

XVI CONVEGNO ANNUALE
DELL' ASSOCIAZIONE ITALIANA DEI PROFESSORI UNIVERSITARI
DI DIRITTO COMMERCIALE "ORIZZONTI DEL DIRITTO COMMERCIALE"

**"STATO, IMPRESE, MERCATI IN UN MONDO
ALLA RICERCA DI NUOVI EQUILIBRI"**
Roma, 21-22 febbraio 2025

AMEDEO VALZER

PROFESSORE ASSOCIATO DI DIRITTO COMMERCIALE

PRESSO L' UNIVERSITÀ CATTOLICA DEL SACRO CUORE - MILANO

Il controllo analogo nelle società *in house* nella recente giurisprudenza di legittimità.

SOMMARIO: 1. Una premessa introduttiva. - 2. Le società *in house* tra diritto della concorrenza e diritto societario. - 3. Il controllo analogo quale "*aliud*" rispetto al controllo esercitato dalla P.A. sui propri servizi? La recente giurisprudenza di legittimità. Analisi. - 4. L'esercizio del controllo analogo nell'art. 16 Tuspp. Prospettive

1. Una premessa introduttiva. - Il titolo del convegno di oggi rinvia a temi di riflessione che certamente non sono nuovi. Parlare dei (vari, possibili) rapporti tra Stato, impresa e mercato significa occuparsi di tematiche ricorrenti sin da quando non è più esclusiva preoccupazione del *sovrano* curarsi della felicità e delle necessità dei propri sudditi [*e da quando il sogno di Diocleziano (di governare i prezzi e le crisi per editto) si è infranto*¹]; da quando - ancora - la ricchezza non è più solo fondiaria, ma connessa alla produzione e alla circolazione/distribuzione di beni; da quando, infine, il mercato ha assunto, in maniera impersonale, il compito di assegnare (o allocare) risorse limitate in ragione di scelte che si escludono l'un l'altra. In definitiva, si tratta di un tema propriamente classico: risalente sì, ma sempre attuale; più correttamente, anzi, di un insieme di temi di indagine "vivi", che si evolvono in ragione delle modificazioni che interessano sia i problemi e i bisogni dell'uomo, sia il contesto di riferimento della società nella quale detti bisogni vanno soddisfatti.

Una prima avvertenza è che, probabilmente, proprio per quanto detto,

¹ Sempre attuali i saggi di MERUSI, *Il sogno di Diocleziano*, Torino, 2013, *passim*.

non è possibile esprimere giudizi di valore netti né indicare direzioni stabili; nondimeno, riterrei preferibile (e senz'altro possibile) consolidare degli assunti di metodo e alcune coordinate di lettura, di modo che anche gli scenari evolutivi che (all'osservazione o nelle riflessioni) si susseguono, possano "dialogare" tra loro; possano, cioè, essere osservati, compresi, ponderati, spiegati e indirizzati muovendo da coordinate di base condivise, che consentano, così, di giungere a esiti controllabili.

Volgendo in questa direzione, provo a esplicitare il mio punto di vista circa le "regole di ingaggio" del tema (avviso: regole davvero minime). Penso che si possa convenire che, quantomeno dagli ultimi decenni, il mercato sia diventato un luogo di "veridizione", di controllo *sia* della razionalità *sia* dell'efficienza delle scelte dello Stato (beninteso: laddove lo Stato possa scegliere); in altri termini, un luogo di *razionalizzazione della pratica di governo*², sul presupposto, difficilmente opinabile, che il mercato stesso si identifichi nel (e, comunque, sia influenzato dal) suo statuto giuridico³, inteso come complesso di norme utili al corretto funzionamento del mercato e che, anzi, lo stesso mercato sia l'esito di una azione continua e costante di governo⁴; di talché, mi sentirei di osservare che tra le problematiche correlate ai rapporti tra Stato e mercato (o mercati) vi sia sempre una buona dose di circolarità; questo – si intende – quantomeno nelle economie che possiamo definire occidentali. Di contro, la cronaca stessa ci mette di fronte ad un mondo oramai multipolare dove i rapporti tra Stato, imprese e mercato (o mercati) esprimono condizioni e impostazioni di base profondamente diverse, le quali, a loro volta, richiedono approcci di lettura multifocali, che quasi rendono difficile individuare un campo comune di comparazione e di analisi sinottica. Da questa prospettiva, ciò che sembrava irretrattabile, la globalizzazione dei mercati, pare aver segnato una battuta d'arresto (tant'è che si parla nuovamente di dazi e politiche protezionistiche)⁵; residua, invece, una globalizzazione (nel senso di

² Il significato della "razionalizzazione della pratica di governo" è illustrato da FOUCAULT, *Nascita della biopolitica. Corso Al College de France (1978-1979)*, Feltrinelli, *passim*.

³ IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, 2009, *passim*; AA.VV., *Il dibattito sull'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, 1999, *passim*; più di recente, ALPA, *Il mercato come forma giuridica*, in *Riv. trim. dir. econ.*, 2015, 211 ss.

⁴ Per l'illustrazione delle ragioni per le quali, secondo il pensiero e l'impostazione ordoliberal, il mercato rappresenta un obiettivo costante dell'attività dello Stato e dell'azione di governo (ribaltando, così, il rapporto tra Stato e mercato proprio del liberalismo classico), cfr. FOUCAULT, 111 ss.

⁵ Cfr. il recentissimo intervento del Governatore della Banca d'Italia del 16 gennaio 2025: Panetta, Pace e prosperità in un mondo frammentato, in <https://www.bancaditalia.it/pubblicazioni/interventi-governatore/integrov2025/Panetta-16.01.2025.pdf>

capacità di propagazione) dei problemi: ma questo è altro tema.

Per rimanere al tema della presente indagine, un primo rilievo che mi sentirei di fare, davvero in via preliminare e, comunque, senza alcuna pretesa di novità, è la necessità di richiamare l'attenzione sulla natura puramente contingente delle riflessioni che hanno ad oggetto il potere nell'impresa, e ciò anche in quella particolarissima e davvero speciale ipotesi che mi accingo ad esaminare, qual è il c.d. "*controllo analogo*" nelle società *in house*.

In effetti, lo stesso tema che tratterò si confronta con fattori che convergono da prospettive multidimensionali: *da un lato*, il potere gerarchico – seppur con tutti i *caveat* del caso⁶ – che regola le relazioni interorganiche nella P.A. (al quale si allude nel richiamare il controllo della P.A. sui propri uffici e servizi diretti), che è il termine di paragone rispetto al quale è necessario esprimersi in termini di "analogia" del potere di controllo che l'amministrazione aggiudicatrice esercita sull'impresa in regime di affidamento diretto; *per altro verso*, i poteri e le funzioni tipiche delle strutture di diritto societario⁷, che devono essere adattate per consentire a questo "controllo analogo al controllo interno" di spiegarsi correttamente nella dinamica societaria; e, *su un piano ancora diverso*, ma non meno essenziale, la dimensione di riferimento delle

⁶ Tradizionalmente, il principio dell'organizzazione gerarchica della P.A. evoca (i) il potere di avocazione delle competenze dell'organo sovraordinato nei confronti dell'organo subordinato; (ii) il potere di sostituzione e modificazione degli atti del subordinato da parte del primo; e, infine, (iii) il potere di controllo sugli atti, inteso come potere di controllo di conformità dell'atto alla legge e ai principi di corretta amministrazione, nonché di convenienza e opportunità dell'atto per l'amministrazione. Nell'ambito del potere di controllo vi è, naturalmente, il potere di auto-annullamento e di modifica, a tutela della legalità dell'azione amministrativa. Come è noto, tuttavia, il principio gerarchico è stato ridimensionato nell'architettura generale della P.A.: è sufficiente, in questo senso, richiamare il rapporto tra ministri e dirigenti di cui agli artt. 14 e 15 d. lgs. 165/2001 e, in particolare, quanto disposto dal comma 3 dell'art. 14, per il quale il Ministro non può revocare, riformare, riservare o avocare a sé o altrimenti adottare provvedimenti o atti di competenza dei dirigenti. D'altronde, neppure può parlarsi di rapporto gerarchico tra la dirigenza di un'amministrazione e la figura del responsabile del procedimento amministrativo che riguarda gli atti della stessa. Ogni discorso in tema di potere gerarchico nella P.A. va dunque relativizzato ai termini della stessa evoluzione del controllo sugli atti amministrativi, che – in maniera quasi circolare – oramai si esprime anche esso in termini di potere di indirizzo e di controllo di gestione. In argomento, anche per i necessari rinvii alla letteratura, cfr. di recente, tra i molti, BERTONAZZI, *Il contributo di Amorth alla nozione giuridica di gerarchia*, in *Dir. amm.*, 2021, 3 ss.

