

INDICE

Introduzione

1

CAPITOLO I

NOZIONE, PRINCIPI E FONTI:

IN HOUSE PROVIDING E DIRITTO U.E.

(PRINCIPIO DI AUTORGANIZZAZIONE, AFFIDAMENTI DIRETTI,
IN HOUSE VERTICALE ROVESCIATO, *IN HOUSE* ORIZZONTALE)

Fabrizio Fracchia e Scilla Vernile

1. La nozione di *in house providing*: origini ed evoluzioni dell'istituto 5
2. Le diverse forme di *in house providing*: indiretto, rovesciato e orizzontale 21
3. *L'in house providing* come espressione del principio di autorganizzazione 23
4. *L'in house providing* come eccezione alla regola del mercato? 25
5. La "neutralità" della disciplina europea in materia di *in house providing* 28
6. Considerazioni conclusive 31

CAPITOLO II

SOCI PUBBLICI, COSTITUZIONE DI SOCIETÀ
E CIRCOLAZIONE DELLE PARTECIPAZIONI
DOPO IL TESTO UNICO E IL DECRETO CORRETTIVO

Marco Antonioli

1. Cenni sul paradigma della società in mano pubblica prima e dopo il Testo unico 35
2. Il «vincolo di scopo» dalla Legge finanziaria 2008 al Testo unico e il «tipo» della società partecipata 39
3. Vincoli «procedurali» delle partecipazioni societarie in mano pubblica: la decisione amministrativa presupposta 42
4. Effetti dell'inosservanza dei vincoli sul regime degli atti di natura privatistica 45
5. *Segue*: profili sostanziali (effetti) e processuali (riparto tra le giurisdizioni) 49
6. Vincolo «di scopo», vincolo «di attività» e tipo sociale nel Testo unico 52
7. Holding pubblica e società *in house* nel Testo unico 54
8. Capacità giuridica dell'ente pubblico e «fuoriuscita codicistica» della società partecipata 57

9. Riflessioni sulle relazioni configurabili tra ente partecipante e società partecipata	60
10. Motivazione della delibera di acquisizione di partecipazioni societarie: oggetto e requisiti	61
11. L'intervento della Consulta sull'art. 192, c. 2, del Codice degli appalti pubblici	64
12. Il recente intervento della Corte di Giustizia nella sentenza Ecolan S.p.A.	67
13. Sindacato giurisdizionale e principio di proporzionalità	69
14. Deroghe ed eccezioni: società «legali» e società quotate nei mercati regolamentati	72

CAPITOLO III

I REQUISITI NECESSARI PER GLI AFFIDAMENTI IN HOUSE. IL CONTROLLO ANALOGO: NATURA, MODALITÀ E LIMITI (DAL CODICE DEI CONTRATTI AL TESTO UNICO DELLE SOCIETÀ PUBBLICHE)

Marco Antonioli

1. Il «controllo analogo» come requisito dell' <i>in house providing</i> : considerazioni generali	75
2. Il «controllo analogo» dopo le Direttive europee del 2014, il Codice dei contratti pubblici e il Testo unico: cenni	79
3. Il «controllo analogo» nelle società pluripartecipate in mano pubblica tra giurisprudenza pretoria e sua positivizzazione normativa	82
4. L'esercizio del «controllo analogo» congiunto nel Testo unico: controllo «sintetico» o «atomistico»; declinazione della funzione e strumenti a ciò deputati	84
5. Controllo analogo «pluripartecipato», «a cascata», «orizzontale» e «capovolto»: dalla relazione interorganica al coordinamento e alla eterodirezione dell'attività d'impresa	86
6. Esercizio del controllo analogo: influenza strategica e attività di indirizzo sulle decisioni «più importanti»	91
7. Controllo analogo e attività di direzione e coordinamento (art. 2497 c.c.)	93

CAPITOLO IV

GLI STRUMENTI PER L'ESERCIZIO DEL CONTROLLO ANALOGO

Vincenzo Donativi

1. Premessa	98
1.1. L'annoso dibattito sulla natura giuridica delle società <i>in house</i> , quale premessa necessaria per la ricognizione degli strumenti privatistici utilizzabili per l'esercizio del controllo analogo	98
1.2. Il Testo unico e l'art. 16 come nuovo epicentro della questione	99

