

**SOCIETA' MISTE PUBBLICO-PRIVATE e SOCIETA' c.d. "IN HOUSE":  
le regole nella stipula degli appalti pubblici.**

**Brevi note a cura di Laura lunghi**

Le questioni sono tre:

- 1 - quali sono le amministrazioni aggiudicatrici ai sensi del Codice dei contratti pubblici**
- 2 - dove si collocano le c.d. società "in house"**
- 3 - quali sono le regole che le c.d. società "in house" devono seguire in relazione alla stipula di contratti pubblici.**

**1 - Le amministrazioni aggiudicatrici sono tutti i soggetti, pubblici o privati che affidano a terzi mediante una procedura di appalto, l'esecuzione di lavori pubblici o la fornitura di beni o servizi.**

Le amministrazioni aggiudicatrici- definite dall'art. 3 del Codice(1) – sono "le amministrazioni dello Stato; gli enti pubblici territoriali; gli altri enti pubblici non economici; gli organismi di diritto pubblico; le associazioni, unioni, consorzi, comunque denominati, costituiti da detti soggetti (comma 25). Con riguardo all'organismo di diritto pubblico» è chiarito come tale qualsiasi organismo, anche in forma societaria: - istituito per soddisfare specificatamente 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 (comma 26).

2 - Il comma 26 precisando che anche **le società possono essere considerate “organismo di diritto pubblico”, include automaticamente anche le società “in house”** .

Conseguentemente, anche per la società in house, rientrando nella definizione di organismo di diritto pubblico, devono ritenersi soddisfatti i tre requisiti richiesti.

Appare utile richiamare il concetto di “gestione in proprio”.

Con tale gestione, l'ente affida i servizi pubblici delle pubbliche amministrazioni a società interne con procedure ad hoc, che evitano la gara.

Tale affidamento senza gara è giustificato soltanto dal concetto di controllo analogo e dalla presenza tra l'ente e la sua società di una delegazione interorganica, in cui, di fatto, la società al di là della sua veste giuridica rappresenta un'articolazione diretta della pubblica amministrazione.

La condizione necessaria e sufficiente affinché l'ente conferisca senza gara la titolarità *del servizio ad una società a totale partecipazione pubblica* è che *l'ente o gli enti pubblici titolari del capitale sociale esercitino sulla società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e che la società realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o gli enti pubblici che la controllano*” (lettera c) del comma 5 dell'art. 113 del D.Lgs. n. 267/2000).

In linea di principio, sia sul piano dell'elaborazione giurisprudenziale che sul piano della regolazione, il ricorso di un ente all'autoproduzione di un servizio deve giustificarsi soltanto quando risparmia ed ottiene un servizio migliore rispetto a quello che avrebbe ottenuto se avesse esperito una gara pubblica.

**3 - Le società “in house” dunque, sono sottoposte al Codice, possono ritenersi amministrazioni aggiudicatrici ed accedono al mercato con regole particolari.**

Tuttavia, proprio per la diversità rispetto alle società private concorrenti ed anche al fine di garantire parità di condizioni, il decreto Bersani (legge del 4 agosto 2006 n. 248) è intervenuto a regolarne/limitarne l'attività quando riguarda la produzione di servizi pubblici impropri o strumentali cioè resi da soggetti diversi dall'amministrazione e che comportano prestazioni corrispettive (ad esempio servizi privati di assistenza informatica degli uffici pubblici, di manutenzione degli impianti) ed il rapporto è un affidamento “indiretto” costruito come appalto di servizio. Tali limiti non si applicano per la produzione di servizi pubblici propri cioè resi dall'amministrazione a vantaggio della collettività (ad esempio servizi di trasporto, idrici e di raccolta rifiuti) ed il rapporto è un affidamento “diretto” costruito come concessione di pubblico servizio.

**L'art. 13 del decreto Bersani prevede** che 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, con esclusione dei servizi pubblici locali, nonché nei casi consentiti dalla legge, per lo svolgimento esternalizzato di funzioni amministrative di loro competenza”*(3) devono:

- non possono svolgere prestazioni a favore di altri soggetti pubblici o privati, né in affidamento diretto con gara,
- non possono partecipare ad altre società o enti,
- possono partecipare soltanto alle gare in cui la stazione appaltante è l'amministrazione che le ha costituite o che partecipa al loro capitale e non possono concorrere alle gare di altri soggetti o enti aggiudicatori (ad esempio si pensi alle gare indette da una società pubblica di trasposti per la fornitura di 1.000.000 litri di gasolio autotrazione desolfurato con caratteristiche rispondenti alle norme Uni 590)
- possono essere destinatarie di affidamenti *in house* soltanto da parte dei loro soci pubblici, soltanto in presenza dei presupposti (il requisito del controllo analogo), ma non possono ricevere affidamenti diretti da altri soggetti pubblici o da soggetti privati.
- hanno oggetto sociale esclusivo da indicarsi nell'attività produttiva, per tutelare terzi che potrebbero operare con i soggetti affidanti e partecipanti.

