

APPROFONDIMENTI

*Esperto Legale**Società*

## La società a partecipazione pubblica

*di Tofani Cristiano Augusto, De Ficchy Francesco**Data ultimo aggiornamento: maggio 2019**Sommario:*

- 1. L'evoluzione del quadro normativo.*
- 2. I requisiti della società in house. Il controllo analogo.*
- 3. Riparto di giurisdizione tra giustizia ordinaria e giustizia amministrativa.*
- 4. Le soluzioni concordate della crisi delle società a partecipazione pubblica. – Segue: le "Società del patrimonio".*

### **1. L'evoluzione del quadro normativo.**

Il legislatore nazionale è intervenuto nel corso degli anni più volte sul tema della società in house, senza tuttavia, riuscire ad elaborare un impianto normativo coordinato ed omogeneo. Le norme oggetto di interventi successivi sono state, in particolare, la legge 8 giugno 1990, n. 142, la legge 23 dicembre 1992, n. 498, il decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, ovvero il Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali (d'ora in poi, TUEL) e il decreto legislativo 19 agosto 2016, n. 175, Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica (d'ora in poi TUSP). Tale ultimo intervento riformatore è stato ritenuto necessario

sulla base delle esigenze di *spending review* nell'ambito della spesa pubblica e dei principi contenuti in una serie di direttive europee emanate in data 26 febbraio 2014 (1).

La normativa antecedente al TUSP prevedeva che le forme giuridiche che potevano assumere le società pubbliche, a partecipazione totale o parziale, seguivano quattro modelli societari:

(i) le società strumentali relative alla gestione, inter alia, dei rifiuti e del servizio idrico (2);

(ii) le società operanti in regime di concorrenza, nei settori oggetto di interventi legislativi di liberalizzazione, partecipate interamente da un socio pubblico;

(iii) le società miste caratterizzate dalla partecipazione al capitale di soci privati scelti mediante procedure a evidenza pubblica, che agiscono in un mercato concorrenziale con precisi compiti operativi (3);

(iv) le società che non operano in un mercato concorrenziale, che tuttavia offrono un servizio pubblico ai cittadini con l'annesso obbligo di garantirne la corretta prestazione agli utenti che ne facciano richiesta (ovvero la società a partecipazione pubblica, c.d. società *in house*) (4).

L'*in house* rappresenta il fenomeno dell'autoproduzione di beni, servizi o lavori eseguiti dall'amministrazione pubblica, non considerando necessaria una procedura a evidenza pubblica per l'affidamento del relativo servizio che viene quindi affidato ad un soggetto societario formalmente distinto dall'amministrazione pubblica.

La Corte di giustizia con la nota sentenza Tekal del 18 novembre 1999, in causa C-107/98, ha tracciato i principi qualificanti che devono possedere necessariamente le società per potersi definire *in house*. La Corte ha specificato che, quando non si registra una differenza sostanziale tra l'ente affidante e quello affidatario, non è configurabile un appalto bensì una gestione *in house* che impongono la non discriminazione degli operatori economici presenti sul mercato.

La Corte aggiunge che, perché si configuri la gestione in house, prevedendo le relative deroghe alla normativa antitrust, sono necessari ed indefettibili due elementi:

(i) l'ente pubblico esercita sul soggetto affidatario un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi;

(ii) il soggetto affidatario realizza prevalentemente la propria attività in favore dell'amministrazione controllante.

## **2. I requisiti della società in house. Il controllo analogo.**

All'interno del genus delle società partecipate sono contenute sia le società controllate dalla pubblica amministrazione, sia le società in house, disciplinate dal TUSP e, ai sensi dell'art. 1, comma 3 TUSP, *“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”*. Il controllo analogo è il carattere decisivo per qualificare la società come *in house*, ovvero una articolazione dell'amministrazione pubblica, consentendo la possibilità per suddetta società di ricevere l'affidamento di appalti e concessioni pubbliche, senza la necessità di porre in essere una procedura a evidenza pubblica. Tale situazione è riscontrabile quando il controllo della pubblica amministrazione sia di carattere strutturale tale da considerare la società controllata una mera articolazione dell'ente controllante.