1.3. L'approccio metodologico seguito	101
2. L'art. 16, co. 2, lett. a) e b), TUSPP	102
2.1. La soluzione normativa adottata dal Testo unico in favore della concessione di una possibilità di deroga "limitata" e "condizionata"	102
2.2. Le argomentazioni a sostegno di tale ipotesi di lettura: (i) il tenore dell'art. 16	102
2.3. (ii) Una lettura sistematica con i criteri direttivi di cui alla legge delega	107
2.4. (iii) La definizione del controllo analogo	108
2.5. (iv) La giurisprudenza della Corte di Giustizia e le direttive comunitarie	111
2.6. (v) L'art. 1, co. 3, TUSPP	112
2.7. (vi) Le altre disposizioni del TUSPP applicabili alle società <i>in house</i>	114
2.8. (vii) Inutilità, sul piano pratico, del ricorso a soluzioni <i>extra ordinem</i>	116
2.9. Conclusione	117
3. Ricadute applicative e soluzioni praticabili per via statutaria: nelle s.p.a.	118
3.1. Spostamento di competenze dall'organo amministrativo all'assemblea	118
3.2. Combinazione con la creazione di categorie speciali di azioni	120
3.3. Esclusione della possibilità di attribuzione di diritti o poteri "diretti" extra-assembleari	121
3.4. Esclusione della legittimità di clausole statutarie che attribuiscono carattere vincolante per gli amministratori alle decisioni adottate in via parasociale	122
4. Ricadute applicative e soluzioni praticabili per via statutaria: nelle s.r.l.	122
4.1. La competenza esclusiva degli amministratori secondo il nuovo art. 2475 c.c. (dopo il Codice della crisi)	122
4.2. Ancora sul significato del verbo "possono" che accompagna la previsione della lett. b)	124
4.3. La tipologia dei diritti particolari attribuibili ai fini del controllo analogo	125
4.4. La selezione e la combinazione di uno o più diritti particolari come strumento pienamente efficace di conformazione del controllo analogo	134
4.5. La forza derivante dalla natura giuridica dei diritti particolari e dall'efficacia propriamente "organizzativa" delle corrispondenti previsioni dell'atto costitutivo	134
4.6. Cenno alle responsabilità connesse all'esercizio dei diritti particolari	136
5. I patti parasociali [art. 16, co. 2, lett. c) TUSPP]	138
5.1. Eventuale sufficienza dello strumento parasociale	138
5.2. La deroga alla durata massima e il rapporto di necessaria "strumentalità funzionale", ai fini della deroga, tra patto e controllo analogo	139
5.3. Durata del patto e durata dell'affidamento	141
5.4. Possibili configurazioni della durata del patto e diritto di recesso	142
5.5. Patti parasociali e società a responsabilità limitata	144

5.6. Rilevanza “meramente obbligatoria” e non organizzativa dei patti parasociali	145
6. Strumenti di attuazione del controllo analogo “congiunto”	147
6.1. Il controllo analogo congiunto e la sua definizione normativa	147
6.2. Approccio “sintetico” o approccio “atomistico”: inadeguatezza di entrambe le soluzioni, nella loro versione meramente formalistica	147
6.3. Necessità di un approccio sostanzialistico e conclusione	152

CAPITOLO V

LA PARTECIPAZIONE DETENUTA IN SOCIETÀ *IN HOUSE* DA PRIVATI E DA ALTRI ENTI NON AFFIDANTI E CONTROLLANTI

Andrea Maltoni

1. La questione della partecipazione dei privati ai fini della configurabilità del controllo analogo alla luce della giurisprudenza della Corte di Giustizia	153
1.1. La partecipazione di soggetti privati al capitale di una società <i>in house</i> : presupposti e limiti	155
1.2. Se la partecipazione dei privati debba essere “prescritta” o soltanto “prevista” dalle normative nazionali	157
2. Le amministrazioni aggiudicatrici non affidanti e controllanti possono divenire socie di una società <i>in house</i> ?	167
3. La partecipazione di capitali privati non può comportare un potere di controllo o di veto o l’esercizio di una influenza determinante sulla società controllata	173
4. Se la partecipazione dei privati possa essere prevista anche da una legge regionale	175