- potranno cedere le attività non consentite a terzi, nel rispetto delle procedure ad evidenza pubblica, ovvero scorporarle, anche costituendo una società da collocare sul mercato, secondo le procedure del D.L. 332/94, entro ulteriori diciotto mesi (ossia entro il 3 gennaio 2009). Attenzione che “i contratti relativi alle attività non cedute o scorporate perdono efficacia decorsi i primi dodici mesi. I contratti conclusi dopo il 4 luglio 2006 in violazione delle prescrizioni dei commi 1) e 2) dell’art. 13 sono nulli. Restano validi, fatte salve le prescrizioni di cui al comma 3), i contratti conclusi dopo il 4 luglio 2006, ma in esito a procedure di aggiudicazione perfezionate prima di tale data”.

Si segnala, ad ogni buon fine che:

- l’art. 25 del Codice riguarda i contratti esclusi. In particolare sono i contratti di a) appalti per l'acquisto di acqua, se aggiudicati da amministrazioni aggiudicatrici o enti aggiudicatori che esercitano le attività di cui all'articolo 209, comma 1 (acqua); b) appalti per la fornitura di energia o di combustibili destinati alla produzione di energia, se aggiudicati da amministrazioni aggiudicatrici o enti aggiudicatori che esercitano un'attività di cui ai commi 1 e 3 dell'articolo 208 (gas, energia termica ed elettricità) e all'articolo 212 (prospezione ed estrazione di petrolio, gas, carbone e altri combustibili solidi).

- mentre l’art. 26. riguarda i contratti di sponsorizzazione e prevede che per la scelta dello sponsor nonché le disposizioni in materia di requisiti di qualificazione dei progettisti e degli esecutori del contratto, nonché gli interventi di restauro e manutenzione di beni mobili e delle superfici decorate di beni architettonici sottoposti a tutela ai sensi del decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42, ovvero i servizi di cui all'allegato II, ovvero le forniture disciplinate dal presente codice, quando i lavori, i servizi, le forniture sono acquisiti o realizzati a cura e a spese dello sponsor, si applicano le disposizioni del Codice ai contratti a questi assimilabili, di cui siano parte un'amministrazione aggiudicatrice o altro ente aggiudicatore e uno sponsor che non sia un'amministrazione aggiudicatrice o altro ente aggiudicatore, aventi ad oggetto i lavori di cui all'allegato I.

Laura Lunghi

## Note

(1) Art. 1 dir. 2004/18; artt. 1, 2.1., dir. 2004/17; artt. 2, 19, legge n. 109/1994; artt. 1, 2, 9, d.lgs. n. 358/1992; artt. 2, 3, 6, d.lgs. n. 157/1995; artt. 2, 7, 12, d.lgs. n. 158/1995; art. 19, co. 4, d.lgs. n. 402/1998; art. 24, legge n. 62/2004):

(2) Tali indici sarebbero di fatto sintomatici della natura intrinsecamente pubblica dell'ente; essi sono il finanziamento pubblico, il controllo pubblico sulla gestione ed il potere di nomina della maggioranza dei membri degli organi di amministrazione, direzione e vigilanza. Cfr, sul punto, Corte di giustizia 3.10.00 in C-380/1998.

Cfr, sul punto, Corte di Giustizia Ce 18 novembre 1999, in causa C-107/98, Teckal s.r.l. c. Comune Viano, in Raccolta, 1999, I-5219; e sentenze Corte di Giustizia Ce dell'11 gennaio 2005, causa Stadt Halle C- 26/03; sentenza del 13 ottobre 2005, causa Parking Brixen C-458/05, Italia; sentenza dell'11 maggio 2006, causa Carbotermo C-340/04, Italia; sentenza 6 aprile 2006, causa Amtab C-410/04.

In particolare, e partendo dai requisiti di "partecipazione pubblica" e di "controllo analogo", ammessi nell'affidamento diretto a società *in house*, si evince, secondo l'orientamento della Corte, che:

- la controparte contrattuale debba essere un'entità giuridicamente distinta dall'amministrazione aggiudicatrice,
- che quest'ultima eserciti sulla persona un controllo analogo a quello da esso esercitato sui propri servizi, e che tale persona realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o gli enti pubblici che la controllano.

Inoltre, per il "controllo analogo", la Corte lo ha invece escluso se si è in presenza di:

1. un oggetto sociale esteso ad altri rilevanti settori di attività,
2. quando il capitale deve essere ceduto in tutto o in parte, e nel breve termine, a privati,
3. quando l'ambito territoriale dell'attività è esteso al di là della circoscrizione territoriale dell'amministrazione affidante,
4. quando il consiglio di amministrazione gode dei più ampi poteri di gestione in autonomia rispetto all'autorità pubblica.

(3) La norma non menziona le amministrazioni pubbliche statali, creando così, alcuni ostacoli alla concorrenza ed alla parità degli operatori economici.