Già dalla sopramenzionata sentenza Tekal, il controllo analogo viene qualificato come un *“rapporto che determina da parte dell'amministrazione controllante un assoluto potere di direzione coordinamento e supervisione sugli atti di gestione”*. La Corte Suprema di Cassazione con sentenza del 25 novembre 2013, n. 26283, prima dell'intervento del legislatore, aveva individuato il controllo analogo nei poteri della pubblica amministrazione di definire la pianificazione dell'attività della società in considerazione del potere gerarchico esercito sull'organo amministrativo, i cui componenti non avevano né il potere né l'autorità di discostarsi dalle decisioni prese dalla pubblica amministrazione socia.

Con l'emanazione delle direttive europee del 2014, la rigorosa interpretazione della Cassazione viene superata e i requisiti del controllo analogo sono attenuati, avvicinandolo alla nozione di controllo ai sensi dell'art. 2359 c.c. Non si determina un totale annullamento di tutti i poteri gestionali in capo all'organo amministrativo in house, riscontrando invece una forma di direzione unitaria in quanto *“da un verso infatti, si ammette che l'influenza dominante dell'ente controllante si possa estrinsecare soltanto a livello della c.d. alta amministrazione della società controllata, senza annullare cioè l'autonomia gestionale ed esecutiva dell'organo amministrativo; dall'altro, si equiparano – a livello di fattispecie – le fonti del potere di controllo (rectius d'influenza) legittimando l'assoggettamento della società in house alla direzione dell'ente controllante, e ciò in virtù oltre che di una situazione di controllo interno di diritto ex art. 2359 c.c., anche di una clausola statutaria (art. 2497 septies c.c.)”*. (5)

Rispetto al tema degli affidamenti pubblici, in considerazione del fatto che le società in house sono definite quali una longa manus dell'amministrazione e ai sensi dell'art. 16 TUSP *“Le società in house ricevono affidamenti diretti di contratti pubblici dalle amministrazioni che esercitano su di esse il controllo analogo congiunto solo se non vi sia una partecipazione di capitali privati, ad eccezioni di quella prescritta da norme di legge e che avvenga in forme che non comportino un controllo o un potere di veto, né l'esercizio di un'influenza determinante sulla società controllata”*.

### **3. Riparto di giurisdizione tra giustizia ordinaria e giustizia amministrativa.**

*“In caso di controversia giudiziaria sora sull'attribuzione di una concessione o di un appalto pubblico a favore di una società in house, sull'effettiva devoluzione alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, ai sensi dell'art. 133, comma 1, lett. e), n. 1, ... potrebbe dubitarsi che ci si trovi in presenza di una procedura di affidamento di pubblici lavori, servizi e forniture svolta da soggetti comunque tenuti nella scelta del contraente al rispetto dei procedimenti di evidenza pubblica ”* (6). A tale dubbio tuttavia si deve andare nel senso dell'imposizione della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in tutte le controversie sui contratti pubblici che rientrano nell'applicazione dell'art. 4 decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 (Codice dei contratti pubblici) come chiarito anche dal Consiglio di Stato in adunanza plenaria del 1 agosto 2011, n. 16. Di conseguenza, la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo comprende sia la domanda di annullamento dell'affidamento diretto, sia la domanda di declaratoria di inefficacia del contratto (sentenza T.A.R.

Milano, Sez. III, 3 ottobre 2016, n. 1781).