CAPITOLO VI

L’ATTIVITÀ SVOLTA IN VIA PREVALENTE A FAVORE DELL’ENTE O DEGLI ENTI CONTROLLANTI

Andrea Maltoni

1. L’attività svolta in via prevalente nel diritto giurisprudenziale e nelle direttive europee del 2014: la diversa impostazione seguita	179
2. Il requisito dell’attività svolta in via prevalente nel Codice dei contratti pubblici e nel TUSPP	181
2.1. <i>Segue</i> : le attività “ulteriori” e le finalità diverse	183
2.2. Le attività c.d. strumentali, le società holding e le attività “ulteriori”	186
3. Le attività di produzione/gestione di SIEG <i>extra meonia</i>	187
4. La c.d. sanatoria: profili di dubbia compatibilità col diritto europeo e possibili rilievi di incostituzionalità	189

CAPITOLO VII**LE SOCIETÀ IN HOUSE E I COMPITI ATTRIBUITI ALL'ANAC***Michele Corradino e Celeste Chiariello*

1. Il potere di vigilanza dell'Anac negli affidamenti <i>in house</i> . Il quadro normativo	195
2. L'Elenco delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori	198
2.1. Il procedimento per l'iscrizione nell'Elenco di cui all'art. 192, comma 2, d.lgs. n. 50/2016	202
2.2. <i>Segue</i> : natura ed effetti dell'iscrizione nell'Elenco	208
3. L'onere motivazionale di cui all'art. 192, comma 2, d.lgs. n. 50/2019. I dubbi interpretativi	211
3.1. <i>Segue</i> : la giurisprudenza europea e costituzionale sulla legittimità dell'onere motivazionale	215
4. Le Linee Guida Anac n. 11/2018 in attuazione dell'art. 177 del Codice dei contratti pubblici	219
4.1. L'ambito di applicazione dell'art. 177 del Codice dei contratti pubblici	223
5. Il potere di regolazione dell'Anac e la natura delle Linee Guida	226
5.1. Le novità introdotte dal d.l. n. 32/2019	233

CAPITOLO VIII**IL MODELLO DELL'IN HOUSE PROVIDING
TRA DISCREZIONALITÀ ORGANIZZATIVA
E RESPONSABILITÀ AMMINISTRATIVA***Stefano Glinianski*

PARTE I

LE SOCIETÀ IN HOUSE TRA DISCREZIONALITÀ E RESPONSABILITÀ AMMINISTRATIVA

1. Limiti alla discrezionalità organizzativa delle pp.aa. di ricorrere al modello societario	237
2. <i>Segue</i> : l'opzione societaria per produrre un bene o un servizio deve rispondere ad una finalità pubblica	239
3. <i>Segue</i> : tale finalità pubblica deve, in ogni caso, inerire agli scopi istituzionali della stessa	242
4. <i>Segue</i> : il modello societario per la produzione di un bene o di un servizio dovrà essere strettamente necessario al conseguimento dei predetti fini	243
5. Ricorso al modello societario e sindacato del giudice contabile	244

