

Proposta di modifica

Oggetto: art. 1, comma 3, terzo periodo. Società a controllo pubblico in house.

Commento

Dopo le parole “Alle società con capitale pubblico anche non maggioritario” aggiungere le parole “, anche in house,”. Inoltre, eliminare le parole “si applica la disciplina prevista dai testi unici sui servizi pubblici locali di interesse economico generale e in materia di società a partecipazione pubblica” e sostituirle con le parole “si applicano gli articoli 16, comma 7 e 17 comma 6 del Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica”.

Le modifiche proposte, oltre a rendere più coerente la norma con l’ordinamento vigente (il Testo unico sui servizi pubblici locali di interesse economico generale non è mai stato emanato), sono finalizzate a chiarire che la categoria dell’organismo di diritto pubblico non include necessariamente tutte le società in house: in particolare non sono organismi di diritto pubblico le società in house concessionarie di servizi pubblici quando operano con metodo economico e in un mercato concorrenziale, sopportando i rischi dell’attività.

Inoltre, le modifiche intendono chiarire che, in coerenza con l’odierno art. 1, comma 3 del Codice dei contratti pubblici, gli artt. 16, comma 7 e 17, comma 6 del d.lgs. n. 175/2016 riguardano solo le società (rispettivamente in house e miste) che non operano in un ambiente concorrenziale.

I chiarimenti proposti risultano anzitutto la doverosa ricaduta dell’istituto dell’in house come oggi disciplinato dal diritto dell’UE e, di conseguenza, nell’ordinamento interno: in effetti l’istituto dell’in house è stato interessato da profonde novità a seguito dell’entrata in vigore delle direttive europee del 2014 sugli appalti e le concessioni.

In base alla direttiva 2014/23/UE sull’aggiudicazione dei contratti di concessione, il rapporto tra l’Amministrazione affidante e il gestore in house di un servizio pubblico è una vera e propria concessione: così l’art. 17 della direttiva cit., recepito dall’art. 5 del d.lgs. n. 50/2016. Peraltro, l’art. 5, n. 1) della medesima direttiva 2014/23/UE (recepito dall’art. 3, lett. vv del d.lgs. n. 50/2016) stabilisce: «L’aggiudicazione di una concessione di lavori o di servizi comporta il trasferimento al concessionario di un rischio operativo legato alla gestione dei lavori o dei servizi».

Dunque, la società in house, in quanto concessionario di servizi, deve operare secondo i criteri imprenditoriali propri di tutti i concessionari, assumendosi il rischio dell’attività svolta; e ciò esclude che le società in house si configurino, sempre e comunque, come organismo di diritto pubblico.

Nel contempo, i considerando 21 della direttiva 2014/23/UE, 10 della direttiva 2014/24/UE e 12 della direttiva 2014/25/UE affermano che «un organismo che opera in condizioni normali di mercato, mira a realizzare un profitto e sostiene le perdite che risultano dall’esercizio delle sue attività non dovrebbe essere considerato un organismo di diritto pubblico». I predetti considerando, fanno genericamente riferimento a un organismo che opera a determinate condizioni, tali da escluderne la natura di organismo di diritto pubblico, senza introdurre precisazioni sulla forma dell’organismo medesimo, che quindi può essere anche una società in house.

Si conferma, dunque, che la società in house (come qualsiasi altro operatore) è organismo di diritto pubblico – rientrando quindi nel novero delle amministrazioni aggiudicatrici – solo quando ricorrono le condizioni di cui all’art. 3, lett. d) del d.lgs. n. 50/2016 e, per converso, non è lo quando ricorrono le condizioni descritte dai considerando 21 della direttiva 2014/23/UE, 10 della direttiva 2014/24/UE e 12 della direttiva 2014/25/UE.

Del resto, l’art. 1, comma 3 del d.lgs. n. 175/2016 stabilisce: «Per tutto quanto non derogato dalle disposizioni del presente decreto, si applicano alle società a partecipazione pubblica le norme sulle società contenute nel codice civile e le norme generali di diritto privato». Pertanto, considerato che non constano norme speciali riguardanti le società a partecipazione pubblica che introducano deroghe sul punto, se i singoli statuti non prevedono qualcosa di diverso, anche le società in house (in quanto *species* del *genus* società a partecipazione pubblica) operano secondo il principio

generale di cui all'art. 2247 del Codice civile, e quindi con metodo economico, allo scopo di produrre utili e inoltre sopportano i rischi dell'attività.

Nel contempo, sottoporre al Codice dei contratti pubblici le società, anche in house, che producono beni o servizi destinati ad essere collocati sul mercato in regime di libera concorrenza (e che non sono organismi di diritto pubblico) violerebbe platealmente il divieto di *gold plating*, sancito dall'art. 1, comma 1, lett. a) della legge n. 11/2016 e dall'art. 14, commi 24-bis, 24-ter e 24-quater della legge n. 246/2005 perché una simile sottoposizione non discende dal diritto dell'UE.