

Proc. n. 35/2014 R.G. C.P.

TRIBUNALE DI TERAMO
UFFICIO PROCEDURE CONCORSUALI

Decreto di inammissibilità di domanda di concordato preventivo

Il Tribunale;

riunito in camera di consiglio nelle persone dei seguenti magistrati:

dott. GIANSAVERIO	CAPPA	PRESIDENTE
dott. GIOVANNI	CIRILLO	GIUDICE rel. ed est.
dott. STEFANIA	CANNAVALE	GIUDICE

preso atto che il giorno 14.10.2014 GABRIELE RECCHIUTI, C.F. RCC GRL 72H23 L103Z, liquidatore e legale rappresentante p.t. di TERAMO LAVORO S.R.L. in liquidazione dal 20.2.2014, con unico socio [Provincia di Teramo], con sede in Teramo, via Giannina Milli 2, P.I. 01768500678, REA TE-151088, pec teramolavorosrlinliquidazione@pec.it, assistita dall'avv. LUCA DI IORIO, del foro di Chieti, ha depositato in cancelleria domanda con riserva ex art. 161 comma 6 L.F.;

considerato che, in modo singolare, detta domanda si presenta assai articolata, al punto da contenere una descrizione analitica della storia dell'impresa, dei servizi ricevuti in convenzione dalla Provincia, dei fattori della produzione, delle cause della crisi, del processo verbale di constatazione redatto il giorno 28.2.2014 dalla G.d.F., della situazione patrimoniale, anticipando l'opzione per un concordato puramente liquidatorio;

OSSERVA

1. Preliminarmente va affrontata la questione della **legittimazione attiva della proponente** a formulare richiesta di ammissione alla procedura di concordato preventivo. TERAMO LAVORO s.r.l. viene costituita con atto del 28.5.2010 dal socio unico Provincia di Teramo e qualificata come società "che ha per oggetto la realizzazione dei servizi strumentali da svolgere, in maniera prevalente, in favore della provincia di Teramo...ed in particolare:....servizi di supporto e assistenza tecnica in materia di servizi per l'impiego, politiche per il lavoro e formazione...in materia di ruoli, sanzioni tributi....di gestione di finanziamenti nazionali ed europei.....di servizi bibliotecari...manutenzione, pulizia e facchinaggio del patrimonio immobiliare....di manutenzione stradale ed aree verdi....di informatizzazione degli uffici provinciali....installazione e



manutenzione segnaletica stradale.....di ambiente, energia, rifiuti e discariche....di urbanistica, edilizia, genio civile, protezione civile”. Nell’atto costitutivo si stabilisce che “l’amministratore unico”, cioè la Provincia di Teramo, assume tutti i poteri di gestione della società, così come previsto per legge e dallo statuto”. “Gli utili netti risultanti dal bilancio...dedotto il 5% per riserva legale e il 15% per riserve straordinarie, vengono attribuiti al socio pubblico provincia di Teramo”. Dalle note integrative al bilancio 2012 e 2013 si ricava che TERAMO LAVORO s.r.l. è società in house della Provincia di Teramo sottoposta a controllo analogo. Ha sede all’interno dello stesso stabile della Provincia di Teramo.

2. L’intera problematica che la presente richiesta di concordato pone, si risolve nel valutare se all’interno della nozione “enti pubblici” rientri anche quella cd. di “società in house”, nel significato che di seguito verrà precisato. Ed infatti, come noto, l’art. 1 comma 1 della L.F. stabilisce che “Sono soggetti alle disposizioni sul fallimento e sul concordato preventivo gli imprenditori che esercitano una attività commerciale, esclusi gli enti pubblici”. Trattasi di problema invero tuttora assai complesso e per nulla pacifico in giurisprudenza neppure a seguito dell’intervento della Corte di cassazione nel suo più autorevole consesso a Sezioni Unite, come vedremo reso peraltro in altro contesto e in distinta materia; e che in ogni caso impone che alla soluzione data circa la fallibilità si aggiunga una approfondita analisi in ordine alla questione, connessa ma distinta, della esclusione, negli stessi casi, della ammissibilità di procedura concordataria, soprattutto laddove si dovesse seguire la cd. concezione funzionale a preferenza di quella tipologica con riferimento alla individuazione del concetto di ente pubblico [mentre non sembra possa svolgere effetto alcuno la circostanza che a chiedere l’ammissione al concordato sia la stessa società in house, dal momento che quella di cui all’art. 1 L.F. è norma di diritto pubblico, inderogabile ed imperativa], nel rispetto del principio di legalità e del principio cronologico che regolano la successione delle leggi nel tempo [l’art. 4 L. 70/1975 è norma di legge ordinaria, come tale derogabile da ogni legge successiva e le deroghe possono essere desunte dal sistema senza necessità di disposizioni espresse, sulla base dei principi generali in tema di interpretazione]; delle nozioni di derivazione unionista come quella di organismo di diritto pubblico; del tendenziale superamento, secondo le più recenti direttive europee, peraltro non ancora entrate in vigore, di due dei tre requisiti tradizionali identificativi della società in house: quello della prevalenza dell’attività, essendo detta condizione ritenuta soddisfatta qualora oltre l’80% delle attività del soggetto affidatario in house siano effettuate nello svolgimento dei compiti ad esso affidati dal soggetto controllante o da altre persone giuridiche controllate dall’amministrazione controllante e quello della totale partecipazione pubblica, atta a distinguere la figura in esame dal cd. *partenariato*, che è sempre richiesta, ma viene egualmente configurata anche



in presenza di forme di partecipazione di capitali privati, prescritte dalle disposizioni legislative nazionali in conformità dei trattati, che non comportano controllo o potere di veto, attraverso le quali non può essere esercitata alcuna influenza determinante sul soggetto affidatario in house; della critica che, pure in prospettiva strettamente tipologica, assegna allo statuto dell'imprenditore commerciale una funzione adeguata anche al tema del cd. controllo analogo, altrimenti di fatto irrealizzabile fuori del codice civile, dove si rinvengono norme utili in tema di responsabilità da abuso di direzione e coordinamento sulle partecipate [artt. 2497 ss.] ed in particolare di responsabilità c.d. "aggiuntiva" di chiunque prenda parte al fatto lesivo [organi dell'ente ed organi della società]; nè manca chi afferma come ormai acquisito il carattere anomalo del fenomeno dell'in house nel panorama del diritto societario, laddove è difficile ammettere una società che non abbia alcuna autonomia gestionale, mancanza questa che non consentirebbe l'esercizio di una vera attività di impresa da parte della pubblica amministrazione, anche perché mancherebbe il rischio relativo. Né appare di facile soluzione la chiara contrapposizione tra l'evoluzione del concetto di società in house da parte della normativa europea e le raccomandazioni provenienti dalla Banca Mondiale, di segno opposto.

3. Si è ricordato che l'insegnamento tradizionale della dottrina e della giurisprudenza è stato per molto tempo, almeno dall'approvazione del codice civile in poi, nel senso che le società *lato sensu* pubbliche dovessero essere ricondotte nell'ambito del diritto comune. L'art. 2201 c.c. prevedeva l'applicabilità dello statuto dell'imprenditore commerciale agli "enti pubblici che hanno per oggetto esclusivo o principale un'attività commerciale", sottraendoli peraltro in caso d'insolvenza al fallimento ed al concordato preventivo (art. 2221 c.c. e art. 1, comma 1, l. fall.). Al di fuori dell'ipotesi dell'intervento dell'ente pubblico nell'economia, la Relazione al codice civile osservava che "la disciplina comune della società per azioni deve applicarsi anche alle società con partecipazione dello Stato o di enti pubblici senza eccezioni, in quanto norme speciali non dispongano diversamente" (n. 998). Il principio che sottostava a quest'affermazione, corrispondente ad un relevantissimo intervento pubblico nell'economia, poi smantellato per effetto della liberalizzazione dei primi anni '90, era che lo Stato nel momento in cui sceglieva d'intervenire nel mondo economico con gli strumenti di diritto privato, si assoggettava alle regole proprie di tale ordinamento, essendo comunque tenuto ad operare, se non perseguendo il profitto, quantomeno "secondo criteri di economicità", dove i ricavi dovevano essere almeno pari ai costi. Si spiegava la sottrazione al fallimento dell'ente pubblico economico, che svolgesse attività d'impresa commerciale, affermando che tale procedura "con le sue esigenze processuali obbiettive e rigorose, anche perché la struttura è congeniale al regolamento rispettoso di diritti



soggettivi, potrebbe frustrare l'interesse pubblico". Per la giurisprudenza la società pubblica, intesa come società di cui lo Stato o altro ente pubblico detiene la maggioranza delle azioni o quote, rimaneva soggetta a tutti gli effetti alla disciplina di diritto privato ed era dunque sottoposta al fallimento, salvo i casi in cui, ai sensi dell'art. 2 l. fall., poteva aprirsi la procedura di liquidazione coatta amministrativa. Si è anche detto che a livello internazionale la Insolvency Guide elaborata dall'Uncitral prevede che *"The insolvency law should govern insolvency proceedings against all debtors that engage in economic activities, whether natural or legal persons, including state-owned enterprises and whether or not those economic activities are conducted for profit."* I *Principles for Effective Insolvency and Creditor/Debtor Regimes* elaborati dalla Banca Mondiale affermano la medesima regola auspicando che, in alternativa, le eccezioni siano chiaramente definite e fondate su stringenti ragioni (*compelling State policy*). La ragione di questo orientamento internazionale definito da qualcuno uniforme sta nell'esigenza di certezza del diritto, di *predictability* ed anche di affidamento dei creditori, fondato sull'uniformità delle regole. In ogni caso, va sottolineato, sia la *Legislative Guide* sia i Principi Generali della Banca Mondiale chiedono che le eccezioni siano chiaramente espresse o dalla legge sull'insolvenza o da un'altra legge. In altri termini non deve trattarsi di un orientamento giurisprudenziale incerto e mutevole, che è proprio ciò che sta avvenendo oggi nel nostro ordinamento, con la conseguenza, si può anticipare, di un'ulteriore rischio di perdita di competitività del nostro sistema. Occorre tuttavia riconoscere che anche in altre esperienze giuridiche molto diverse dalla nostra la fallibilità delle società in mano pubblica viene vista in un'ottica particolare. Si consideri il cd. "Chapter 9" del "Bankruptcy Act" statunitense. Esso prevede, per le cd. municipalità - definite nella sezione 109 come *political subdivision or public agency or instrumentality of the state*, all'interno di cui sono comprese *cities, towns, villages, counties, taxing districts, municipal utilities, school districts* e altre autorità create dai singoli Stati della Confederazione - un'apposita procedura, volta ad ammettere solo forme di rinegoziazione del debito o operazioni di finanza straordinaria, non anche la liquidazione dei beni e la riorganizzazione della gestione dell'attività. Ai sensi di tale normativa, gli enti pubblici non sono quindi completamente esclusi da fallimento, **prevedendosi, però, che l'accesso alla procedura avvenga solo su iniziativa dell'autorità, in capo alla quale dovrà rimanere la conservazione dei propri beni, la riscossione delle entrate e il pagamento delle spese.** La procedura si differenzia notevolmente sia dal *Chapter 11* che dalla liquidazione (*Chapter 7*) perché non consente la vendita dei beni e la distribuzione del ricavato ai creditori. Tale attività violerebbe il decimo Emendamento della Costituzione degli Stati Uniti e la riserva di legge a favore degli Stati in relazione ai propri affari interni. Per effetto di questi limiti il giudice non