PARTE II

SOCIETÀ A PARTECIPAZIONE PUBBLICA E RESPONSABILITÀ DEGLI AMMINISTRATORI
E DEGLI ORGANI SOCIETARI

1. Premessa	251
2. <i>Segue</i> : la fase espansiva della giurisdizione contabile	251

3. <i>Segue</i> : i primi ripensamenti della Cassazione alle iniziali aperture dei confini della giurisdizione contabile	252
4. <i>Segue</i> : l'articolo 12 del decreto 175/2016	255
5. I presupposti della responsabilità amministrativa contabile degli amministratori delle società <i>in house</i> negli orientamenti della Cassazione	258
6. Considerazioni critiche della dottrina e successivi orientamenti pretori alla prospettazione effettuata della Cassazione	260
7. <i>Segue</i> : il superamento dell'alterità giuridica della società <i>in house</i> quale presupposto della giurisdizione contabile. L'attività di direzione e coordinamento ex articoli 2497 e ss. del codice civile	263
8. <i>Segue</i> : non ipotizzabilità di un patrimonio separato della società <i>in house</i>	265
9. La dilatazione del concetto di relazione funzionale, prodromica ad ampliare il raggio di azione e di controllo della magistratura contabile sulle società partecipate. Una ipotesi ricostruttiva: dalla pubblica amministrazione all'“ <i>amministrazione del settore pubblico</i> ”	266
10. La giurisdizione contabile nel testo di riforma della normativa sulle società partecipate ad opera del D. Lgs 175/2016 (Testo Unico sulle società partecipate)	275
11. <i>Segue</i> : società a partecipazione pubblica non <i>in house</i> : una giurisdizione esclusiva del giudice ordinario?	276
12. <i>Segue</i> : società <i>in house</i> e giurisdizione concorrente tra Corte dei conti e giudice ordinario	278
13. <i>Segue</i> : responsabilità nelle società <i>in house</i> : il profilo soggettivo passivo	281
14. Gli orientamenti della magistratura contabile con riferimento alle società <i>in house</i>	283
15. Il superamento della concentrazione in mano pubblica della partecipazione e i suoi effetti in tema di responsabilità amministrativa contabile	286
16. La responsabilità per violazione del requisito dell'attività prevalente	287

CAPITOLO IX

NOMINA, REVOCA E PROROGATTO DEGLI AMMINISTRATORI

Andrea Maltoni

1. Gli atti di nomina e di revoca dei componenti gli organi sociali ai sensi dell'art. 2449, commi 1 e 2 c.c. e dell'art. 9, commi 7 e 8 TUSPP: il rapporto di presupposizione tra l'atto della p.a. e il susseguente atto societario	293
1.1. <i>Segue</i> : la disciplina pubblicistica contenuta nel TUSPP e gli atti “prodromici” di nomina e revoca	298
1.2. <i>Segue</i> : il sindacato giurisdizionale nelle ipotesi di revoca in via diretta di amministratori	307
2. La revoca, ex art. 50, commi 7 e 8, d.lgs. n. 267/2000, come conseguenza del rinnovo degli organi di governo dell'ente locale: una nuova ipotesi di <i>spoil system</i> ?	311

- | | | |
|----|--|-----|
| 3. | La c.d. <i>prorogatio</i> degli organi di amministrazione e di controllo di società in house ex art. 11, comma 15, TUSPP | 317 |
|----|--|-----|

CAPITOLO X

I CONTROLLI SULLE SOCIETÀ IN HOUSE

Fabrizio Fracchia e Pasquale Pantalone

- | | | |
|----|---|-----|
| 1. | La “morfologia” dei controlli all’interno del Testo unico sulle società partecipate. Una mappatura di massima e il problema dei presidi organizzativi | 323 |
| 2. | I controlli previsti dal Testo unico: i controlli della Corte dei conti | 329 |
| 3. | I controlli al di fuori del Testo unico: il controllo di gruppo | 331 |
| 4. | Ancora sui controlli fuori dal codice: il modello del <i>risk management</i> | 334 |
| 5. | Ulteriori controlli esterni | 338 |
| 6. | Osservazioni conclusive | 340 |

CAPITOLO XI

IL RAPPORTO DI LAVORO NELLE SOCIETÀ A CONTROLLO PUBBLICO

Alessandro Bellavista

- | | | |
|-----|--|-----|
| 1. | Considerazioni introduttive | 347 |
| 2. | La disciplina del personale. Il campo di applicazione. La tecnica legislativa adottata dal riformatore | 350 |
| 3. | Il reclutamento del personale | 355 |
| 4. | Le regole di trasparenza e pubblicità dei provvedimenti in materia di reclutamento | 359 |
| 5. | Le conseguenze in caso di violazione dell’art. 19, c. 2 del TUSP. La giurisdizione | 361 |
| 6. | La tutela spettante al lavoratore in caso di abuso nell’utilizzo della fattispecie del contratto a tempo determinato. Il problema delle promozioni | 368 |
| 7. | I limiti alla crescita della spese di gestione del personale. Il principio del contenimento dei costi del personale | 370 |
| 8. | La contrattazione collettiva nelle società a controllo pubblico e i limiti alla crescita delle retribuzioni | 373 |
| 9. | I limiti al riassorbimento del personale in caso di reinternalizzazione di funzioni o servizi esternalizzati | 376 |
| 10. | Procedure di mobilità ed eccedenze di personale | 381 |
| 11. | La successione negli appalti | 384 |