⁷ Come è noto, il fenomeno societario è tradizionalmente analizzato come codice formale di esercizio dell'attività di impresa: con riferimento alle società di capitali, come organizzazione sinergica di uffici, ai quali sono attribuite competenze e *preposti* dei soggetti [per l'organizzazione per uffici, cfr. SPADA, *Diritto commerciale, II, Elementi*², Padova, 2009, 29 ss.], secondo una logica non direttamente riconducibile al modello gerarchico in senso stretto, che invece rinvia alla possibilità di un organo sovraordinato di impartire ordini e di assoggettare a controllo l'organo subordinato nonché di delegare l'esercizio di funzioni, avocare competenze e revocare atti.

valutazioni, che è quella di mercato: se e quando l'affidamento diretto turbi le regole di un mercato strutturato sulle basi del principio di concorrenza.

Proprio con riferimento a quest'ultimo aspetto, mi pare anche non opinabile che ogni discorso in merito al potere di controllo nelle società affidatarie debba necessariamente fare i conti con un contesto di fondo non stabile. La narrativa in merito ai rapporti tra Stato e mercato è sovente oggetto di prese di posizione o di orientamenti che ciclicamente riemergono e si ripropongono (basti pensare alle vicende dell'*interesse pubblico* nella stabilità bancaria). La ciclicità o – può anche dirsi – la *pendolarità* di alcune visioni del rapporto tra Stato e mercato oggi deve però confrontarsi con una dimensione di riferimento che è non solo “immediatamente” più estesa di quanto non fosse nei secoli scorsi (nel nostro caso possiamo dire che l'orizzonte di politica del diritto sia almeno europeo), ma che, a livello globale, propone sincronicamente modelli diversi (che, per l'appunto, quantomeno in Europa, si sono succeduti diacronicamente); modelli diversi o anche tra loro antagonisti o non compatibili, tra i quali il dialogo può essere molto complesso.

Tanto premesso, procedendo gradatamente, riterrei di poter aggiungere un ulteriore rilievo di massima. Le forti tensioni sociopolitiche e culturali che ho provato ad evocare con tutta l'approssimazione dettata dai limiti dell'indagine, si riverberano – o anche: si esprimono – naturalmente nelle *policy* normative, negli orientamenti di diritto vivente, nelle prassi applicative e nelle prospettive interpretative degli istituti dove più immediati e più – per così dire – *scoperti* sono i fronti di contatto tra Stato e mercato. Da quest'angolo visuale, il diritto delle società a partecipazione pubblica può presentarsi quasi come un ideale campo di esercizio speculativo e di riflessione sul tema del convegno.

Senza indugiare in ulteriori riferimenti che potrebbero apparire del tutto generici, mi limito a ricordare che se prendiamo le mosse dell'analisi dal “fronte societario”, allora la nostra prospettiva di lettura sarà, verosimilmente, quella di indagare come un'organizzazione pensata per l'esercizio dell'impresa reagisca laddove l'investimento (*i.e.*: il capitale di rischio) promani da un socio speciale, qual è lo Stato o, più latamente, la P.A.: in sostanza, parleremo di società di diritto speciale in ragione della specialità del socio; socio, che, a tutela dei propri interessi, richiede una rimodulazione delle regole di produzione dell'azione, che, ad esempio, nella società per azioni sono state dettate, invece, sul presupposto ideale della natura anonima dell'investimento.

Se, *viceversa*, muoviamo dalla prospettiva dell'esercizio dell'attività della

P.A., allora l'adozione del codice societario è vista come un'opzione puramente organizzativa, al più da neutralizzare o riadattare al miglior perseguimento dei beni a cura pubblica: il postulato è, in effetti, il principio di auto-organizzazione della P.A. e lo strumento societario soccorre, prima che come disciplina di un'iniziativa, come strumento nelle mani di un soggetto per l'esercizio di un compito, di un servizio. Ora, questo rilievo oggi potrebbe apparire di mera dialettica e, al più, un invito ad una riflessione sistematica [nel senso che le due visuali che ho indicato non si escludono a vicenda, per l'appunto, secondo un tradizionale schema dialettico, ma possono sinergicamente essere giustapposte nel tentativo di ricostruire le istanze valorizzate da ciascuna prospettiva, di modo da validare la coerenza tra *funzioni* di tutela e *tecniche* di tutela]; se, però, si procede ad una ricostruzione sul piano diacronico, è immediato il rinvio all'esperienza dello Stato imprenditore⁸: e, anche nella versione più neutra e minimalista dello Stato che si pone come attore sul mercato per il tramite di uno strumento formalmente neutro ed egualitario, qual è la società capitalistica con fine lucrativo, sono auto-evidenti le conseguenze in punto di politiche di mercato: di *orientamento* del mercato, ad esempio, sul fronte giuslavoristico o della contrattazione collettiva; o, per fare un altro esempio guardando al settore bancario, di *moderazione* del relativo mercato, laddove esso non veda solo attori privati, ma anche protagonisti di emanazione pubblica (il che è *altro* dalla possibile regolazione del costo del credito o dalla politica selettiva del credito). Nondimeno – proseguendo – la stessa presenza dello Stato sul mercato come produttore o come erogatore di servizi può essere ora considerata come un elemento che turbi il mercato, perché potenzialmente distorsiva della concorrenza; ora come evidenza di una scelta politica di antergazione del mercato allo Stato stesso: il giudizio sull'impiego di risorse è rimesso al mercato e questo assurge allora, anche sul piano microeconomico, a tecnica di razionalizzazione degli investimenti.

Appare evidente che, in punto di linguaggio, parlare di rapporto tra Stato e mercato risulti, allora, di per sé costrittivo e limitante: i rapporti sono molteplici in ragione di scelte che spesso possono risultare esogene rispetto all'organizzazione dello Stato e del mercato e che, quantomeno oggi, neppure risultano subitaneamente modificabili dal potere politico. In linea di massima, possiamo dire che oggi lo studio dei rapporti debba essere condotto alla luce di un contesto (ossia, che le soluzioni vanno relativizzate al contesto in cui) gli assunti di base, quantomeno in Europa, muovono da un'impostazione

⁸ Un recente panoramica di sintesi dell'intervento statale nell'economia in Italia CUCCU, *Partecipazioni pubbliche e governo societario*, Torino, 2019, 7 ss.

ordoliberalista⁹. E – così chiudo queste battute – sul piano delle valutazioni generali, occorre comprendere quanto dell’ordoliberalismo stesso possa reggere o cosa debba essere modificato in ragione della decrescita demografica e del riaffacciarsi di istanze neoimperialiste, che minano un postulato delle teorie alla base dell’ordoliberalismo stesso: il principio della necessaria coesistenza tra gli Stati.