assume le iniziative che sono solite negli altri tipi di procedure e svolge quindi un ruolo più limitato. In sostanza il giudice approva la domanda, a condizione che essa sia stata ritenuta ammissibile; approva il piano di ristrutturazione ed assicura la sua esecuzione. Di fatto peraltro la municipalità sovente consente che il giudice svolga un ruolo più incisivo, tramite *Court's orders* che evitano la moltiplicazione dei giudizi davanti a diverse giurisdizioni. In ogni caso, la sez. 904 limita il potere del giudice di interferire sui poteri politici o governamentali del *debtor*, sulla proprietà o sui redditi del debitore, l'uso o il godimento dei redditi da parte del debitore, salvo che l'utilizzo di tali redditi sia previsto dal piano. L'attività quotidiana del debitore non è soggetta ad autorizzazione ed il debitore può prendere denaro in prestito senza necessità di autorizzazione da parte della Corte. La Corte non può nominare un curatore e salvo casi particolari non può trasformare la procedura in una procedura liquidativa.

4. Più ampiamente, le **deroghe alla disciplina concorsuale ordinaria** in ragione del carattere pubblico dell'ente esistono sia nel nostro ordinamento con riferimento alla disciplina degli enti locali, sia in ordinamenti stranieri. In **Italia per gli enti locali** è prevista una **procedura di dissesto finanziario**, diretta: alla nomina di un organo straordinario di amministrazione, che si affianca e non si sostituisce, se non per alcune competenze, agli organi ordinari dell'ente; all'accertamento della massa passiva ed al soddisfacimento dei crediti per il tramite delle risorse proprie dell'ente oltre che di un apposito mutuo con la Cassa Depositi e Prestiti, i cui oneri finanziari sono a carico dello Stato. L'istituto del dissesto finanziario è stato introdotto per la prima volta nell'ordinamento giuridico italiano con l'art. 25 d.l. 2 marzo 1989, n. 66, convertito, con modificazioni, dalla l. 24 aprile 1989, n. 144 e dall'art. 21, d.l. 18 gennaio 1993. Esso si fonda sulla **nozione di dissesto finanziario**. L'art. 244 del T.U.E.L. stabilisce in proposito che "si ha stato di dissesto finanziario se l'ente non può garantire l'assolvimento delle funzioni e dei servizi indispensabili ovvero esistono nei confronti dell'ente locale crediti liquidi ed esigibili di terzi cui non si possa fare validamente fronte con le modalità di cui all'articolo 193, nonché con le modalità di cui all'articolo 194 per le fattispecie ivi previste". La prima parte della norma dà una **definizione d'insolvenza diversa da quella prevista dall'art. 5 l.fall.**, che corrisponde all'impossibilità di garantire le funzioni ed i servizi indispensabili, presumibilmente, ma la norma non lo dice, in ragione della situazione d'impotenza finanziaria. La seconda parte della definizione invece ricade nei limiti tradizionali. Il rinvio agli artt. 193 e 194 T.U.E.L. si spiega con il fatto che le due norme prevedono l'obbligo dell'ente di provvedere annualmente alla verifica dell'equilibrio generale di bilancio e, in caso negativo, di adottare i provvedimenti necessari per il ripiano dei debiti fuori bilancio e del disavanzo di amministrazione risultante dal rendiconto approvato o



dello squilibrio della gestione di competenza. Va sottolineato che la dichiarazione di dissesto finanziario è di competenza del consiglio dell'ente locale e che, in difetto, essa è adottata da un commissario *ad acta* nominato dall'organo regionale di controllo. La **procedura ordinaria**, regolata dagli artt. 252, 253, 254, 255, 256 e 257 del T.U.E.L., prevede che l'organo della liquidazione, dopo aver provveduto alla rilevazione dei debiti pregressi su richiesta dei creditori, predisponga un piano di rilevazione che a seguito del deposito presso il Ministero dell'Interno permette di acquisire alla massa attiva della liquidazione il mutuo finanziato dallo Stato. A seguito di tale adempimento l'organo della liquidazione provvede all'erogazione di acconti in misura proporzionale uguale per tutte le passività inserite nel piano di rilevazione. Nel determinare l'entità dell'acconto l'**organo della liquidazione** deve provvedere ad accantonamenti per le pretese creditorie in contestazione esattamente quantificate. Successivamente all'erogazione del primo acconto, possono essere disposti ulteriori acconti. A seguito del definitivo accertamento della massa passiva e dei mezzi finanziari disponibili, l'organo predispose il piano di estinzione delle passività includendo le passività accertate successivamente all'esecutività del piano di rilevazione dei debiti. Successivamente all'approvazione da parte del Ministro dell'Interno di detto documento giuridico-contabile si provvede alla liquidazione ed al pagamento delle residue passività, sino alla concorrenza della massa attiva realizzata. Il Comune può contrarre un ulteriore mutuo con la Cassa Depositi e Prestiti in misura non superiore al 40% dell'ammontare massimo del primo mutuo, quando esso sia sufficiente all'estinzione delle passività. Caratteristica della procedura è che l'**ente locale conserva la competenza all'adozione dei provvedimenti concernenti il risanamento**, e cioè all'adozione delle misure concernenti il presente ed il futuro, mentre l'organo della liquidazione assume ogni competenza per quanto attiene al pagamento dell'indebitamento pregresso, da curare entro certi limiti nelle forme delle procedure fallimentari, ma con l'importante eccezione che non è previsto un pagamento in percentuale dei creditori perché, almeno in teoria, sia pur grazie ai mutui che possono essere accesi con la Cassa Depositi e Prestiti, dovrebbe essere garantito l'integrale, ancorché dilazionato, soddisfacimento dei creditori. Il contributo dello Stato per il pagamento dell'indebitamento pregresso è stato quantificato in rapporto alla popolazione dell'ente dissestato, e, sempre in rapporto a tale popolazione, è stato fissato un importo massimo accordabile. Qualora l'importo del mutuo accordabile, sommato al gettito ritraibile dall'alienazione dei beni dell'ente, non sia sufficiente al pagamento dei debiti pregressi è prevista la liquidazione percentuale dei debiti. La parte dei debiti non soddisfatta torna, al termine della procedura, a gravare sull'ente locale tornato *in bonis*, con il rischio di provocare ulteriore squilibrio di gestione. Nel caso degli enti locali, insomma, la procedura d'insolvenza deve tener conto delle prerogative sovrane di tali



enti su cui non può incidere. Di qui la necessità di una **procedura speciale, alternativa all'insolvenza.**

5. A partire dalla metà degli anni Ottanta del secolo scorso l'utilizzo della società pubblica è cresciuto enormemente, secondo i più attenti commentatori più per mantenere una sacca di privilegio che per altre ragioni. La questione non è stata affrontata in sede di riforma della disciplina delle procedure concorsuali, dove non si è riusciti neppure a limitare efficacemente la sfera di applicabilità della procedura di amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi. Per l'istante il legislatore è intervenuto cercando di **limitare il ricorso allo strumento societario da parte delle pubbliche amministrazioni** ed in modo particolare da parte degli enti locali. Questa legislazione peraltro non ha affrontato lo specifico problema. Intanto varie pronunce dei giudici amministrativi hanno esteso all'ente privato alcuni istituti chiaramente pubblicistici, nell'intento di impedire l'aggiramento tramite lo strumento societario di principi fondamentali del diritto pubblico. I giudici amministrativi hanno non di rado riqualficato la società ritenendone la natura pubblica, muovendo dalla nozione di "organismo di diritto pubblico" prevista dalla normativa comunitaria [cfr. art. 1, Direttive 92/50/CEE (servizi), 93/36/CEE (forniture) e 93/37/CEE (lavori)]. La nozione è stata recepita all'art. 3, comma 26, d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, che stabilisce che per organismo di diritto pubblico deve intendersi "qualsiasi organismo, anche in forma societaria: - istituito per soddisfare specificamente esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale; - dotato di personalità giuridica; - la cui attività sia finanziata in modo maggioritario dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico oppure la cui gestione sia soggetta al controllo di questi ultimi oppure il cui organo d'amministrazione, di direzione o di vigilanza sia costituito da membri dei quali più della metà è designata dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico". Questi tre requisiti devono essere soddisfatti cumulativamente; cfr. Corte di giustizia CE, 15 gennaio 1998, causa C-44/96; 16 ottobre 2003, causa C-283/00; 15 maggio 2003, causa C-214/00. Si è anche valorizzata in questo senso la sentenza della Corte Costituzionale 466/1993, reputando la forma societaria neutra ed il perseguimento di uno scopo pubblico compatibile con il fine societario lucrativo e valorizzando alcuni indici ritenuti significativi della deviazione dal diritto societario comune. La questione si è intrecciata con il diverso **tema della responsabilità e della giurisdizione**, se del giudice ordinario o della Corte dei Conti, nei confronti degli amministratori e dell'organo di controllo della società partecipata dall'ente pubblico. In proposito va ricordato che le **Sezioni Unite nel 2004** hanno affermato la giurisdizione della Corte dei Conti sull'azione di responsabilità degli amministratori di una società partecipata in misura



maggioritaria da un comune che svolgeva un servizio pubblico (esercizio dei mercati annonari all'ingrosso).