#### **4. Le soluzioni concordate della crisi delle società a partecipazione pubblica.**

L'art. 14 TUSP affronta il tema della crisi stabilendo che la società a partecipazione pubblica è soggetta alle disposizioni previste nel codice civile e nelle leggi speciali in tema di fallimento, concordato preventivo ed amministrazione straordinaria delle grandi imprese insolventi. L'intento del legislatore è stato quello di colmare un vuoto normativo al quale aveva posto rimedio la giurisprudenza che aveva avuto la tendenza ad escludere l'impresa pubblica dall'applicabilità del R.D. 16 marzo 1942, n. 267 (d'ora in poi, Legge Fallimentare), in particolare relativamente agli istituti di soluzione concordata della crisi d'impresa. Il dibattito in cui è intervenuta la giurisprudenza era focalizzato attorno all'espressione "ente pubblico" e sulla relativa nozione al fine di ricomprendere o meno in esso la società pubblica (7). Soltanto con la sentenza n. 3196 del 7 febbraio 2017, la prima sezione civile della Corte di Cassazione ha stabilito, per la prima volta, la fallibilità delle società in house in considerazione anche delle disposizioni del TUSP, pur non applicabile *ratione temporis* alla fattispecie.

*"Il primo comma dell'art. 14 TUSP ("Le società a partecipazione pubblica sono soggette alle disposizioni sul fallimento e sul concordato preventivo, nonché, ove ne ricorrano i presupposti, a quelle in materia di amministrazione straordinaria delle grandi imprese insolventi di cui al decreto legislativo 8 luglio 1999, n. 270, e al decreto-legge 23 dicembre 2003, n. 347, convertito, con modificazioni, dalla legge 18 febbraio 2004, n. 39") ha infatti il merito di raccordare con perentoria chiarezza e in modo uniforme le tutele di massa dei creditori dell'impresa in crisi previste generalmente dalla Legge Fallimentare con quelle, parimenti di massa, dei creditori di società a partecipazione pubblica" (8) .*

Con tale disposizione, quindi, il legislatore ha dichiarato la piena applicabilità degli istituti propri della Legge Fallimentare alle società a partecipazione pubblica, senza la necessità di dover effettuare una analisi sulla società e la relativa organizzazione, con la conseguenza di snellire le verifiche preliminari di ammissibilità della soluzione concorsuale della crisi di volta in volta prevista.

Nell'affrontare la crisi d'impresa, il TUSP introduce di fatto una sorta di embrionale procedura di allerta della crisi, almeno per le società a controllo pubblico. Ai sensi

dell'art. 14, comma 2 TUSP, “*Qualora emergano, nell'ambito dei programmi di valutazione del rischio di cui all'art. 6 uno o più indicatori di crisi aziendale, l'organo amministrativo delle società a controllo pubblico adotta senza indugio i provvedimenti necessari al fine di prevenire l'aggravamento della crisi, di correggerne gli effetti ed eliminarne le cause attraverso un idoneo piano di risanamento*”. La disposizione salvaguarda la continuità d'impresa imponendo l'obbligo in capo al consiglio di amministrazione o all'amministratore unico, di informare i soci e di adottare quei provvedimenti necessari per non pregiudicare le possibili prospettive di continuità. L'eventuale inadempimento da parte dell'organo amministrativo comporta in capo ai rispettivi componenti una fonte di responsabilità per grave irregolarità ai sensi dell'art. 2409 c.c.

Tuttavia, il legislatore non specifica in cosa debbano consistere in concreto i provvedimenti necessari individuandone soltanto lo scopo. Sicuramente, in ossequio ai principi di spending review e quindi di salvaguardia delle finanze pubbliche, si esclude chiaramente la possibilità per le amministrazioni pubbliche che partecipano al capitale della società pubblica, di ripianare le perdite. L'unica deroga ammessa dal legislatore è il ripianamento effettuato da parte dell'amministrazione pubblica nell'ambito di un piano di ristrutturazione aziendale, dal quale risulti comprovata la sussistenza di concrete prospettive di recupero dell'equilibrio economico delle attività svolte.

Le risorse finanziarie pubbliche non potranno quindi essere utilizzate arbitrariamente per il salvataggio di imprese pubbliche al di fuori di un progetto di risanamento con comprovate e concrete prospettive di continuità aziendale.