2. Le società in house tra diritto della concorrenza e diritto societario.

– Senza dilungarmi oltre, riterrei di venire al nostro tema, che è di puro diritto positivo, per provare a proporre un’analisi della disciplina e, segnatamente, del diritto vivente delle *società in house*, che provi a utilizzare le coordinate di lettura, di sistemazione, di razionalizzazione e di verifica che ho provato ad indicare.

In primo luogo, una breve nota di richiamo introduttiva sul fenomeno, gli interessi, le esigenze e, all’esito, le ricadute di disciplina¹⁰. Come oramai tralattivamente riportato, la figura della società *in house* è di origine pretoria e si deve anzitutto all’elaborazione comunitaria della Corte di Giustizia, che ha preso le mosse dalla sentenza c.d. Teckal¹¹.

Significativamente, la sentenza “Teckal” non tratta direttamente la materia del diritto societario, ma opera una ricognizione della situazione di fatto dei rapporti tra un comune e un consorzio, partecipato dalla stessa P.A., affidatario diretto di un appalto per il servizio di riscaldamento, per lumeggiare

⁹ In argomento, FOUCAULT, 111 ss.; CHESSA, *La costituzione della moneta. Concorrenza, indipendenza della banca centrale, pareggio di bilancio*, Napoli, 2016, spec. 49 ss.

¹⁰ In argomento, con diverse sfumature, v. CODAZZI, *Le società in house. La configurazione giuridica tra autonomia e strumentalità*, Napoli, 2018, 11; DONATIVI, *Le società a partecipazione pubblica*, Milano, 2016, 1044 ss.; LIBERTINI, *Le società di autoproduzione in mano pubblica: controllo analogo, destinazione prevalente dell’attività ed autonomia statutaria. Un aggiornamento a seguito dell’art. 4 del d.l.13 agosto 2011, n. 138, convertito con legge 14 settembre 2011, n. 148*, in *Riv. dir. soc.*, 2012, 200; CASTELLANO, *Società in house: controllo analogo e strumenti di attuazione*, in *Le nuove società partecipate e in house providing*, a cura di Fortunato e Vessia, Milano, 2017, 78 ss.; PETTITI, *Gestione e autonomia nelle società titolari di affidamenti*, Milano, 2016, 1 ss.; e, per una sintesi anche delle principali tappe dell’evoluzione pretoria e normativa dell’istituto, cfr. sia consentito rinviare, anche per altri riferimenti, a VALZER, *Controllo analogo, governance e responsabilità nelle società in house*, in *Riv. soc.*, 2021, 1027 ss.; PECORARO, *Sul controllo analogo nelle società in house providing*, Milano, 2021, 7 s.

¹¹ Corte Giust. C.E., 18 novembre 1999, causa C-107/98 (*Teckal s.r.l. vs. Comune di Viano, Azienda Gas-Acqua Consorziale di Reggio Emilia*), in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2000, 1461 ss., con nota di GRECO, *Gli affidamenti “in house” di servizi e forniture, le concessioni di pubblico servizio e il principio della gara*; in tema v. anche URBANO, *L’evoluzione giurisprudenziale dell’istituto in house providing tra tutela della concorrenza e autorganizzazione amministrativa*, in *Amministrazione in cammino*, 2012, 1 ss.

le condizioni in presenza delle quali, nel caso di un rapporto di fornitura tra un'amministrazione aggiudicatrice e una persona giuridica da essa formalmente distinta, possa giustificarsi la non applicazione della disciplina dettata a tutela della concorrenza in materia di appalti pubblici¹².

¹² Questi i passaggi salienti della motivazione della sentenza, che, proprio perché risalente, non appare inutile riportare in questa sede per comodità di lettura.

Anzitutto, la vicenda analizzata dalla Corte:

«12 L'AGAC è un consorzio costituito da diversi comuni - tra i quali quello di Viano - per la gestione dei servizi dell'energia e dell'ambiente, ai sensi dell'art. 25 della legge n. 142/90. In forza dell'art. 1 del proprio statuto (in prosieguo: lo «statuto»), essa è dotata di personalità giuridica e autonomia imprenditoriale. L'art. 3, n. 1, dello statuto prevede che essa ha come scopo l'assunzione diretta e la gestione di taluni servizi pubblici elencati, tra i quali «gas metano per usi civili e produttivi; calore per usi civili e produttivi; attività connesse e accessorie ai servizi sopra indicati».

13 Ai sensi dell'art. 3, nn. 2-4, dello statuto, l'AGAC può estendere le sue attività ad altri servizi connessi o accessori, partecipare ad enti e/o a società a capitale pubblico o privato per la gestione di attività connesse e accessorie, e infine svolgere servizi o provvedere a forniture nei confronti di privati o enti pubblici diversi dai comuni consorziati.

14 Ai sensi degli artt. 12 e 13 dello statuto, gli atti di gestione più importanti, tra i quali i bilanci preventivi e i consuntivi, sono approvati dall'assemblea dell'AGAC, composta da rappresentanti dei comuni. Gli altri organi direttivi sono il consiglio, il presidente del consiglio e il direttore generale. Questi ultimi non rispondono della loro gestione dinanzi ai comuni. Le persone fisiche che compongono tali organi non rivestono cariche nei comuni consorziati.

(...) 17 Con la sua deliberazione 24 maggio 1997, n. 18 (in prosieguo: la «delibera»), il consiglio comunale di Viano ha affidato all'AGAC la gestione del servizio di riscaldamento di taluni edifici comunali. Tale delibera non è stata preceduta da alcuna procedura di gara.

18 Il compito dell'AGAC consiste, più in particolare, nella conduzione e nella manutenzione degli impianti termici degli edifici comunali interessati, compresi gli interventi migliorativi necessari, nonché nella fornitura di combustibili.

19 Il corrispettivo a favore dell'AGAC è stato fissato in 122 milioni di ITL per il periodo 1 giugno 1997 - 31 maggio 1998. Su tale importo, il valore della fornitura dei combustibili rappresenta 86 milioni e il costo della conduzione e della manutenzione degli impianti 36 milioni.

20 Ai sensi dell'art. 2 della delibera, alla scadenza del periodo iniziale di un anno, l'AGAC s'impegna a proseguire nel servizio per un periodo di altri tre anni, su richiesta del comune di Viano, previo aggiornamento delle condizioni contenute nella delibera. Viene altresì prevista la possibilità di proroga successiva.

21 La Teckal è un'impresa privata che opera nel settore dei servizi di riscaldamento. Essa fornisce, principalmente a privati e ad enti pubblici, gasolio che essa acquista previamente da imprese produttrici. Inoltre, essa procede alla manutenzione degli impianti di riscaldamento a gasolio e di quelli a gas.

22 La Teckal ha proposto un ricorso contro la delibera dinanzi al Tribunale amministrativo regionale per l'Emilia-Romagna facendo valere che il comune di Viano avrebbe dovuto ricorrere alle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici previste dalla normativa comunitaria».

Questi i termini della decisione:

«46 Il comune di Viano, in quanto ente locale, è un'amministrazione aggiudicatrice ai sensi dell'art. 1, lett. b), della direttiva 93/36. Spetta pertanto al giudice nazionale verificare se il rapporto tra tale amministrazione e l'AGAC soddisfi anche le altre condizioni previste dalla direttiva 93/36 per configurare un appalto pubblico di forniture.

47 Ciò avviene, conformemente all'art. 1, lett. a), della direttiva 93/36, se si tratta di un contratto concluso per iscritto a titolo oneroso avente per oggetto, in particolare, l'acquisto di prodotti.