6. Le tesi con cui si è sostenuta l'esonazione dal fallimento della società in mano pubblica sono sostanzialmente due. L'orientamento c.d. **tipologico** afferma che l'iscrizione della società nel registro delle imprese esclude la sua riqualificazione come soggetto pubblico o effettua tale riqualificazione sulla base di una serie di parametri che costituiscono altrettanti indici della natura pubblicistica. Si valorizzano lo svolgimento della maggior parte dell'attività in favore o per conto dell'ente pubblico, il mancato svolgimento di attività commerciale, la limitazione, per il tramite della disciplina statutaria della società, dei poteri gestionali dell'organo amministrativo da cui deriva l'attribuzione all'ente pubblico di poteri maggiori di quelli che derivano dalla mera titolarità della partecipazione societaria, la sottoposizione delle decisioni di maggior rilievo all'ente pubblico, l'erogazione, da parte dell'ente pubblico di controllo o di altri enti pubblici, di contributi finanziari aggiuntivi e diversi dal conferimento del capitale sociale. L'orientamento c.d. **funzionale** afferma invece l'esonazione dal fallimento in base ad un ragionamento fondato sulle esigenze di tutela della funzione pubblica di fatto perseguita dalla società, sulla base della valutazione degli interessi protetti. Si afferma che l'individuazione della concreta disciplina applicabile all'ente va condotta sulla base di una valutazione di compatibilità della disciplina di diritto comune (dettata per le società di diritto privato) con le specifiche norme di settore dettate dal legislatore. In altri termini alla società in mano pubblica si applicherà la disciplina di diritto comune salvo deroga in considerazione degli interessi protetti. Si sottolinea così il pregiudizio che deriverebbe dalla cessazione dello svolgimento del pubblico servizio (ad esempio la raccolta rifiuti) che conseguirebbe alla liquidazione concorsuale e l'esistenza di un collegamento forte tra la società e l'ente di riferimento che ha ritenuto di attuare l'interesse pubblico a lui demandato tramite lo strumento rappresentato dalla società. Si valorizza la partecipazione totalitaria al capitale sociale e la prevalenza del rapporto tra ente e società rispetto al complesso delle attività svolte da quest'ultima, anche al di fuori delle ipotesi in cui ricorre la fattispecie specifica della società *in house*.

7. A favore della fallibilità in generale delle società in mano pubblica, con l'eccezione delle società cd. *in house*, si è espressa la **giurisprudenza della Corte di Cassazione**, in primo luogo con Cass. 6 dicembre 2012, n. 2199 e Cass. 27 settembre 2013, n. 22209. La prima di tali sentenze si fondava sul rilievo che le società commerciali previste dal codice civile acquistano la qualità di imprenditore commerciale sin dal momento della costituzione e non dal momento



dell'inizio dell'esercizio dell'attività, rimanendo assoggettabili *ab origine* al fallimento. La seconda ha negato che la società perda la sua natura di soggetto di diritto privato per il solo fatto che un ente pubblico ne detenga la maggioranza delle partecipazioni. Ha aggiunto che l'art. 4 l. 70/1975 stabilendo che nessun nuovo ente pubblico può essere istituito o riconosciuto se non per legge, richiede che la qualità di ente pubblico sia, se non attribuita da una norma espressa, almeno riconoscibile in base ad un quadro normativo certo. Ha sottolineato l'esigenza di tutela dell'affidamento dei terzi creditori che non può essere tralasciato sol per l'esistenza di norme speciali relative alla costituzione della società, la presenza di una partecipazione pubblica al capitale e la designazione pubblica dei componenti degli organi. Ha rilevato che l'eventuale deroga al principio lucrativo non è sufficiente ad escludere, in presenza dell'adozione del modello societario, che la natura giuridica e le regole di organizzazione della società rimangano quelle che sono proprie di una società di capitali secondo quanto stabilito dal codice civile. Ha evidenziato che ai fini dell'assoggettamento a fallimento rileva la natura del soggetto e non l'attività esercitata perché altrimenti un soggetto interamente privato, concessionario di un pubblico servizio, sarebbe sottratto alle procedure concorsuali. Ha infine ribadito che la tutela dei terzi e della concorrenza comportano che una volta scelta la strada di perseguire l'interesse pubblico tramite lo strumento privatistico, non si possa derogare all'assunzione dei rischi connessi all'insolvenza, pena la violazione dei principi di uguaglianza ed affidamento. Di seguito, nella sentenza 26283/2013 resa a Sezioni Unite è stato affermato il principio che le società di capitali costituite o partecipate da enti pubblici non cessano sol per questo di essere delle società di diritto privato, la cui disciplina è dettata dal codice civile, come confermato dall'art. 2449 c.c. La Relazione accompagnatoria precisa che "è lo Stato medesimo che si assoggetta alla legge delle società per azioni per assicurare alla propria gestione maggiore snellezza di forme e nuove possibilità realizzatrici". Hanno ribadito le Sezioni Unite che il rapporto di servizio eventualmente intercorrente tra la società e l'ente pubblico che le abbia conferito un dato incarico non può essere imputato agli amministratori. Il danno derivante da atti di *mala gestio* degli amministratori va riferito alla società e non all'ente pubblico titolare della partecipazione. Il danno non è dunque un danno erariale, salvo quando il comportamento dell'amministratore della società sia fonte diretta e non mediata di danno all'ente pubblico ovvero si tratti di danno derivante dal comportamento del rappresentante dell'ente in seno al consiglio di amministrazione, che non abbia adeguatamente tutelato l'interesse del socio partecipante. Le Sezioni Unite hanno osservato che la normativa sopravvenuta non ha inciso sulle conclusioni cui la giurisprudenza della Suprema Corte era pervenuta. Sono state citate le norme che estendono alle società partecipate le disposizioni relative alla supervisione, monitoraggio e coordinamento della spesa pubblica



nell'approvvigionamento di beni e servizi (art. 2 d.l. 7 maggio 2010, n. 52 conv. in l. 6 luglio 2012, n. 94). I maggiori controlli da parte degli enti pubblici partecipanti *ex art. 147-quater* T.U.E.L., l'assoggettamento ai vincoli derivanti dal patto di stabilità non portano a conclusioni diverse. Del pari le regole particolari relative alla nomina ed ai compensi dei componenti dei consigli di amministrazione e dei dipendenti delle società a partecipazione pubblica art. 4 d.l. 6 luglio 2012, n. 95, conv. in l. 7 dicembre 2012, n. 213) sono state emanate nella stessa logica che già presiedeva all'art. 2449 c.c. Le Sezioni Unite hanno anzi sottolineato che l'art. 4, comma 13, precisa che "per quanto non diversamente stabilito e salvo deroghe espresse, si applica comunque la disciplina del codice civile in materia di società di capitali". Sottolineano le Sezioni Unite che per affermare l'esistenza di un danno erariale, ove non ricorra una specifica disposizione di legge, occorrerebbe poter attribuire alla società partecipata la qualifica di ente pubblico, soluzione cui si oppone il già citato art. 4 l. 20 marzo 1975, n.70, rispetto al quale occorrerebbe poter individuare una norma che affermi, sia pur in via interpretativa, tale qualità, mentre al contrario l'art. 4, comma 13 d.l. 6 luglio 2012, n. 95, permette di giungere alla conclusione opposta. E' dunque evidente che le conclusioni cui sono pervenute le Sezioni Unite escludono, almeno per chi segua l'approccio di carattere tipologico, che pare essere l'unico compatibile con il disposto dell'art. 2221 c.c. e dell'art. 1 l. fall., che la partecipazione pubblica in una società di capitali sia elemento sufficiente ad escluderne l'assoggettabilità a fallimento ed alle altre procedure concorsuali. Le Sezioni Unite sono però giunte a diversa conclusione per le società *c.d. in house* a condizione che esse siano interamente partecipate dall'ente pubblico o da enti pubblici, che l'ente sia il destinatario prevalente dell'attività della società, che l'ente si sia riservato in base allo statuto poteri diretti d'intervento e condizionamento dell'attività della società che non si riducono al mero potere del socio di maggioranza di condizionare la vita della società attraverso l'utilizzo dei poteri connessi alla partecipazione. Il principio è stato ripreso e accolto dalla giurisprudenza della Corte dei Conti, del Consiglio di Stato e della stessa Cassazione. Hanno osservato le Sezioni Unite che nel caso della società *in house* l'ente pubblico ha poteri maggiori di quelli che si può riservare il socio unico nella s.p.a o nella s.r.l. o il socio che esercita potere di direzione e coordinamento *ex art. 2497 c.c.* o ancora il socio di s.r.l. che si riserva statutariamente poteri amministrativi *ex art. 2468, comma 3, c.c.*, perché tutti questi poteri non sono equiparabili ad un vero e proprio potere gerarchico, come quello che l'ente può riservarsi nella società *in house*. Di qui l'affermazione che la **società *in house* non è soggetto giuridico distinto rispetto all'ente pubblico.** Il modello organizzativo è quello della società di capitali, ma "di una società di capitali, intesa come persona giuridica autonoma cui corrisponda un autonomo centro decisionale e di cui sia possibile individuare un



interesse suo proprio, non è possibile parlare”. Ne discende la **responsabilità degli amministratori e degli organi di controllo** nei confronti della Corte dei Conti, perché tra ente pubblico e questi soggetti si crea un vero e proprio rapporto di servizio. Si aggiunge che “se non risulta possibile configurare un rapporto di alterità tra l’ente pubblico partecipante e la società in house che ad esso fa capo, è giocoforza concludere che anche la distinzione tra il patrimonio dell’ente e quello della società si può porre in termini di separazione patrimoniale, ma non di distinta titolarità”. E’ evidente che la strada è aperta per **riqualificare la società in house come soggetto di diritto pubblico**, in particolare come ente pubblico, non essendo soggetto distinto dall’ente che lo partecipa, con conseguente esclusione dal fallimento. Resta un contrasto tra l’orientamento seguito dalle Sezioni Unite e quello di Cass. 27 settembre 2013, n. 22209, prima ricordata, soprattutto perché le Sezioni Unite **non hanno affrontato il problema della tutela dell’affidamento dei terzi creditori**, che possono non sapere di essere di fronte ad una società *in house*.

