestione secondo il modello dell'*in house providing*¹¹⁴ e alla gestione in proprio da

¹¹⁴ Per una ricostruzione dei modelli di gestione dei servizi pubblici locali, vedasi Corte dei Conti, deliberazione n. 15/SEZAUT/2014/FRG, par. 3.3: dall'art. 22, l. 8 giugno 1990, n. 142 (poi, trasfusi nell'art. 113, d.lgs. n. 267/2000), passando per l'art. 35, co. 8, l. 28 dicembre 2001, n. 448, che ha prescritto agli enti locali di trasformare, entro il 31 dicembre 2002, le aziende speciali che gestivano i servizi di cui all'art. 113, d.lgs. n. 267/2000, in società di

parte dell'Amministrazione (per l'analisi specifica dei profili problematici emersi nell'esperienza della società mista si rinvia al Cap. II della Parte II).

Nella società mista a partecipazione pubblica, in cui il socio privato è scelto con una procedura ad evidenza pubblica, come oggi confermato anche dall'art. 5, comma 9, del d.lgs. n. 50/2016, si realizza la composizione tra interessi pubblici e privati, apportando questi ultimi capitali e tecnologie nella logica di una più efficiente prestazione dei servizi pubblici, e rimanendo le amministrazioni presenti nella compagine societaria tanto con il capitale sociale quanto con amministratori e sindaci.

L'affidamento di un servizio ad una società mista è ritenuto ammissibile a condizione che si sia svolta un'unica gara per la scelta del socio privato e l'individuazione del determinato servizio da svolgere (c.d. gara a doppio oggetto¹¹⁵), delimitato in sede di gara sia temporalmente che con riferimento all'oggetto (Cons. Stato, Sez. V, 16 marzo 2016, n. 1028).

capitali. Nel 2003 il legislatore ha parzialmente mutato indirizzo: con l'art. 113, co. 5, d.lgs. n. 267/2000, sostituito dall'art. 14, co. 1, lett. d), d.l. 30 settembre 2003, n. 269, convertito dalla l. 24 novembre 2003, n. 326, ha delineato tre modelli organizzativi, con possibilità di affidamento del servizio: a) a società di capitali individuate attraverso l'espletamento di gare con società nel cui oggetto sociale coesistono servizi pubblici e attività strumentali, nonché il divieto procedura a evidenza pubblica; b) a società a capitale misto pubblico privato nelle quali il socio privato è scelto attraverso l'espletamento di gare con procedure a evidenza pubblica; c) a società a capitale interamente pubblico a condizione che l'ente o gli enti pubblici titolari del capitale sociale esercitino sulla società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e che la società realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o con gli enti pubblici che la controllano. Con l'art. 23-bis, d.l. n. 112/2008, modificato dall'art. 15, d.l. 25 settembre 2009, n. 135, convertito dalla l. 20 novembre 2009, n. 166, il legislatore aveva previsto che gli enti locali potessero scegliere, per la gestione di tutti i servizi pubblici a rilevanza economica, incluso il servizio idrico, tra due modelli di affidamento: a) a soggetti terzi individuati con gara; b) a società miste costituite con gara c.d. "a doppio oggetto". L'affidamento a società *in house* è rimasto previsto soltanto come ipotesi eccezionale (in presenza di particolari esigenze territoriali e sociali e previo parere dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato). A seguito dell'abrogazione, per iniziativa referendaria, dell'art. 23-bis, d.l. n. 112/2008, ad opera del d.P.R. 18 luglio 2011, n. 113, si è passati dall'esigenza di garantire la massima concorrenza e di contenere le ipotesi di affidamento diretto alla riviviscenza delle norme comunitarie che, invece, consentono la gestione *in house*. Nella legge di stabilità 2014, è contenuta una disciplina ad hoc delle società che esercitano servizi pubblici locali le quali, anche se titolari di affidamenti *in house*, restano escluse dai provvedimenti di liquidazione di cui all'art. 1, co. 555, l. n. 147/2013. Nei confronti delle stesse è pure interdetta l'applicazione diretta dei vincoli in materia di spesa di personale che, pur riguardando aziende speciali, istituzioni e società *in house*, viene esclusa per le società che gestiscono servizi pubblici locali a rilevanza economica, fatta salva l'adozione di atti di indirizzo che restano affidati alla responsabilità degli enti proprietari (art. 1, co. 557, l. n. 147/2013).

¹¹⁵ Su cui v., in particolare, il Parte II, Cap. I, par. 4.1.

Le società miste, quale possibile modello gestionale dei servizi pubblici, sono state dapprima previste dall'art. 22, comma 3, lett. e)¹¹⁶, della l. n. 142/1990, confluito nell'art. 113 T.U.O.E.L., oggetto di vari successivi interventi legislativi ed oggi abrogata espressamente dal decreto sui servizi pubblici locali.

Quanto alla natura giuridica, la giurisprudenza di legittimità, da sempre, sostiene che le società miste non perdono la loro natura privatistica per il solo fatto di essere partecipate da enti pubblici¹¹⁷.

4.1. La nuova disciplina delle società miste

L'articolo 17 del decreto sulle partecipate contiene alcune specifiche disposizioni relative alle società a partecipazione mista pubblico-privata, che ne tipizzano un modello in relazione alle finalità della realizzazione e gestione di un'opera pubblica ovvero per l'organizzazione e gestione di un servizio di interesse generale in regime di partenariato con un imprenditore privato (art. 4, comma 2, lett. c).

Un primo rilevante elemento di caratterizzazione è dato dalla previsione per cui la quota di partecipazione del socio privato non deve essere comunque inferiore al 30%.

Si prevede, poi, che:

- a) il socio privato, selezionato con la gara a doppio oggetto, deve possedere i requisiti di qualificazione previsti da norme legali o regolamentari in relazione alla prestazione per cui la società è stata costituita;
- b) l'avviso pubblico deve essere corredato dai seguenti allegati:
 - bozza dello statuto
 - bozza degli eventuali accordi parasociali
 - bozza degli elementi essenziali del contratto di servizio e dei disciplinari e regolamenti di esecuzione che ne costituiscono parte integrante;
- c) il bando di gara deve specificare l'oggetto dell'affidamento, i necessari requisiti di qualificazione generali e speciali di carattere tecnico ed 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.

¹¹⁶ *I comuni e le province possono gestire i servizi pubblici nelle seguenti forme: ...e) a mezzo di società per azioni o a responsabilità limitata a prevalente capitale pubblico locale costituite o partecipate dall'ente titolare del pubblico servizio, qualora sia opportuna in relazione alla natura o all'ambito territoriale del servizio la partecipazione di più soggetti pubblici o privati.*

¹¹⁷ Cfr. Cass. civ., S.U., 6.5.1995, n. 4989; Cass. civ., Sez. I, 27.9.2013, n. 22209.