48 È pacifico nella fattispecie che l'AGAC fornisce prodotti, ossia combustibili, al comune di

L'istituto, dunque, nasce proprio in un contesto di forte tensione tra scelte di *policy* [la fissazione del principio della gara nel caso di approvvigionamento sul mercato e la formazione e apertura di un mercato competitivo, *da un lato*; la dialettica tra un'amministrazione aggiudicatrice e una struttura privatistica formalmente distinta e le modalità di costruzione di detta dialettica, *dall'altro*] e di perimetrazione del tema della tutela del corretto funzionamento del mercato e della concorrenza sul mercato. Ho indicato il tema come "di forte tensione", perché - come è noto - nella seconda metà degli anni Novanta il rapporto tra Stato e mercato ha assistito a un deciso cambiamento degli equilibri, secondo *slogan* che ricordiamo [il ritirarsi dello Stato imprenditore a favore di una funzione meramente regolatrice a presidio della concorrenza; principio, questo, a sua volta fondante l'Unione europea¹³]; e, in Italia, il fenomeno è stato fortemente incentivato dalla necessità di privatizzare sostanzialmente le imprese in mano pubblica per ridurre il debito pubblico in vista dell'adozione della moneta unica e del connesso patto di stabilità e crescita¹⁴ [con esiti che poi hanno suscitato

Viano dietro pagamento di un corrispettivo.

49 Relativamente all'esistenza di un contratto, il giudice nazionale deve verificare se vi sia stato un incontro di volontà tra due persone distinte.

50 A questo proposito, conformemente all'art. 1, lett. a), della direttiva 93/36, basta, in linea di principio, che il contratto sia stato stipulato, da una parte, da un ente locale e, dall'altra, da una persona giuridicamente distinta da quest'ultimo. Può avvenire diversamente solo nel caso in cui, nel contempo, l'ente locale eserciti sulla persona di cui trattasi un controllo analogo a quello da esso esercitato sui propri servizi e questa persona realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o con gli enti locali che la controllano.

51 Occorre pertanto risolvere la questione pregiudiziale nel senso che la direttiva 93/36 è applicabile ove un'amministrazione aggiudicatrice, quale un ente locale, decida di stipulare per iscritto, con un ente distinto da essa sul piano formale e autonomo rispetto ad essa sul piano decisionale, un contratto a titolo oneroso avente ad oggetto la fornitura di prodotti, indipendentemente dal fatto che tale ultimo ente sia a sua volta un'amministrazione aggiudicatrice o meno».

¹³ Cfr. artt. 3.3 TUE e 3.1b TFUE: dagli stessi emerge netta l'idea, di matrice ordoliberal, che l'essenza del mercato non risieda nello scambio, ma nella libera concorrenza, che è un obiettivo fondamentale della politica comunitaria, insieme alla tutela della stabilità dei prezzi. Solo la corretta formazione dei prezzi consente, in un contesto di concorrenza effettiva, di misurare in maniera oggettiva le grandezze economiche e, dunque, di valutare l'efficienza delle scelte. Contemporaneamente è chiaro che, a tal proposito, la concorrenza non possa assumersi come un dato di natura, quasi l'esito di un gioco di istinti e di comportamenti spontanei: essa è, invece, un dato formale, un principio di formalizzazione di sistema e, per l'appunto, come affermato dal Trattato, un obiettivo fondamentale delle politiche dell'Unione e degli Stati membri.

¹⁴ Il c.d. Patto di stabilità e di crescita risale al 1997 ed è costituito dalla Risoluzione del Consiglio europeo relativa al patto di stabilità del 17 giugno 1997 e da due regolamenti del Consiglio: il Regolamento (CE) n. 1466/97 del Consiglio del 7 luglio 1997 per il rafforzamento della sorveglianza delle posizioni di bilancio nonché della sorveglianza e del coordinamento delle politiche economiche e il Regolamento (CE) n. 1467/97 del Consiglio del 7 luglio 1997 per l'accelerazione e il chiarimento delle modalità di attuazione della procedura per i disavanzi eccessivi.

ampie riserve].

Nella predetta prospettiva di incentivare la competitività e l'efficienza del sistema economico attraverso la valorizzazione e il potenziamento del mercato, compito dello Stato era adottare le misure utili a eliminare le barriere all'ingresso di nuovi operatori economici e a rendere effettiva l'attuazione della concorrenza sul mercato (così, ad esempio, rifiutando posizioni di favore o di privilegio e contrastando le intese anticoncorrenziali e le costruzioni di posizioni monopolistiche) e, sul fronte dell'acquisizione di beni o di servizi sul mercato o di erogazione dei servizi sul mercato, di scegliere gli operatori per il tramite di procedure di evidenza pubblica, «finalizzate a garantire il rispetto della concorrenza a favore del mercato»¹⁵.

Ebbene, posta di fronte al fenomeno dell'aggiudicazione diretta di un appalto fatta da una P.A. ad un terzo, partecipato dalla stessa P.A., la Corte di Giustizia ha affermato che, in sostanza, la "proprietà" pubblica dell'ente affidatario non sia sufficiente per evitare la gara, a meno che tra la P.A. e la persona giuridica formalmente terza corra un rapporto tale da escludere una sostanziale alterità dei due poli sul mercato. Ci si verifica quando: (i) la P.A. eserciti sull'ente terzo un controllo analogo a quello (da essa) esercitato sui propri servizi, di talché la formale terzietà non vale a escludere l'assenza di un'indipendenza decisionale e la sostanziale continuità dell'ente affidatario rispetto alla P.A.; e (ii) detto ente formalmente terzo operi per "la parte più importante della propria attività" con l'ente o con gli enti locali che lo controllano, quindi con riferimento ad un bacino d'utenza predefinito interno e autoreferenziale, che esclude la formazione di una posizione di privilegio sul

Dopo le crisi del 2008 e del 2011, le regole di *governance* economica sono state modificate per mezzo di otto regolamenti e, soprattutto dall'adozione, nel 2012, del Trattato sulla stabilità, sul coordinamento e sulla *governance* nell'Unione economica e monetaria (c.d. *fiscal compact*).

La crisi pandemica ha riportato sotto revisione critica l'assetto di *governance* economica, anche se i valori di riferimento per i livelli del disavanzo pubblico e del debito pubblico sono rimasti immutati (rispettivamente il 3% per il rapporto fra disavanzo pubblico e PIL e il 60% per il rapporto fra debito pubblico e PIL).

La riforma della *governance* economica europea è stata varata alla fine di aprile 2024 con l'adozione del Regolamento (UE) 2024/1263 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 29 aprile 2024, relativo al coordinamento efficace delle politiche economiche e alla sorveglianza di bilancio multilaterale e che abroga il regolamento (CE) n. 1466/97 del Consiglio (cd. "braccio preventivo"), del Regolamento (UE) 2024/1264 del Consiglio del 29 aprile 2024 recante modifica del regolamento (CE) n. 1467/97 per l'accelerazione e il chiarimento delle modalità di attuazione della procedura per i disavanzi eccessivi (cd. "braccio correttivo") e della Direttiva (UE) 2024/1265 del Consiglio del 29 aprile 2024 recante modifica della direttiva 2011/85/UE relativa ai requisiti per i quadri di bilancio degli Stati membri.

¹⁵ In tema, Corte cost. sent. 401/2007, reperibile in federalismi.it/nv14/articolo-documento.cfm?artid=8799).

mercato.