8. La soluzione di simili assai delicate questioni giuridiche appare di là da venire e non potrà non comportare una attenta riflessione circa i rapporti tra pubblico e privato nelle società partecipate, così ben indagati dalla più autorevole dottrina commercialistica la quale, dopo avere acutamente colto come “l’interesse di cui è portatrice la partecipazione pubblica rilevante può essere ricondotto alla funzione concreta della società e quindi alla **causa concreta**” e questa “porta ad **introdurre l’interesse pubblico anche nell’interesse sociale**, nella accezione di interesse proprio di tutti i partecipanti o comunque condiviso da tutti i soci”, ha concluso nel senso che “ se tale attrazione è possibile, si conferma che non vi è bisogno di mutare la natura tipica dell’ente per riflettervi la volontà legislativa che gli commette anche una funzione di interesse generale. La società pubblica non è infatti.....un *fatto*; è risultato di una scelta e dunque è una **fattispecie comportamentale**, trovi o meno la presenza del pubblico corrispondenza nell’adesione del privato e sia questa originaria o successiva, totalitaria o parziale, prevalente o meno. **La confluenza dell’interesse pubblico nell’interesse sociale qualifica il tipo senza snaturarlo**.....Vogliamo parlare, come del contratto di evidenza pubblica, così di una società di evidenza pubblica che resta società quanto il primo resta contratto?”. Ed è evidente che, se si accede a questa impostazione, il problema della fallibilità delle società in house non ha più ragione d’essere.

9. Sembra al Tribunale che sia a monte centrale la distinzione tra appalti pubblici e servizi pubblici; nozione, quest’ultima, che nel diritto europeo corrisponde a quella di servizi di interesse generale e,



se riferita all'ambito locale, a quella, del nostro ordinamento, di servizi pubblici locali. Non si tratta infatti di distinzione di tipo esclusivamente terminologico bensì di differenza sostanziale che si riverbera sulla disciplina applicabile. Gli appalti pubblici sono caratterizzati da prestazioni svolte a favore dell'amministrazione la quale, a corrispettivo dell'attività svolta dall'appaltatore, paga un prezzo. **Nei servizi pubblici, invece, la prestazione è svolta non nei confronti dell'amministrazione bensì degli utenti**, i quali costituiscono coloro i quali usufruiscono della prestazione, ossia del servizio, e pagano al soggetto gestore il corrispettivo rappresentato dalla tariffa. Il gestore del servizio, ossia quello che eroga la prestazione per la soddisfazione di un bisogno collettivo, assume e sopporta il rischio conseguente e spesso paga anche un corrispettivo all'amministrazione. L'amministrazione è il soggetto affidante del servizio che, in quanto tale, svolge anche attività di controllo e vigilanza sulle prestazioni rese. Si costituisce quindi un rapporto trilaterale, tra l'amministrazione, il soggetto gestore del servizio e gli utenti, i cui rapporti (amministrazione-soggetto affidatario, soggetto affidatario-utenti) sono disciplinati da atti convenzionali (nel primo rapporto si parla di contratti di servizio). **Le direttive, così come il codice dei contratti pubblici che ne costituisce recepimento, non si applicano ai servizi pubblici.** L'art. 30 del codice, in tema di concessione di servizi (ossia di servizi pubblici), prevede, ai commi 1 e 7, la sola applicazione delle disposizioni della parte IV e, in quanto compatibile, dell'art. 143, comma 7. **Ciò vuol dire che le norme e le procedure del codice appalti si applicano solo se richiamate espressamente dal bando di gara, a meno che non costituiscano espressione di principi del Trattato o di principi generali dei contratti pubblici.** Diviene, quindi, essenziale stabilire quali norme del codice appalti, che già costituisce attuazione di normativa europea, siano espressione di principi del Trattato e di quelli generali relativi ai contratti pubblici. Infatti, se le norme contenute nel codice appalti costituiscono espressione di tali principi, qualora disciplinino le procedure di gara si applicano anche alle procedure relative ai servizi pubblici. Qualora il bando non preveda l'applicazione di norme del codice appalti costituenti espressione dei detti principi il bando stesso sarà illegittimo. La problematica incide, quindi, sulla patologia degli atti amministrativi, considerando che l'eventuale caducazione del bando, che è il primo atto di gara oltre che la sua *lex specialis*, comporta la caducazione di tutti gli atti successivi, sino all'aggiudicazione finale. I principi stabiliti dal Trattato, a loro volta, non sono altro che **corollari del principio di concorrenza** che costituisce, assieme ai principi di libertà di stabilimento e di libera prestazione dei servizi, uno dei **Tuttavia ai servizi pubblici si applicano i principi del TFUE e i principi generali relativi ai contratti pubblici.** Si tratta, in particolare, *“dei principi di trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento, proporzionalità” (“previa gara informale a cui sono invitati almeno cinque concorrenti, se*



sussistono in tale numero soggetti qualificati in relazione all'oggetto della concessione, e con predeterminazione dei criteri selettivi”), principi cardine del Trattato. **Ciò vuol dire che il soggetto affidatario deve essere scelto con procedure di evidenza pubblica di tipo informale** poiché, non applicandosi le direttive appalti e conseguentemente il codice dei contratti pubblici, non si applicano le singole procedure di scelta del contraente così come formalmente disciplinate. **Ma, siccome le direttive appalti costituiscono attuazione delle norme e dei principi del Trattato, i quali si applicano anche ai servizi pubblici, questi ultimi sono soggetti pur sempre a una disciplina di derivazione comune a quella degli appalti pubblici.** Quanto poi alla normativa interna, soprattutto in questi ultimi anni si è assistito all’emanazione di leggi dello Stato che hanno posto **limiti di vario tipo alla capacità, all’attività e alla stessa possibilità di costituzione di società pubbliche strumentali**, che sono quelle che operano nel campo degli appalti pubblici svolgendo attività a favore della pubblica amministrazione. **Le stesse leggi hanno escluso dalla loro applicazione la materia dei servizi di interesse generale e quindi le società affidatarie di servizi pubblici.** Ciò in considerazione della peculiarità che caratterizza i servizi pubblici, costituita dalla soddisfazione di bisogni di interesse generale e collettivo. Di qui l’esigenza di delimitare il settore dei servizi pubblici da quello degli appalti pubblici (di servizi). La direttiva 2006/123/UE, relativa ai servizi nel mercato interno, lascia liberi gli Stati membri di decidere le modalità organizzative della prestazione dei servizi d'interesse economico generale [art. 1, par. 6]. E’ perciò certamente consentito che, in conformità ai principi generali del diritto comunitario, gli enti pubblici scelgano se espletare tali servizi direttamente o tramite terzi e che, in quest’ultimo caso, individuino diverse possibili forme di esternalizzazione, ivi compreso l’affidamento a società partecipate dall’ente pubblico medesimo. In tale ambito, peraltro, si possono dare ipotesi ben distinte: **l’affidamento a società totalmente estranee alla pubblica amministrazione, l’affidamento a società con azionariato misto, in parte pubblico ed in parte privato, infine l’affidamento a società c.d. in house.**

10. Per “società in house”, s’intende *in primis* una corporazione caratterizzata dalla totale partecipazione pubblica. Non tutte le società a totale partecipazione pubblica tuttavia sono “in house”, necessitando la presenza delle ulteriori condizioni del controllo analogo e della prevalenza dell’attività. **L’in house, quindi, costituisce una nicchia del fenomeno delle società pubbliche e si distingue ulteriormente dall’ipotesi delle società miste, ossia dal cosiddetto partenariato pubblico privato istituzionalizzato (PPPI), caratterizzato dalla partecipazione sia pubblica che privata al capitale della società.** L’in house rappresenta anche eccezione al principio di



concorrenza e all'applicazione delle direttive appalti. Il carattere di "eccezione" dell'in house [affermato anche dal Consiglio di Stato, con la sentenza dell'adunanza plenaria 3 marzo 2008, n. 1] e la conseguente sua interpretazione restrittiva, sono confermati, da ultimo, dalla Corte di giustizia, con la sentenza della sez. V, 8 maggio 2014 (causa C-15/13). Allo stesso modo **l'in house è un modello di gestione dei servizi pubblici locali, in alternativa a quello dell'evidenza pubblica e della società mista (PPPI)**. In tal modo era stato concepito dall'art. 113, comma 5, del d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267 e dalla normativa successiva. E siffatta concezione non è stata smentita dall'art. 34, commi 20 e seguenti, del d.l. 18 ottobre 2012, n. 179, convertito, con modificazioni, dalla l. 17 dicembre 2012, n. 221, che, anzi, dopo la dichiarazione di incostituzionalità dell'art. 4 del d.l. 13 agosto 2011, n. 138, convertito, con modificazioni, dalla l. 14 settembre 2011, n. 148, da parte della Corte costituzionale (con la sentenza 20 luglio 2012, n. 199), è ritornato (almeno esteriormente, al riguardo si rimanda al paragrafo 7) all'idea alla base del citato art. 113, comma 5. **L'in house, ancora, costituisce esempio di organizzazione amministrativa** in quanto, attraverso di esso, l'amministrazione decide di non esternalizzare l'appalto o il servizio ma di procedere in autoproduzione. La scelta, che **costituisce espressione di discrezionalità amministrativa** e in quanto tale si manifesta **attraverso un provvedimento amministrativo emesso in esercizio di potere** e quindi sindacabile dal giudice amministrativo, dà luogo a un soggetto formalmente distinto dall'amministrazione, anche se non sostanzialmente; **oggetto il quale svolge attività che altrimenti sarebbe stata prestata dalla stessa amministrazione. L'operatività dell'in house, peraltro, esula dai confini dei servizi pubblici estendendosi a tutta la materia degli appalti.** Non è un caso che la prima sentenza con cui la Corte di giustizia ha elaborato l'istituto dell'in house conseguisse ad una controversia in materia di appalto di forniture (sentenza Teckal, 18 novembre 1999, causa C-107/98). **L'in house è anche una modalità di affidamento** e comporta problematiche conseguenti alla sua ammissibilità e ai suoi limiti ma anche una disciplina peculiare, soprattutto interna, che regola la vita del soggetto in house e si distingue parzialmente da quella inerente le altre società non in house; disciplina che consegue all'immedesimazione, a determinati fini, tra il soggetto in house e la pubblica amministrazione. Connessi all'in house sono poi diversi problemi in tema di *governance* della società, riguardanti le peculiarità che sono richieste nello statuto - relativamente a poteri e organi sociali - affinché si possa individuare il cosiddetto controllo analogo, il quale rappresenta uno degli elementi essenziali, forse il più tipico oltre che il più difficile da individuare in pratica, del soggetto in house. In effetti, l'in house nasce dalla funzione creatrice della giurisprudenza della Corte di giustizia e trova origine nei principi del Trattato, tenuti sempre presenti nell'elaborazione giurisprudenziale. L'in house non è concepito come modello a sé stante ma unicamente come possibilità, da parte dell'amministrazione, di affidamento diretto di un appalto