*Segue: le “Società del patrimonio”.*

Nella panoramica delle diverse tipologie di società a partecipazione pubblica, è possibile evincere alcuni dubbi interpretative in merito alle società del patrimonio delle amministrazioni pubbliche. Tali sono quelle società con un patrimonio composto da beni, quali la rete idrica, appartenenti al patrimonio indisponibile, ai sensi degli artt. 826 e 828 c.c. e che, ai sensi dell'art. 113 TUEL, non possono essere oggetto di cessione in quanto destinati in via esclusiva all'esercizio dei servizi pubblici. Infatti, l'unica modalità di utilizzo di tali beni facenti parte del patrimonio indisponibile è quello di costituire una società di patrimonio in cui capitale risulta di

conseguenza incedibile (9).

In particolare, il TUEL (ai sensi dell'art. 13) che disciplina la gestione delle reti e l'erogazione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, prevede che le amministrazioni pubbliche non possano cedere la proprietà degli impianti, delle reti e delle altre dotazioni destinate all'esercizio dei servizi pubblici, ma possono conferire le suddette proprietà a società a capitale interamente pubblico.

Quid iuris nel caso in cui una società del patrimonio viene dichiarata fallita?

Il curatore fallimentare nominato dal giudice delegato, su quali beni potrà legittimamente fare affidamento per la soddisfazione della massa passiva se il patrimonio è interamente costituito da beni facenti parte del patrimonio incedibile?

La risposta (10) la potremmo ricercare nella norma posta ai sensi dell'art. 118, comma 1, n. 4), secondo cui: *“il fallimento si chiude: ... quando nel corso della procedura si accerta che la sua prosecuzione non consente di soddisfare, neppure in parte, i creditori concorsuali, né i creditori prededucibili e le spese di procedura...”*.

---

(1) In particolare: (i) la direttiva 2014/23/UE in materia di aggiudicazione delle concessioni; (ii) la direttiva 2014/24/UE abrogativa della normativa in materia di appalti pubblici regolata dalla precedente direttiva 2004/18/CE; (iii) la direttiva 2014/25/UE in materia di procedure di appalto sui servizi pubblici di interesse economico nei seguenti settori: acqua, trasporti, energia e servizi postali.

(2) Le società strumentali sono disciplinate ai sensi dell'art. 13 del decreto-legge del 4 luglio 2006, n. 223 (c.d. Decreto Bersani), convertito in legge del 4 agosto 2006, n. 248.

(3) Il partenariato pubblico privato (PPP) è previsto dal Libro Verde della Commissione Europea del 30 aprile 2004, e individua la necessità di svolgere una procedura a evidenza pubblica per l'individuazione del socio privato e una seconda procedura a evidenza pubblica per l'eventuale affidamento del servizio alla società mista.

(4) Sullo stato dell'arte del sistema dell'*in house providing*, il Consiglio di Stato con il parere n. 968, ha analizzato circa 5.000 società a partecipazione pubblica, contando circa 500.000 impiegati. Di queste, 988 società presentavano un numero di impiegati complessivamente inferiore rispetto al numero complessi dei componenti dei membri degli organi amministrativi.

(5) Autonomia statutaria e tipologia delle società in house, F. Guerrera, 2016.

(6) La società in house: dalla natura giuridica al riparto di giurisdizione, F.E. Rizzi, 2018.

(7) Cfr. Sentenza Cassazione del 27 settembre 2013 n. 22209, con la quale la Corte ha affrontato la questione relativa all'assoggettamento a fallimento della società pubblica ribadendo la natura privatistica, ed il conseguente assoggettamento a fallimento, delle società di capitali, malgrado l'eventuale partecipazione di enti pubblici al capitale sociale.

(8) Le soluzioni concordate della crisi delle società pubbliche, di V.V. Chionna, 2017, Milano.