In definitiva, non ogni alterità formale comporta la necessità di avviare una gara, perché non ogni alterità formale concreta una vicenda di mercato; e, per il principio di non contraddizione, quanto oggetto di organizzazione e di gestione tramite un codice privatistico, che non sia vicenda di mercato, si risolve in una mera scelta di auto-organizzazione: in pratica – se si vuole – di privatizzazione esclusivamente formale¹⁶. Vista in questa prospettiva, si può dire che, sul piano del mercato, la natura egalitaria e anonima della società [in questo senso, veicolo di uguaglianza sul mercato, popolato tanto da attori privati, quanto da società in mano pubblica] cede il passo alla dimensione sostanziale degli interessi, apparendo in prima battuta privo di senso che la P.A., che voglia provvedere da se stessa, per il tramite di una sua propaggine organizzativa *formalmente segretata, ma sostanzialmente subordinata*, debba rinunciare per sottoporsi essa stessa al principio della gara.

Si badi, sebbene oggi quanto riportato possa apparire quasi scontato, il tema ha rappresentato un fattore di tensione tra il diritto interno e il diritto comunitario, giacché mentre il diritto nazionale aveva tentato di posporre al ricorso al mercato il fenomeno dell'autoproduzione mediante affidamento diretto, gravando le P.A. di specifici oneri motivazionali per giustificare gli affidamenti *in house*, il diritto comunitario e poi euro-unitario ha, invece, tradizionalmente mantenuto una posizione di indifferenza sul punto, riconoscendo l'alternativa tra autoproduzione e ricorso ad operatori terzi come oggetto di una scelta discrezionale delle amministrazioni pubbliche¹⁷.

¹⁶ LIBERTINI, *Le società di autoproduzione*, cit., 203

¹⁷ Ad esempio, il quinto considerando della dir. 2014/24/UE sugli appalti pubblici si premura di «rammentare che nessuna disposizione della presente direttiva obbliga gli Stati membri ad affidare a terzi o a esternalizzare la prestazione di servizi che desiderano prestare essi stessi o organizzare con strumenti diversi dagli appalti pubblici ai sensi della presente direttiva»; e così anche, in materia di concessioni, l'art. 2, dir. 2014/23/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, riconosceva il principio secondo il quale le autorità nazionali, regionali e locali possono liberamente organizzare l'esecuzione dei propri lavori o la prestazione dei propri servizi e «possono decidere di espletare i loro compiti d'interesse pubblico avvalendosi delle proprie risorse o in cooperazione con altre amministrazioni aggiudicatrici o di conferirli a operatori economici esterni». Nella giurisprudenza comunitaria, il tema era stato trattato, *ex multis*, da Corte Giust. CE, 11 gennaio 2005, C- 26/03, *Stadt Halle*, ove al punto 48 si legge: «Un'autorità pubblica, che sia un'amministrazione aggiudicatrice, ha la possibilità di adempiere ai compiti di interesse pubblico ad essa incombenti mediante propri strumenti, amministrativi, tecnici e di altro tipo, senza essere obbligata a far ricorso ad entità esterne non appartenenti ai propri servizi». Viceversa, il diritto interno ha costantemente considerato la scelta per l'affidamento *in house* residuale: l'art. 192, comma 2, d. lgs. n. 50/2016 (c.d. codice dei contratti pubblici) subordinava la possibilità delle P.A. di ricorrere all'affidamento *in house* alla specifica illustrazione sia delle ragioni del mancato ricorso al mercato sia «dei benefici per la collettività della forma di gestione prescelta, anche con riferimento agli obiettivi di universalità e socialità, di efficienza, di economicità e di qualità del servizio, nonché di ottimale impiego delle risorse pubbliche».

Proseguendo nel lavoro di analisi, come è noto, l'arresto della Corte di Giustizia, poi raffinatosi con le successive pronunce¹⁸, ha alimentato anzitutto un dibattito sulla definizione dei caratteri del controllo della P.A. sulla società affidataria: è, infatti, principalmente sui caratteri di detto controllo che si giocano le ragioni dell'esclusione del fenomeno dalla disciplina del mercato.

Inevitabilmente, assunto il codice societario come strumento di razionalizzazione e di articolazione del potere e degli atti di impresa, la società di *providing in house* è, al contempo, apparsa, *per un verso*, strumento di "organizzazione", di razionalizzazione, di modalità di declinazione dell'autoorganizzazione della P.A.; e, *per altro verso*, il termine di riferimento di una forma di ingerenza (per l'appunto, il controllo della P.A. analogo a quello dalla stessa esercitato in via diretta sui propri servizi) di difficile coniugazione con l'assetto normativo delle funzioni decisionali e gestorie declinato nel diritto societario delle società di capitali. Quanto a quest'ultimo aspetto, la mia personale opinione è che il disagio interpretativo sia derivato anzitutto (i) da alcune precomprensioni che – va riconosciuto – vengono naturalmente sollecitate quando ci si confronti sul piano dei principi, nonché (ii) da alcuni profili di (mero) linguaggio, che (*però*) hanno probabilmente provocato prese di posizione di concetto.

Anzitutto, sul piano dei principi, il dibattito sulle società di *providing in*

Nel 2019 il Consiglio di Stato, con le ordinanze del 7 gennaio 2019, n. 138, e del 14 gennaio 2019, n. 293 e n. 296, aveva rimesso alla Corte di Giustizia il seguente quesito interpretativo «*se il diritto dell'Unione europea (e segnatamente il principio di libera amministrazione delle autorità pubbliche e il principio di sostanziale equivalenza fra le diverse modalità di affidamento e di gestione dei servizi di interesse delle amministrazioni pubbliche) osti a una normativa nazionale (come quella dell'art. 192, comma 2, del Codice dei contratti pubblici, approvato con d.lgs. n. 50 del 2016) la quale colloca gli affidamenti in house su un piano subordinato ed eccezionale rispetto agli affidamenti tramite gara di appalto: i) consentendo tali affidamenti soltanto in caso di dimostrato fallimento del mercato rilevante, nonché ii) imponendo comunque all'amministrazione che intenda operare un affidamento in regime di delegazione interorganica di fornire una specifica motivazione circa i benefici per la collettività connessi a tale forma di affidamento*». La Corte di Giustizia, ord. 6 febbraio 2020, C-89/19, C-90/19, C-91/19, *Rieco s.p.a.* (in *Giur. it.*, 2020, 5, 1178, ha ritenuto conforme al diritto dell'Unione l'art. 192 d. lgs. 50/2016, affermando che spetta agli Stati membri la definizione in concreto di un punto di equilibrio tra autorganizzazione delle pubbliche amministrazioni e gara sul mercato. In argomento, cfr. URBANO, *L'affidamento in house al tempo della transizione*, in *Rivista di diritto ed economia dei comuni*, 2023, spec. 53 ss.

Oggi, l'art. 7 d. lgs. 36/2023 ribadisce, invece, il principio di auto-organizzazione mediante il richiamo della possibilità per la P.A. di organizzare autonomamente l'esecuzione di lavori o la prestazione di beni e servizi attraverso l'auto-produzione, l'esternalizzazione e la cooperazione nel rispetto della disciplina del codice e del diritto dell'Unione europea e, con riferimento all'affidamento diretto, a sua volta, esclude l'obbligo di dimostrare una situazione di fallimento del mercato (in argomento, tra i molti, PERFETTI (a cura di), *Art. 7*, in *Codice dei contratti pubblici commentato. D. Lgs. 31 marzo 2023, n. 36*, Milano, 2023, 55 ss.; DIMATTEO - PROTTO, *Art. 7*, in *Nuovo codice dei contratti pubblici*, diretto da Caringella, Milano, 2023, 38 ss.).