o di un servizio **prescindendo dall'evidenza pubblica**. Le ragioni alla base della costruzione della figura dell'in house trovano origine sempre in controversie aventi ad oggetto la legittimità o meno di un affidamento diretto, ossia senza previa gara. Resta quindi confermato che l'in house viene ad essere concepito dalla giurisprudenza della Corte di giustizia come eccezione all'evidenza pubblica, in quanto non si applica il principio di concorrenza. Alla base della creazione dell'in house vi sono essenzialmente ragioni di tipo pratico; le quali connotano tutta la giurisprudenza della Corte di giustizia, a partire dalla sentenza Teckal (18 novembre 1999, causa C-107/98) e a finire a quella della sez. V, 8 maggio 2014 (causa C-15/13). La Corte di giustizia individua i requisiti dell'in house con la famosa sentenza "Teckal" (18 novembre 1999, causa C-107/98), in materia di un appalto di forniture. Tali requisiti vengono poi precisati e rifiniti dalla giurisprudenza successiva della Corte medesima. I requisiti devono essere tutti sussistenti; la mancanza anche di uno solo di essi non consente l'in house e, quindi, non rende legittimo l'affidamento diretto. **In primo luogo occorre la totale partecipazione pubblica, che distingue l'in house dal PPPI.** Ma sul punto va osservato che **il requisito della totale partecipazione pubblica non è più richiesto dalle nuove direttive appalti e concessioni.** E già non lo era, con riguardo ai servizi pubblici di trasporto di passeggeri su strada e per ferrovia, ai sensi del regolamento CEE del Parlamento europeo e del Consiglio 23 ottobre 2007, n. 1370, che, all'art. 5, comma 2, lett. a), consentiva egualmente di individuare il requisito del controllo analogo anche in mancanza di partecipazione pubblica al 100% *"a condizione che vi sia un'influenza pubblica dominante e che il controllo possa essere stabilito in base ad altri criteri"*. **Occorre inoltre il controllo analogo**, ossia che il soggetto pubblico o i soggetti pubblici che partecipano al capitale della società hanno sulla stessa un controllo analogo a quello che hanno sui propri servizi. La giurisprudenza della Corte di giustizia ha precisato successivamente questo requisito richiedendo che il controllo analogo consista nella possibilità di determinare gli obiettivi strategici e le decisioni significative del soggetto in house; **il quale, quindi, non deve avere autonomia gestionale.** Il controllo deve essere effettivo, strutturale e funzionale [da ultimo, Corte di giustizia, sez. V, 8 maggio 2014 (causa C-15/13)], ed esula da quelli che sono gli ordinari poteri attribuiti ai soci pubblici dagli ordinamenti degli Stati membri (si veda, ad esempio, l'art. 2449 c.c.). La verifica in ordine alla ricorrenza dei requisiti propri del soggetto in house deve compiersi in concreto e in base alle previsioni contenute nello statuto della società in forza di un'indagine empirica da effettuarsi caso per caso (da ultimo, Cass. civ., sez. un., 26 marzo 2014, n. 7177). **Per aversi controllo analogo è necessario che non vi sia l'apertura del capitale del soggetto in house ai privati.** *Al riguardo si configura una diversa posizione della giurisprudenza della Corte di giustizia, più largheggiante, rispetto a quella del Consiglio di Stato, più restrittiva.* La prima tende a posizionarsi **al momento dell'affidamento** ritenendo che quanto



accade successivamente all'affidamento medesimo non sia in grado di influire sulla sua legittimità, mentre invece il Consiglio di Stato richiede che comunque nello statuto siano previste clausole che stabiliscono l'incapacità delle quote di partecipazione a privati. La giurisprudenza della Corte di giustizia ha anche legittimato l'*in house frazionato o pluripartecipato*, configurando egualmente il controllo analogo in caso di partecipazione di diversi soggetti pubblici, ritenendosi che lo stesso possa essere effettuato congiuntamente e non necessariamente da parte del singolo ente; sempreché ciascuna delle autorità stesse partecipi sia al capitale sia agli organi direttivi dell'entità suddetta [sez. III, 29 novembre 2012, n. 182 (Società Econord)]. Nella pratica si era verificata l'ipotesi di enti locali che acquisivano una partecipazione minima (1%) di capitale di un soggetto in totale partecipazione pubblica e conseguentemente affidavano direttamente il servizio alla società stessa. La Corte di giustizia, a cui si era rivolto il Consiglio di Stato nell'ambito della decisione di un ricorso straordinario, ha ritenuto possibile l'affidamento diretto qualora sia consentita la rappresentanza di tutti gli enti pubblici partecipanti negli organi della società e il controllo analogo avvenga congiuntamente, e non necessariamente, da parte dei singoli soggetti pubblici. Come poi in pratica si verifichi tale ipotesi consegue a un'indagine empirica rimessa al giudice del singolo Stato membro. Le nuove direttive appalti e concessioni hanno disciplinato anche l'*in house frazionato o pluripartecipato*. **Il terzo requisito è costituito dalla prevalenza dell'attività con l'ente affidante; ossia il soggetto in house deve svolgere la parte più importante della propria attività con il soggetto o i soggetti pubblici che lo controllano.** Il che non vuol dire che il soggetto in house debba svolgere esclusivamente l'attività con i soggetti controllanti, ma che la diversa attività svolta debba essere accessoria, marginale e residuale. **E una delle novità delle nuove direttive appalti e concessioni è costituita proprio dall'aver definito la soglia minima necessaria per l'individuazione del requisito della prevalenza dell'attività. In presenza delle tre condizioni di cui si è detto il soggetto in house è solo formalmente e non sostanzialmente distinto dall'amministrazione o dalle amministrazioni controllanti, delle quali costituisce una *longa manus* o braccio operativo; il che legittima l'affidamento diretto.** La libertà delle amministrazioni di autoorganizzarsi costituisce principio da sempre riconosciuto dalla Corte di giustizia, ma esso convive con l'altro principio (cardine del Trattato) di tutela della concorrenza. Si tratta di due principi che vanno coordinati tra di loro, dato che la libertà di autoorganizzazione se incide sul principio di concorrenza non è più consentita; anzi essa non può mai portare al punto di chiudere l'accesso al mercato. Anche se, secondo la Corte di giustizia, nel caso in cui l'amministrazione affida direttamente a un soggetto in house un servizio o un appalto essa non incide sul mercato proprio perché **non si verifica alcuna relazione di mercato, intesa come rapporto intersoggettivo.** E' chiaro però che, nella sostanza, l'affidamento in house toglie



comunque la possibilità agli operatori del settore di conseguire una commessa pubblica. La norma fondamentale la si trova nell'art. 106, comma 2, primo periodo, del TFUE, secondo cui *“Le imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale o aventi carattere di monopolio fiscale sono sottoposte alle norme dei trattati, e in particolare alle regole di concorrenza, nei limiti in cui l'applicazione di tali norme non osti all'adempimento, in linea di diritto e di fatto, della specifica missione loro affidata”*. E dunque, sembra possibile stabilire i seguenti corollari sulla base di una interpretazione sistematica dei principi unionisti. Innanzitutto, nell'ambito della gestione di servizi di interesse economico generale, ossia dei servizi pubblici di rilevanza economica, vanno osservate le regole di concorrenza. Solo allorquando l'applicazione delle regole di concorrenza ostacoli l'adempimento della specifica missione affidata ai soggetti incaricati della gestione dei servizi, consistente nella soddisfazione dei bisogni degli utenti destinatari dei servizi, è consentito non applicare le regole di concorrenza; e quindi affidare direttamente a soggetto in house in deroga alla concorrenza. È quanto ad es. accade nell'ipotesi del cosiddetto fallimento del mercato, nozione nota agli economisti, che si verifica quando l'indizione di una procedura di evidenza pubblica diventa antieconomica per l'ente pubblico poiché non si trovano sul mercato soggetti interessati a svolgere lo specifico servizio, o a svolgerlo alle condizioni richieste. La disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica è amplissima e spesso contraddittoria. Si è passati dall'art. 23-bis del d.l. 25 giugno 2008, n. 112, convertito, con modificazioni, dalla l. 6 agosto 2008, n. 133, abrogato dall'art. 1, comma 1, del d.P.R. 18 luglio 2011, n. 113 a seguito dell'esito del referendum del giugno 2011, all'art. 4 del d.l. n. 138/2011, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 148/2001, poi dichiarato incostituzionale dalla Corte Costituzionale, con la sentenza 20 luglio 2012, n. 199, fino all'art. 34, commi da 20 a 27, del d.l. n. 179/2012, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 221/2012; questi ultimi commi rappresentano le attuali norme interne di carattere generale in materia di servizi pubblici locali di rilevanza economica. Sulla base della disciplina attualmente vigente, è possibile affermare, con la migliore dottrina, che per i servizi pubblici locali di rilevanza economica, l'affidamento in house è tipica attività discrezionale dell'amministrazione, alla quale è imposto specifico obbligo motivazionale [anche] delle ragioni che giustificano la deroga alla procedura di evidenza pubblica. Il citato art. 34, comma 20, prevede infatti che *“l'affidamento del servizio”* - quindi anche quello in house - *“è effettuato sulla base di apposita relazione, pubblicata sul sito internet dell'ente affidante, che dà conto delle ragioni e della sussistenza dei requisiti previsti dall'ordinamento europeo per la forma di affidamento prescelta e che definisce i contenuti specifici degli obblighi di servizio pubblico e servizio universale, indicando le compensazioni economiche se previste”*. Non può negarsi tuttavia che la normativa vigente contenga un chiaro favor per la gara a discapito dell'house, costituito da vari svantaggi previsti per l'ente che affida in