¹⁸ Quadri di sintesi sono offerti dagli autori cit., *supra*, in nt. 10.

house è diventato particolarmente vivace proprio quando, in seno al diritto societario riformato, si affermava con fermezza il principio della competenza gestoria esclusiva dell'organo amministrativo: donde è stato quasi naturale osservare la singolarità di un sistema che, da un lato, affermava come coesistente al codice azionario il principio dell'esclusività della gestione in capo all'organo amministrativo¹⁹ e, dall'altro, sul fronte delle società *in house*, chiamava l'interprete a confrontarsi con un assetto nel quale riconoscere ai soci prerogative e poteri, di cui il socio di una normale società di capitali di diritto comune non può godere. Da qui, insomma, le peculiarità dell'istituto, proiettato in una dimensione quasi al di là del normale diritto societario o, comunque, distante dai tratti fisionomici del diritto delle società licenziato nel 2003.

Il tema, come ho provato a sostenere in altre occasioni²⁰, è oggi normativamente ricondotto nell'alveo del diritto societario, giacché è la legge stessa che, con il Testo unico emanato con d. lgs. 175/2016, ha espressamente previsto che lo statuto delle società *in house* possa prevedere clausole di deroga all'art. 2380-bis c.c., così evidenziando come la scelta di intestare la competenza gestoria in via esclusiva in capo all'organo amministrativo sia, più che una "necessità" intrinseca al tipo, l'oggetto di una scelta, in quanto tale suscettibile di revisione o di diversa declinazione in costanza di una diversa situazione. E mi pare che, da quest'angolo visuale, il messaggio sia davvero chiaro nell'art. 16 Tuspp, nella parte in cui si prevede che le clausole di deroga ai principi declinati dall'art. 2380-bis c.c. possano spiegare i loro effetti solo in costanza di affidamento diretto. Di talché, con circolarità tra fatto e statuto, l'affidamento diretto si giustificherà anche in ragione della sicurezza formale (di matrice statutaria) di un controllo immediato sulle decisioni strategiche della società affidataria, così formalmente incapace di esprimere una sua *vision* indipendente da quella del socio; e lo statuto potrà riconoscere poteri speciali al socio pubblico, sino a quando l'attività della società partecipata sarà l'esercizio dell'impresa, in regime di affidamento diretto, nei confronti dello stesso socio (per almeno l'80% del fatturato).

Io penso che, se si guarda agli interessi di mercato e di tutela del mercato e, dunque, alla coerenza tra principio della gara in presenza di ricorso al

¹⁹ Per i termini essenziali del dibattito e i relativi riferimenti, cfr., tra i molti, PINTO, *Art. 2380-bis*, in ABBADESSA - PORTALE (diretto da), *Le società per azioni, Commentario*, Milano, 2016, I, 1167 ss.; ABBADESSA - MIRONE, *Le competenze dell'assemblea nelle s.p.a.*, in *Riv. soc.*, 2010, 269 ss.; PORTALE - DE LUCA, *Interessi primordiali degli azionisti e competenze implicite dell'assemblea*, in *Riv. dir. comm.*, 2020, I, 37 ss.

²⁰ *Controllo analogo, governance e responsabilità nelle società in house*, cit., 1034 ss.; *Il controllo analogo nelle società a partecipazione pubblica oggi*, in corso di stampa in *N.D.S.*, 2024, *passim*.

mercato, *da un lato*, e affidamento diretto nell'ipotesi di gestione interna, seppur mediante una struttura organizzativamente privatistica, *dall'altro*; e *se* ci si interroga sulla perimetrazione normativa del concetto di controllo analogo operata prima dalla giurisprudenza e, da ultimo, nel Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica, gli esiti siano abbastanza sicuri: la scelta di autoproduzione di servizi può avvenire anche tramite società controllate dalla P.A., senza con ciò turbare il mercato, quando l'ente affidatario non esprima un'autonoma posizione sul mercato, ma soggiaccia al potere della P.A. in maniera analoga a quanto la P.A. potrebbe fare per intervenire sui propri servizi. Il controllo così articolato non è identico al potere di intervento interno alla P.A., perché la situazione di dialettica formale tra due centri di imputazione diversi, per l'appunto, non è *organizzativamente* identica allo svolgimento in economia; tuttavia, in termini di applicazione della disciplina di mercato, l'operatività tramite società *in house* è funzionalmente equivalente all'esercizio in economia. In altre parole, l'equivalenza funzionale dell'esecuzione tramite ente controllato, ai fini della disattivazione del principio della gara, comporta la necessità dell'esercizio di un potere di controllo (non identico a quello interno, data l'esistenza di un'alterità formale, ma) *analogo* a quello interno, nella prospettiva, per l'appunto, della negazione di una possibile alterità strategica imprenditoriale, capace di auto-esprimersi senza riconoscere altri vincoli. In questo senso, il riferimento letterale all'*analogia*, in correlazione a situazioni funzionalmente simili, anche se organizzativamente e strutturalmente diverse, appare obbiettivamente appropriato.

3. Il controllo analogo quale "aliud" rispetto al controllo esercitato dalla P.A. sui propri servizi? La recente giurisprudenza di legittimità. - Le conclusioni appena riguardate (che direi senz'altro ragionevoli) sono state revocate in dubbio da una parte della dottrina giuscommercialistica²¹, che sembra aver ricevuto un avallo da parte di un'importante sentenza delle Sezioni Unite (Cass., Sez. Un., n. 20632/2022), nella quale il c.d. "controllo analogo" è stato indicato come "*aliud*" rispetto al controllo esercitato dalla P.A. sugli uffici dipendenti, non assimilabile, pertanto, a quel potere *lato sensu* gerarchico²²

²¹ È stato sostenuto in dottrina che il controllo analogo rinvierebbe essenzialmente ad una metafora e individuerrebbe un fenomeno non di erosione o limitazione qualitativa delle competenze dell'organo amministrativo, bensì di «*mero concorso nei processi decisionali della società*»: così PECORARO, *Sul controllo analogo*, cit., *passim* e, quanto alle conclusioni, spec. 344 ss.

²² Cfr., *supra*, nt. 6.

in ragione del quale la giurisprudenza amministrativa ha tradizionalmente negato che l'affidamento diretto rappresenti una vicenda intersoggettiva sul mercato.

Nella controversia in concreto devoluta alla cognizione della Corte, i ricorrenti argomentavano l'inesistenza del controllo analogo sulla società asseritamente *in house*, allegando che dal relativo statuto non parevano emergere «*elementi diversi da quelli conformi alla disciplina delineata nel codice civile per le società di capitali*». Nella specie, muovendo dal principio secondo il quale il controllo analogo deve intendersi sostanzialmente assimilabile al «*controllo operato dagli enti pubblici sulle proprie articolazioni organizzative e sui propri uffici, assimilazione di tale intensità da far ritenere le due forme sovrapponibili*», l'assenza nello statuto di «*forme generalizzate di approvazione di ogni atto per cui lo si ritenga necessario con correlato potere di determinarne i contenuti, annullarli e in via preventiva autorizzarli*» avrebbe concretato il difetto in capo all'amministrazione aggiudicatrice di «*un potere di comando direttamente sulla gestione*».

La Corte ha respinto il ricorso all'esito di un articolato percorso argomentativo, nel quale ha evidenziato anzitutto la necessità che il controllo analogo venga appurato in concreto, alla luce *sia* delle fonti di disciplina del caso concreto, che ben possono non limitarsi al solo statuto (ad esempio, laddove vi siano fonti normative regionali specifiche), *sia* del macrocontesto di riferimento, che ha connotazioni tipicamente funzionali, come dimostrato, nella specie, dall'evoluzione della nozione di ente pubblico ai fini del riconoscimento della sussistenza della giurisdizione contabile.