house anziché previa gara (ai fini della valutazione della virtuosità e del conseguimento dei finanziamenti), e da diversi obblighi posti a carico del soggetto affidatario in house che conseguono alla parziale assimilazione del medesimo ad una pubblica amministrazione (applicazione del codice appalti in caso di acquisto di beni e servizi, dei principi di cui all'art. 35 del d.lgs. 30 marzo 2011, n. 165 ai quali sono sottoposte le pubbliche amministrazioni per l'assunzione di personale e il conferimento degli incarichi, nonché dei vincoli assunzionali e di contenimento delle politiche retributive stabiliti dall'ente locale controllante). Il richiamo è all'art. 3-bis, commi 3, 4 e 5 (ex 6), del d.l. n. 138/2011. Vi sono poi limiti - numerici, qualitativi e con riguardo alla modalità di scelta - posti alla composizione dei consigli di amministrazione delle società in house, siccome a totale partecipazione pubblica, nonché ai compensi degli amministratori (art. 4, commi 5 e 4, del d.l. 6 luglio 2012, n. 95, convertito, con modificazioni, dalla l. 7 agosto 2012, n. 135). L'affidamento in house comporta, quindi, una serie di conseguenze restrittive per l'ente locale, che dovrà giustificare - con decisione sindacabile innanzi al giudice amministrativo - il ricorso all'in house (al posto della gara) in un ottica di costi/benefici: *spending review* o migliore efficienza ed efficacia del servizio. L'in house, come già notato, non è tipico dei servizi pubblici ravvisandosi anche nel settore degli appalti. Le **società strumentali in house** svolgono la loro attività a favore della o delle pubbliche amministrazioni controllanti, prestando alle stesse servizi e forniture. Ebbene, sul punto l'art. 4, comma 8, del d.l. n. 95/2012, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 135/2012, e successive modificazioni, prevede che *"al fine di evitare distorsioni della concorrenza e del mercato e di assicurare la parità degli operatori nel territorio nazionale, a decorrere dal 1° gennaio 2014 le pubbliche amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo n. 165 del 2001, le stazioni appaltanti, gli enti aggiudicatori e i soggetti aggiudicatori di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, nel rispetto dell'articolo 2, comma 1 del citato decreto acquisiscono sul mercato i beni e servizi strumentali alla propria attività mediante le procedure concorrenziali previste dal citato decreto legislativo"*. La norma, che enuncia il principio dell'evidenza pubblica, trova poi deroga nel successivo comma 8, primo periodo, secondo cui *"A decorrere dal 1° gennaio 2014 l'affidamento diretto può avvenire solo a favore di società a capitale interamente pubblico, nel rispetto dei requisiti richiesti dalla normativa e dalla giurisprudenza comunitaria per la gestione in house"*. Il comma 8 **non si applica alle Regioni ad autonomia ordinaria per effetto della sentenza della Corte costituzionale 23 luglio 2013, n. 229 per un problema di competenza legislativa**, e recepisce la giurisprudenza della Corte di giustizia in tema di generale operatività dell'in house nel campo degli appalti e dei servizi pubblici; giurisprudenza la quale, con riguardo all'affermazione dei principi e all'interpretazione, costituisce essa stessa diritto europeo immediatamente operante. Ne consegue che il citato art. 4, comma 8, costituisce una norma



pleonastica, poiché quanto dalla stessa disposto sarebbe stato egualmente applicabile pure in sua mancanza. Anche le società strumentali in house - come quelle in house affidatarie di servizi pubblici - devono adottare, con propri provvedimenti, criteri e modalità per il reclutamento del personale e per il conferimento degli incarichi nel rispetto dei principi, anche di derivazione comunitaria, di trasparenza, pubblicità e imparzialità. Inoltre esse, come le aziende speciali, le istituzioni e le società a partecipazione pubblica locale totale o di controllo, si attengono al principio di riduzione dei costi del personale, attraverso il contenimento degli oneri contrattuali e delle assunzioni di personale. A tal fine l'ente controllante, con proprio atto di indirizzo, tenuto anche conto delle disposizioni che stabiliscono a suo carico divieti o limitazioni alle assunzioni di personale, definisce, per ciascuno dei soggetti di cui al precedente periodo, specifici criteri e modalità di attuazione del principio di contenimento dei costi del personale, tenendo conto del settore in cui ciascun soggetto opera. Le aziende speciali, le istituzioni e le società a partecipazione pubblica locale totale o di controllo adottano tali indirizzi con propri provvedimenti (art. 18, commi 2 e 2-bis, del d.l. n. 112/2008, e successive modificazioni, da ultimo apportate con l'art. 4, comma 12-bis, d.l. 24 aprile 2014, n. 66, convertito, con modificazioni, dalla l. 23 giugno 2014, n. 89). Per le società strumentali, ma con esclusione dei servizi pubblici, vi sono dei limiti ulteriori che condizionano non solo la loro capacità ma anche la possibilità della loro costituzione. Vi è innanzitutto un limite alla costituzione della società, posto dall'art. 3, comma 27, della l. 24 dicembre 2007, n. 244 (legge finanziaria 2008), secondo cui, *"Al fine di tutelare la concorrenza e il mercato, le amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, non possono costituire società aventi per oggetto attività di produzione di beni e di servizi non strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali, né assumere o mantenere direttamente partecipazioni, anche di minoranza, in tali società"*. E' imposta poi l'esclusività dell'oggetto sociale, ex art. 13, comma 1, del d.l. 4 luglio 2006, n. 223, convertito, con modificazioni, dalla l. 4 agosto 2006, n. 248, per il quale *"Al fine di evitare alterazioni o distorsioni della concorrenza e del mercato e di assicurare la parità degli operatori nel territorio nazionale, le società, a capitale interamente pubblico o misto, costituite o partecipate dalle amministrazioni pubbliche regionali e locali per la produzione di beni e servizi strumentali all'attività di tali enti in funzione della loro attività, ...devono operare con gli enti costituenti o partecipanti o affidanti, non possono svolgere prestazioni a favore di altri soggetti pubblici o privati, nè in affidamento diretto nè con gara, e non possono partecipare ad altre società o enti aventi sede nel territorio nazionale"*. Dette società diventano ad oggetto sociale esclusivo; come testualmente disposto dal comma 2 del citato art. 13, secondo cui *"Le società di cui al comma 1 sono ad oggetto sociale esclusivo e non possono agire in violazione delle regole di cui al comma 1"*. Di qui l'ulteriore peculiarità propria



delle società strumentali in house; dovendo l'attività svolta a favore dell'ente controllante essere esclusiva, non è possibile effettuare attività a favore o assieme ad amministrazioni diverse. **Di qui il requisito della prevalenza richiesto nell'in house viene ad essere assorbito da quello dell'esclusività.** La conformità a Costituzione di tutte queste norme limitative con riguardo alle sole società strumentali è stata ritenuta dalla Corte costituzionale (con le sentenze 1 agosto 2008, n. 326 e 30 aprile 2009, n. 125), che ne ha individuato la *ratio* nel carattere amministrativo dell'attività svolta dalle società medesime, oltre che nell'esigenza di tutelare la concorrenza al fine di evitare alterazioni o distorsioni del mercato e di assicurare la *par condicio* degli operatori che ambiscono alle commesse pubbliche. Come tutte le società pubbliche, quella in house è soggetta innanzitutto alla disciplina del codice civile. Qualora ve ne fosse il dubbio esso è stato rimosso dall'art. 4, comma 13, quarto periodo, del d.l. n. 95/2012, secondo cui *"Le disposizioni del presente articolo e le altre disposizioni, anche di carattere speciale, in materia di società a totale o parziale partecipazione pubblica si interpretano nel senso che, per quanto non diversamente stabilito e salvo deroghe espresse, si applica comunque la disciplina del codice civile in materia di società di capitali"*. La giurisprudenza è nella medesima direzione. Secondo Cass. civ., sez I, 27 settembre 2013, n. 22209 (nella specie si trattava però di una società mista), *"In tema di società partecipate dagli enti locali, la scelta del legislatore di consentire l'esercizio di determinate attività a società di capitali, e dunque di perseguire l'interesse pubblico attraverso lo strumento privatistico, comporta che queste assumano i rischi connessi alla loro insolvenza, pena la violazione dei principi di uguaglianza e di affidamento dei soggetti che con esse entrano in rapporto ed attesa la necessità del rispetto delle regole della concorrenza, che impone parità di trattamento tra quanti operano all'interno di uno stesso mercato con identiche forme e medesime modalità"*. Vi sono poi una serie di ulteriori regole speciali che si applicano alle società in quanto pubbliche; alcune si rinvengono già nel codice civile (ad esempio, l'art. 2449), altre sono dettate da singole norme di legge, delle quali in parte si è già detto, alcune specifiche delle società in house, e altre delle società strumentali con esclusione dei servizi pubblici locali e dei servizi di interesse generale (nozione questa che ricomprende la precedente). Esiste, quindi, una disciplina più restrittiva per le società strumentali in house e permane una certa distonia con quella propria delle società in house che gestiscono o erogano servizi pubblici. **Non è più negabile un diritto speciale dei soggetti in house; si tratta, in particolare, di una specialità nella specialità, in quanto alla particolare disciplina delle società pubbliche si aggiunge quella relativa alle società in house, che prende direzioni diverse se si tratta di servizi strumentali o di servizi di interesse generale. Può dirsi ormai acquisito il carattere anomalo del fenomeno dell'in house nel panorama del diritto societario, laddove è difficile ammettere una società che non abbia alcuna autonomia gestionale.** Siffatta mancanza, in



entrambi i casi di società in house strumentali e non, non consente l'esercizio di una vera attività di impresa da parte della pubblica amministrazione, **anche perché manca il rischio relativo**. È emblematico l'ultimo orientamento delle sezioni unite della Corte di cassazione, anche se espresso in materia di giurisdizione della Corte dei conti in tema di danno ambientale. Secondo la Cassazione [S.U., 25 novembre 2013, n. 26283 e 26 marzo 2014, n. 7177; cfr. anche Cass. S.U. 10299 del 2013] *“la Corte dei conti ha giurisdizione sull'azione di responsabilità esercitata dalla Procura della Repubblica presso la Corte quando tale azione sia diretta a far valere la responsabilità degli organi sociali per i danni da essi cagionati al patrimonio di una società "in house", così dovendosi intendere quella costituita da uno o più enti pubblici per l'esercizio di pubblici servizi, di cui esclusivamente i medesimi enti possano essere soci, che statutariamente espliciti la propria attività prevalente in favore degli enti partecipanti e la cui gestione sia per statuto assoggettata a forme di controllo analoghe a quello esercitato dagli enti pubblici sui propri uffici”*. **Per la Cassazione il danno al patrimonio della società in house costituisce danno erariale**. Si tratta, infatti, di pregiudizio al patrimonio dell'ente pubblico socio; che rappresenta un patrimonio separato ma pur sempre giudicato riferibile all'ente pubblico. Tutti i danni arrecati al patrimonio sociale divengono, quindi, anche danni diretti al patrimonio pubblico. La decisione della Cassazione è abbastanza “forzata” - soprattutto rispetto all'ordinaria separazione tra i patrimoni del socio e della società, che costituisce una delle caratteristiche del fenomeno societario oltre che dell'utilità del ricorso allo stesso - e, anche se riferita unicamente all'individuazione del giudice competente, aumenta il tasso di anomalia del fenomeno dell'in house. È abbastanza prevedibile una corsa a modifiche statutarie che, rendendo non più configurabile il requisito del controllo analogo, escludono la relazione in house e, conseguentemente, la responsabilità per danno erariale. Sulla Gazzetta ufficiale dell'UE del 28 marzo 2014 sono state pubblicate le nuove direttive del Parlamento Europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014 sugli appalti pubblici. Si tratta delle direttive 2014/24/UE nei settori ordinari, 2014/25/UE sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali (settori speciali) e 2014/23/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione. La nuova normativa entra in vigore il ventesimo giorno successivo alla pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale dell'UE e gli Stati membri hanno tempo per recepire le direttive fino al 18 aprile 2016. Le prime due direttive sostituiscono, rispettivamente, le direttive 2004/18/CE e 2004/17/CE, mentre la terza, in tema di concessioni (di lavori e di servizi), rappresenta novità assoluta. Le direttive non parlano mai di in house ma regolano il fenomeno con riguardo agli appalti e alle concessioni tra enti nell'ambito del settore pubblico, o agli appalti tra amministrazioni aggiudicatrici (per i settori speciali), aggiudicati a una “persona giuridica di diritto pubblico o di diritto privato”; escludendoli dall'ambito di applicazione delle direttive. Il riferimento normativo è



all'art. 12 della direttiva appalti (2014/24/UE), all'art. 28 della direttiva settori speciali (2014/25/UE) e all'art. 17 della direttiva concessioni (2014/23/UE). I principi affermati dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia in materia di in house sono stati in gran parte recepiti e codificati. Ma vi sono alcune precisazioni e novità in tema di requisiti. **All'individuazione di una relazione in house consegue, come effetto, l'esclusione dall'applicazione delle direttive appalti e concessioni.** La relazione, ipotizzata nei riguardi di una "persona giuridica di diritto pubblico o di diritto privato", estende i confini dell'in house al di fuori del fenomeno delle società comprendendovi anche gli enti pubblici (ad esempio, le aziende speciali, previste dall'art. 114 del d.lgs. n. 267/2000). **Per l'individuazione dell'in house è richiesto innanzitutto il controllo analogo.** Le direttive, al riguardo, precisano che tale condizione risulta soddisfatta qualora l'amministrazione aggiudicatrice (o anche l'ente aggiudicatore per le concessioni) eserciti **un'influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni significative dell'affidatario in house** e risolvono anche i dubbi in tema di cosiddetto *controllo analogo indiretto*, in quanto si prevede che il controllo possa essere esercitato da una persona giuridica diversa, a sua volta controllata allo stesso modo dall'amministrazione aggiudicatrice. Si pensi, ad esempio, alle holding di partecipazioni, che si interpongono fra l'amministrazione aggiudicatrice e la società beneficiaria in house, o alle società consortili, dove gli enti pubblici esercitano il controllo della società consortile non direttamente ma attraverso le società consorziate, che, a loro volta, sono controllate da tali enti. **Una precisazione delle nuove direttive riguarda il concetto di prevalenza dell'attività.** La condizione viene ritenuta soddisfatta qualora oltre l'80% delle attività del soggetto affidatario in house siano effettuate nello svolgimento dei compiti ad esso affidati dal soggetto controllante o da altre persone giuridiche controllate dall'amministrazione controllante. **Novità di rilievo è quella in tema del requisito della totale partecipazione pubblica. Che è sempre richiesta, ma una relazione in house viene egualmente configurata anche in presenza di forme di partecipazione di capitali privati, prescritte dalle disposizioni legislative nazionali in conformità dei trattati, che non comportano controllo o potere di veto, attraverso le quali non può essere esercitata alcuna influenza determinante sul soggetto affidatario in house.** Quanto previsto in tema di affidamento a un soggetto in house vale anche per escludere l'applicazione della direttiva agli appalti o alle concessioni aggiudicati dal soggetto in house, che è a sua volta amministrazione aggiudicatrice, alla propria amministrazione controllante o ad altro soggetto giuridico controllato da quest'ultima, sempreché nell'aggiudicataria non vi sia alcuna partecipazione diretta di capitali privati, ad eccezione di forme di partecipazione di capitali privati di cui si è detto. Si verifica una sorta di bidirezionalità dell'in house. La direttiva chiarisce anche le modalità attraverso cui le amministrazioni pubbliche in possesso di partecipazioni di minoranza possono esercitare il



controllo analogo, codificando l'in house frazionato o pluripartecipato. Tali amministrazioni potranno esercitare il controllo in modo congiunto con le altre a condizione che siano soddisfatte tutte le seguenti condizioni: a) gli organi decisionali dell'organismo controllato siano composti da rappresentanti di tutti i soci pubblici partecipanti, ovvero, tra soggetti che possono rappresentare più o tutti i soci pubblici partecipanti; b) i soci pubblici siano in grado di esercitare congiuntamente un'influenza determinante sugli obiettivi strategici e sulle decisioni significative dell'organismo controllato; c) l'organismo controllato non persegua interessi contrari a quelli dei soci pubblici *partecipanti*.

11. Trattandosi di deroga ai principi di concorrenza, non discriminazione, e trasparenza (tutti costituenti canoni fondamentali del trattato istitutivo della Comunità europea), l'istituto dell'in house providing è stato come detto ritenuto ammissibile solo nel rispetto di alcune rigorose condizioni, individuate dalla giurisprudenza comunitaria ed elaborate anche da quella nazionale. E' stato affermato che, in astratto, l'affidamento diretto del servizio viola il principio di concorrenza sotto un duplice profilo: a) da una parte, sottrae al libero mercato quote di contratti pubblici, nei confronti dei quali le imprese ordinarie vengono escluse da ogni possibile accesso; b) dall'altra, si costituisce a favore dell'impresa affidataria una posizione di ingiusto privilegio, garantendole l'acquisizione di contratti. Il tutto si traduce nella creazione di posizioni di vantaggio economico che l'impresa *in house* può sfruttare anche nel mercato, nel quale si presenta come "particolarmente" competitiva, con conseguente alterazione della *par condicio*. In particolare, come accennato [ma occorre adesso essere ancora più stringenti], le misure contenitive adottate già in ambito comunitario per eliminare o ridurre i suddetti inconvenienti sono costituite dalle stringenti condizioni poste per rendere legittimo l'affidamento *in house*, rappresentate da:

- 1) il così detto "controllo analogo a quello svolto sui propri servizi", necessariamente esercitato dall'ente pubblico nei confronti dell'impresa affidataria;
- 2) il rapporto di stretta strumentalità fra le attività dell'impresa "*in house*" e le esigenze pubbliche che l'ente controllante è chiamato a soddisfare.

La giurisprudenza comunitaria, in particolare, ha utilizzato l'espressione *in house providing* per identificare il fenomeno di "autoproduzione" di beni, servizi o lavori da parte della pubblica amministrazione: la quale acquisisce un bene o un servizio attingendoli all'interno della propria compagine organizzativa senza ricorrere a "terzi" tramite gara [così detta esternalizzazione] e dunque al mercato. In ragione del "controllo analogo" e della "destinazione prevalente dell'attività", l'ente *in house* non può ritenersi terzo rispetto all'amministrazione controllante ma deve considerarsi come uno dei servizi propri dell'amministrazione stessa: non è, pertanto, necessario



che l'amministrazione ponga in essere procedure di evidenza pubblica per l'affidamento di appalti. I requisiti dell'*in house providing*, costituendo un'eccezione alle regole generali del diritto comunitario, vanno interpretati restrittivamente [C. giust. CE, 6 aprile 2006, C-410/04 e Cons. Stato, sez. II, n. 456/2007]. La sussistenza del controllo analogo viene esclusa in presenza di una compagine societaria composta anche da capitale privato, essendo necessaria la partecipazione pubblica totalitaria. Infatti, la partecipazione (pure minoritaria) di un'impresa privata al capitale di una società, alla quale partecipi anche l'amministrazione aggiudicatrice, esclude in ogni caso che tale amministrazione possa esercitare su detta società un controllo analogo a quello che essa svolge sui propri servizi [C. giust. CE: sez. II, 19 aprile 2007, C-295/05, Asociación de Empresas Forestales c. Transformación Agraria SA (TRASGA); 21 luglio 2005, C-231/03, Consorzio Corame; 11 gennaio 2005, C-26/03, Stadt Halle]. **Occorre, quindi, che l'ente posseda l'intero pacchetto azionario della società affidataria** [Cons. Stato, sez. V, 13 luglio 2006, n. 4440; in precedenza Cons. Stato, sez. V, 22 dicembre 2005, n. 7345 aveva ritenuto che la quota pubblica dovesse essere comunque superiore al 99%]. Tuttavia, la partecipazione pubblica totalitaria è necessaria ma non sufficiente (C. giust. CE, 11 maggio 2006, C-340/04; Cons. Stato, sez. VI, 1° giugno 2007, n. 2932 e 3 aprile 2007, n. 1514), servendo maggiori strumenti di controllo da parte dell'ente rispetto a quelli previsti dal diritto civile. In particolare:

- a) **lo statuto della società non deve consentire che una quota del capitale sociale, anche minoritaria, possa essere alienata a soggetti privati** [Cons. Stato, sez. V, 30 agosto 2006, n. 5072];
- b) il consiglio di amministrazione della società non deve avere rilevanti poteri gestionali e all'ente pubblico controllante deve essere consentito esercitare poteri maggiori rispetto a quelli che il diritto societario riconosce normalmente alla maggioranza sociale [Cons. Stato, sez. VI, 3 aprile 2007, n. 1514];
- c) l'impresa non deve avere acquisito una vocazione commerciale che rende precario il controllo dell'ente pubblico e che risulterebbe, tra l'altro: dall'ampliamento dell'oggetto sociale; dall'apertura obbligatoria della società, a breve termine, ad altri capitali; dall'espansione territoriale dell'attività della società a tutta l'Italia e all'estero [C. giust. CE: 10 novembre 2005, C-29/04, Mödling o Commissione c. Austria; 13 ottobre 2005, C-458/03, Parking Brixen];
- d) le decisioni più importanti devono essere sottoposte al vaglio preventivo dell'ente affidante [Cons. Stato, sez. V, 8 gennaio 2007, n. 5].