Di talché, «*in un siffatto quadro definibile di movimentazione informale (l'ordinanza appena richiamata si associa all'affermazione che "l'ordinamento si è ormai orientato verso una nozione funzionale e cangiante di ente pubblico" presente in Cons. Stato, sez. VI, 26 maggio 2015 n. 2660), è evidente che il controllo analogo, a sua volta, come già si accennava, non è un elemento rigido e uniforme, trovando a ben guardare il suo nucleo nell'aggettivo "analogo", che non solo impedisce l'identificazione di questo tipo di controllo con il controllo che la pubblica amministrazione esercita sui suoi uffici e sulle sue branche stricto sensu, ma pure lascia intendere che l'analogia si commisura di caso in caso, cioè sussiste attraverso una forma variante che deriva dalle caratteristiche specifiche del soggetto da sottoporre al controllo analogo*».

E ancora, successivamente, la Corte osserva: «*non si può non rilevare che la connotazione della analogia è necessaria componente della natura del potere sulla società in house, in quanto, se tale potere fosse del tutto sovrapponibile a quello gerarchicamente esercitato dall'ente pubblico su una sua articolazione interna, verrebbe meno la esistenza, anche codicistica, della società in house, che deve invece permanere, per quanto nella misura fortemente ridotta dal suo scopo. Anche questo deriva appunto dalla sostanza dell'analogia, la quale è una mera prossimità ontologica, che non può essere confusa con l'assoluta identità*».

Riterrei che, anche in ragione della nozione oggi generale e di matrice legislativa del controllo analogo, il pensiero della Corte sia condivisibile, ma necessiti di alcuni chiarimenti di contorno, per scongiurare equivoci.

Che il controllo di un'amministrazione aggiudicatrice su una società *in house* non sia identico al controllo che la stessa amministrazione esercita sulla propria organizzazione interna mi pare addirittura scontato: già sul piano logico risulterebbe irragionevole, perché incoerente rispetto alla stessa scelta dell'adozione di un codice societario per il governo dell'attività di autoproduzione, ammettere che la P.A. possa liberamente intervenire su tutte le scelte organizzative e di gestione dello stesso ente. Insomma, rispetto ad una società *in house*, la P.A. non può porsi come un socio tiranno legalmente facoltizzato a valicare ogni competenza interna delle figure di produzione dell'ente (*i.e.*: ogni regola di diritto societario). D'altronde, non mi pare che nessuno (quantomeno in letteratura) abbia mai caldeggiato questa ipotesi come fisiologica.

Dire, però, che il controllo analogo necessariamente correlato all'affidamento diretto non si identifichi con il potere di controllo interno che la P.A. ha su tutti i propri uffici, non significa affermare che, per quanto riguarda il servizio affidato e ai fini dell'elisione di quell'alterità strategica che invece attiverebbe la necessità di una gara, detto potere debba essere meno intenso e incisivo del potere di controllo interno. In altre parole, l'analogia (e non l'identità rispetto) al potere che la P.A. può esercitare sui propri uffici²³, che propriamente qualifica il controllo che la stessa P.A. deve poter esercitare sulla società affidataria, deriva dal fatto che le strutture organizzative utilizzate nell'esercizio di quanto sarebbe stato altrimenti oggetto di appalto sono diverse, fermo restando che, nella sostanza, ai fini della disciplina di mercato, il fenomeno resta di mera "auto-produzione".

Il controllo analogo, così, riguardato nella prospettiva della promozione e della tutela della concorrenza, non assume il significato di un controllo *qualitativamente meno intenso* rispetto a quello esercitato dalla P.A. sui propri servizi, bensì rinvia a un *controllo funzionalmente simile*, da esplicarsi in un contesto diverso di impiego delle risorse pubbliche e di organizzazione dell'azione gestoria. Con riferimento allo svolgimento del servizio, nella specie,

²³ Sia nella giurisprudenza, sia nelle fonti di diritto eurounitario, il referente oggettivo del controllo analogo sono i servizi esercitati dalla P.A.; la nostra giurisprudenza in materia si è sempre espressa (monoliticamente) in termini di «controllo analogo a quello esercitato sui propri uffici»: configurando, cioè, il potere di influenza della P.A. committente in termini pari a quello da essa stessa esercitato sui propri uffici: per alcune riflessioni sulle implicazioni dei diversi termini utilizzati, cfr. VALZER, *Controllo analogo*, 1035 ss.

L'amministrazione aggiudicatrice deve poter esercitare un'influenza determinante, di modo che l'ente aggiudicatario non possa dirsi capace di indipendenza e autonomia decisionale: se così, viceversa, fosse (se cioè l'ente aggiudicatario potesse autonomamente decidere cosa, quando e come esercitare il servizio, rimanendo legato alla P.A. solo sul fronte contrattuale), allora l'affidamento sarebbe illegittimo perché ingiustamente elusivo del principio della gara. D'altronde, è una necessità logica che per garantire il medesimo risultato dell'autoproduzione pur in presenza di una struttura organizzativa distinta, il potere di decisione sul servizio debba essere esercitato considerando le "diversità" strutturali: donde per l'appunto, l'analogia.

E, sempre in questa progressione argomentativa, che il potere sull'ente affidatario non debba riguardare, in potenza, ogni profilo dell'organizzazione di quest'ultimo, ma solo quanto ritenuto sufficiente a negarne un'alterità strategica è *sia* una necessità logica, derivante dall'opzione organizzativa esercitata, *sia* la conseguenza naturale di un approccio funzionale, qual è quello che ci occupa. Se la P.A. potesse riscrivere ogni regola o intervenire in ogni momento della vita dell'ente (come, nei limiti di legge prima segnalati, può per quanto riguarda sé stessa), non avrebbe senso la scelta del codice organizzativo, le cui connotazioni strutturali sono rigide, anche perché *identificative* del tipo. Se, viceversa, l'ente affidatario potesse determinare autonomamente la propria attività imprenditoriale, non avrebbe senso l'esclusione della gara.

Proprio in questo senso, il controllo analogo rappresenta un tipo di controllo ad efficacia conformativa della gestione dell'ente (e dunque non può che essere gerarchico²⁴), che deve, però, adattarsi strutturalmente "all'esserci" dell'ente stesso. Detto in altri termini, il potere di direzione della P.A. sull'ente *in house* deve distinguersi dal potere esercitato dall'ente pubblico sulle proprie articolazioni interne non quanto ad intensità, ma in ragione della sua dimensione funzionale (*ergo*, in punto di utilità) e della necessità di rispettare la stessa scelta organizzativa adottata.

In questo senso mi pare possano essere valorizzati e analizzati alcuni arresti della Suprema Corte anche molto recenti. Ad esempio, nella motivazione di Cass., Sez. Un., 8 febbraio 2023, n. 3869 si legge:

«§ 2.4.1 Venendo al requisito del 'controllo analogo', va premesso in via generale che l'evoluzione della giurisprudenza CGUE (v. sentenza 11 gennaio 2005, C-26/2003, Stadt Halle; sentenza 13 ottobre 2005, C-458/2003 Parking Brixen) e di legittimità registra, anche su fattispecie antecedenti ai d.lgs. nn. 50 e 175/16, una progressiva specificazione della nozione, nel senso di una sua non assoluta e perfetta coincidenza o sovrapposizione (a partire da un dato anche lessicale, posto che 'analogo' non è

²⁴ Diversamente da quanto osservato da Cass., Sez. Un., 8 luglio 2020, n. 14236.

sinonimo di 'identico') con il controllo esercitato dall'ente pubblico sui propri organi ed uffici interni, a favore di una più marcata sua identificazione nella fattispecie di influenza determinante sulle linee strategiche e sulle decisioni fondamentali della società, a condizione che questa influenza determinante risponda a modalità ed effetti diversi, e più intensi, di quelli che potrebbero spettare ai soci di comando (anche totalitari) secondo i modelli codicistici di governance (v. Cass. SSUU n. 4316/20).