In sostanza si ritiene che il solo controllo societario totalitario non sia garanzia della ricorrenza dei presupposti dell'*in house*, occorrendo **anche un'influenza determinante da parte del socio pubblico, sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni importanti** (C. giust. CE, 11 maggio



2006, C-340/04, società Carbotermo e Consorzio Alisei c. Comune di Busto Arsizio). Ne consegue che l'*in house* esclude la terzietà, poiché l'affidamento avviene a favore di un soggetto il quale, pur dotato di autonoma personalità giuridica, si trova in condizioni di soggezione nei confronti dell'ente affidante che è in grado di determinarne le scelte, e l'impresa è anche sotto l'influenza dominante dell'ente. Ed ancora [Cons. giust. amm. reg. sic. 4 settembre 2007, n. 719], sempre in aggiunta alla necessaria totale proprietà del capitale da parte del soggetto pubblico, **si è ritenuto essenziale il concorso dei seguenti ulteriori fattori**, tutti idonei a concretizzare una forma di controllo che sia effettiva, e non solo formale o apparente:

- a) **il controllo del bilancio;**
- b) **il controllo sulla qualità della amministrazione;**
- c) **la spettanza di poteri ispettivi diretti e concreti;**
- d) **la totale dipendenza dell'affidatario diretto in tema di strategie e politiche aziendali.**

12. Nel caso di TERAMO LAVORO s.r.l., la Provincia di Teramo, che l'ha costituita nel 2010, **ne ha disposto la messa in liquidazione** con delibera consiliare del 20.2.2014. La società risulta, ad oggi, **con capitale sociale di totale proprietà della provincia di Teramo**, risultando in tal modo rispettato il requisito dell'attività di direzione e coordinamento delineata dall'art. 2497 c.c.

13. Non sembra dubbio, inoltre, che al controllo societario totalitario la provincia di Teramo eserciti un'influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni fondamentali per l'esistenza in vita attraverso la nomina e la revoca degli organi societari, la messa in liquidazione delle società, il controllo del bilancio, quello sulla qualità della amministrazione, la spettanza di poteri ispettivi, la totale dipendenza dell'affidatario diretto in tema di strategie e politiche aziendali. Risultano quindi sussistenti tutti i requisiti della cd. società in house, come tali sottratte alla disciplina fallimentare.

14. Infine, per quanto attiene il profilo della prevalenza dell'attività, è importante osservare che **pur con la fondamentale precisazione, possibile per quanto premesso sopra, al punto 9, per cui in materia di servizi pubblici la prestazione è svolta non nei confronti dell'amministrazione bensì degli utenti**, spettando all'amministrazione, soggetto affidante del servizio, un compito di controllo e vigilanza sulle prestazioni rese, nel contesto di un rapporto trilaterale tra l'amministrazione, soggetto gestore del servizio ed utenti, **TERAMO LAVORO s.r.l. ha sempre operato nell'interesse ed a vantaggio esclusivo della collettività provinciale**, eseguendo opere di manutenzione di strade, immobili, aree verdi; servizi per l'impiego, politiche per il lavoro e



formazione, in materia di ruoli, sanzioni tributi, di gestione di finanziamenti nazionali ed europei, di servizi bibliotecari, di informatizzazione degli uffici provinciali, di ambiente, energia, rifiuti, discariche, di urbanistica, edilizia, genio civile, protezione civile.

15. Un'ultima considerazione. Tutto quanto detto sopra vale per la procedura fallimentare. Ma in astratto il problema dell'assoggettamento a procedure concorsuali delle società in mano pubblica potrebbe atteggiarsi diversamente con riferimento al concordato preventivo. Proprio con specifico riferimento a questa procedura, infatti, si apprezzano con maggiore chiarezza i differenti esiti applicativi sui possono giungere il metodo "tipologico" ed il metodo "funzionale". Nel caso in cui si ritenga che la definizione della disciplina applicabile sia conseguenza unicamente della corretta identificazione della natura giuridica del soggetto debitore (o della qualità di imprenditore commerciale o meno della società in mano pubblica), l'affermazione della natura sostanzialmente pubblica del soggetto porta come suo inevitabile corollario l'esclusione dello stesso non solo dal perimetro delle imprese fallibili, ma anche da quello delle imprese assoggettabili a concordato preventivo. L'art. 1, comma 1, l.fall., nel prevedere che «sono soggetti alle disposizioni sul fallimento e sul concordato preventivo gli imprenditori che esercitano una attività commerciale, esclusi gli enti pubblici», esonera gli "enti pubblici" tanto dal fallimento, quanto dal concordato preventivo, senza la possibilità di operare alcuna distinzione tra le due procedure in punto di presupposto soggettivo. La conclusione diventa, invece, più sfumata laddove si adotti il metodo "funzionale", che lega l'esenzione dalla procedura concorsuale ad una verifica della effettiva lesione che l'interesse pubblico subisce per effetto della procedura. Ed invero, l'incompatibilità funzionale tra procedura fallimentare e la tutela degli interessi pubblici è conseguenza dell'interruzione dell'attività d'impresa che normalmente consegue alla dichiarazione di fallimento [art. 42 l.fall.], nonché dell'attribuzione all'autorità giudiziaria del potere di decidere in ordine all'eventuale prosecuzione dell'attività d'impresa da parte della società [art. 104 l.fall.] e in ordine al possibile affidamento a terzi, attraverso lo strumento dell'affitto di azienda, della stessa gestione del servizio pubblico essenziale [art. 104 bis l.fall.]. Il concordato preventivo non determina necessariamente queste due conseguenze: l'apertura della procedura in astratto non impone l'interruzione dell'attività, né lo spossessamento del debitore [arg. ex art. 167 l.fall.], né attribuisce al tribunale un autonomo potere di scelta della destinazione del complesso aziendale; tutti questi profili sono disciplinati dal piano ex art. 161, comma 2, lett. e), l.fall., redatto dallo stesso debitore, limitandosi il ruolo del tribunale al profilo del controllo. Con riferimento al cd. concordato preventivo meramente liquidatorio, che è quello che ci occupa, si afferma che se è vero che esso non prevede la



prosecuzione dell'attività d'impresa, tuttavia la scelta è assunta dalla stessa società in sede di piano di concordato, senza essere imposta dal Tribunale con la sentenza di fallimento, talchè si sarebbe in presenza di una fattispecie sotto alcuni profili assimilabile a quella dello scioglimento anticipato per deliberazione dell'assemblea [art. 2484, comma 1, n. 6, c.c.] e senza autorizzazione all'esercizio provvisorio [art. 2487, comma 1, lett. c), c.c.]; in ambedue i casi, l'interruzione dell'attività d'impresa è conseguenza di una scelta "volontaria" della società [presumibilmente condivisa dall'ente pubblico che esercita l'attività di direzione e coordinamento]. Il Tribunale ritiene tuttavia che, non ostante questi argomenti, certamente stimolanti, risulti decisivo e insuperabile in senso opposto il tenore letterale dell'art. 1, comma 1, l.fall, che identifica le procedure di fallimento e di concordato preventivo sotto il profilo del presupposto soggettivo. D'altra parte, l'affermazione che le società in mano pubblica "necessarie", pur esenti da fallimento, possano essere ammesse alla procedura di concordato preventivo accentua un profilo di "privilegio" in favore delle stesse, che sembra porsi in contrasto con l'evoluzione normativa in argomento.

16. In conseguenza di quanto sopra esposto, la domanda di concordato preventivo con riserva presentata da GABRIELE RECCHIUTI, C.F. RCC GRL 72H23 L103Z, liquidatore e legale rappresentante p.t. di TERAMO LAVORO S.R.L. in liquidazione dal 20.2.2014, con unico socio [Provincia di Teramo], con sede in Teramo, via Giannina Milli 2, P.I. 01768500678, REA TE-151088, pec teramolavorosrlinliquidazione@pec.it, deve essere dichiarata inammissibile.

P.Q.M.

Letto l'art. 161 comma 6. L.F.;

dichiara inammissibile la domanda di concordato preventivo con riserva presentata da GABRIELE RECCHIUTI, C.F. RCC GRL 72H23 L103Z, liquidatore e legale rappresentante p.t. di TERAMO LAVORO S.R.L. in liquidazione dal 20.2.2014, con unico socio [Provincia di Teramo], con sede in Teramo, via Giannina Milli 2, P.I. 01768500678, REA TE-151088, pec teramolavorosrlinliquidazione@pec.it.

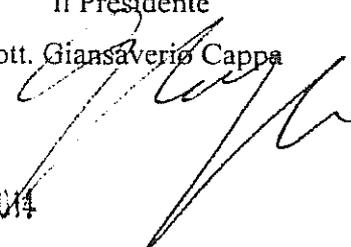
Teramo, 20.10.2014

Il Giudice relatore ed estensore
Dott. Giovanni Cirillo



Il Presidente

Dott. Giansaverio Cappa



TRIBUNALE DI TERAMO
Depositato in Tribunale il 24.10.2014
Il Presidente
Dott. Adriano Cappa