Ha osservato Cass. SSUU n. 14236/20 che: "Osta a tale interpretazione il dato letterale della norma che, qualificando il controllo esercitato come «analogo», intende propriamente affermare che esso non è uguale ma semplicemente simile a quello esercitato dall'ente pubblico sui propri servizi gestiti direttamente. Inoltre, una interpretazione del «controllo analogo» tale per cui la società in house risulti assoggettata ad un potere di direzione gerarchica indistinguibile da quello esercitato dall'ente pubblico sulle proprie articolazioni interne appare incompatibile con i principi di autonomia patrimoniale e attribuzione della personalità giuridica che il codice civile riconosce alla società di capitali".

Cass. SSUU n. 20632/22 cit. ha ribadito questa impostazione, escludendo che il controllo analogo si identifichi tout court in quello esercitato o esercitabile su un pubblico ufficio, ed indirizzandone la rilevanza e l'obiettivo "alle decisioni fondamentali del soggetto così controllato, ovvero quelle riconducibili alle linee strategiche e alle più importanti scelte operative, con il presidio a monte di un adeguato flusso di informazioni, in modo tale quindi da incidere sulla complessiva governance dell'attività della società in house, per tenere in conto e preservare le finalità pubbliche che comunque la permeano (...)".

Resta dunque fermo il carattere istituzionalmente servoente della società in house quale articolazione della P.A. da cui promana, in contrapposizione alla natura di soggetto giuridico esterno ed autonomo da questa.

E tuttavia il punto di equilibrio – rilevabile come detto nel tipo di condizionamento indotto sulle linee strategiche e le scelte operative fondamentali della società – va posto tra un controllo che, da un lato, non si esaurisca in quello 'ordinario', nel senso di normalmente esercitabile dal socio di maggioranza o totalitario (il che, in sostanza, annullerebbe la rilevanza stessa del fenomeno 'in house') e che, dall'altro, neppure si identifichi necessariamente in una soggezione assoluta e totalmente riproduttiva dei modelli di comando interni alla PA (il che priverebbe di rilievo, in pratica, la stessa autonomia e personalità giuridica di diritto privato della società)».

Tenore espressivo non dissimile si rinviene anche nella recente ordinanza n. 567/2024, resa dalle Sezioni Unite in sede di riparto di giurisdizione:

«In particolare, come questa Corte ha già sottolineato, non può essere accolta una nozione di controllo analogo esercitata dall'ente pubblico sulla società in house tale da declassare la società di capitali a mera articolazione interna dell'ente pubblico, del tutto priva di autonomia e sottoposta all' identico potere gerarchico esercitato dall'amministrazione sugli uffici dipendenti. Osta a tale interpretazione la previsione come analogo del controllo, con ciò intendendosi propriamente affermare che tale controllo non è uguale ma semplicemente simile a quello esercitato dall'ente pubblico sui propri servizi

gestiti direttamente. Inoltre, una interpretazione del controllo analogo tale per cui la società in house risulti assoggettata ad un potere di direzione gerarchica, indistinguibile da quello esercitato dall'ente pubblico sulle proprie articolazioni interne, appare incompatibile con i principi di autonomia patrimoniale e attribuzione della personalità giuridica che il codice civile riconosce alla società di capitali (Cass., Sez. Un., 8 luglio 2020, n. 14236; Cass., Sez. Un., 8 febbraio 2023, n. 3869). In altri termini, il controllo analogo non è un controllo assoluto come su un pubblico ufficio né un controllo gerarchico, trattandosi del controllo di un soggetto esterno e rimasto distinto, a ben guardare, da quello controllato. Ne consegue ontologicamente la limitazione dell'obiettivo del controllo alle decisioni fondamentali del soggetto così controllato, ovvero a quelle riconducibili alle linee strategiche e alle più importanti scelte operative, in modo tale quindi da incidere sulla complessiva governance dell'attività della società in house, per tenere in conto e preservare le finalità pubbliche che comunque la permeano (Cass., Sez. Un., 28 giugno 2022, n. 20632). In questa prospettiva si muove anche Cass., Sez. Un., 26 maggio 2023, n. 14776, la quale ha ritenuto sussistente il requisito del controllo analogo in una fattispecie nella quale il Comune era l'unico socio della società di capitali gestore del servizio di trasporto pubblico locale: condizione, questa, ha precisato la Corte, che consentiva di per sé il totale controllo dell'attività sociale, posto che in quanto unico socio il Comune poteva, ad esempio, convocare l'assemblea, revocare gli amministratori e approvare o non approvare i bilanci. Resta, dunque, fermo il carattere istituzionalmente servente della società in house quale articolazione della P.A. da cui promana, in contrapposizione alla natura di soggetto giuridico esterno ed autonomo da questa. E tuttavia il punto di equilibrio - rilevabile nel tipo di condizionamento indotto sulle linee strategiche e le scelte operative fondamentali della società - va posto tra un controllo che, da un lato, non si esaurisca in quello ordinario e che, dall'altro, neppure si identifichi necessariamente in una soggezione assoluta e totalmente riproduttiva dei modelli di comando interni alla P.A. (il che priverebbe di rilievo, in pratica, la stessa autonomia e personalità giuridica di diritto privato della società)».

In concreto, nel caso di specie, le Sezioni unite hanno accertato la sussistenza della giurisdizione della Corte dei Conti all'esito di valutazioni di indici sostanzialmente in linea con quanto tradizionalmente oggetto di attenzione in materia.

Orbene, mi pare meriti di essere evidenziato che in tutte le sentenze l'idea di assimilare il controllo analogo a un controllo gerarchico è rifiutata più muovendo dal presupposto che quest'ultimo vada inteso in senso assoluto e diffusivo²⁵, che non per negare che la P.A. possa intervenire a imporre

²⁵ Nella giurisprudenza del Consiglio di Stato, invece, è reiteratamente affermato che «Il controllo analogo dei soci pubblici sulla società in house costituisce un potere assoluto di direzione, coordinamento e supervisione dell'attività del soggetto partecipato e riguarda l'insieme dei più importanti atti di gestione del medesimo. In presenza di tale assoluto potere, l'amministrazione può prescindere dall'applicazione delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici, non in virtù di apposite clausole di esclusione contenute nelle rispettive normative di settore, ma perché si è in presenza di un

le proprie scelte strategiche e relative alle decisioni più rilevanti. E infatti, le sentenze riconoscono che, proprio per «*preservare le finalità pubbliche*», il controllo debba poter incidere con influenza *determinante* sulle decisioni fondamentali del soggetto controllato, ossia quelle riconducibili alle opzioni strategiche e alle scelte operative più importanti, in modo tale da incidere sulla complessiva *governance* dell'attività della società *in house*. Ciò mi sembra del tutto in linea con le necessità dell'istituto e l'adeguata valorizzazione di questo rilievo consente di fugare il rischio di derive che muovano puramente dall'enfasi di talune scelte lessicali.

In definitiva, riterrei sostenibile che per far coesistere l'affidamento diretto con la disciplina di tutela del principio di concorrenza, la P.A. debba poter controllare *gerarchicamente* non tutta l'organizzazione della società *in house*, ma i profili ritenuti normativamente necessari e sufficienti: gestione strategica e scelte operative più importanti.

Sistematicamente, in questa direzione convergono due rilievi.

Anzitutto, le decisioni di rilievo strategico e quelle relative alle operazioni più importanti sono i fattori che potrebbero avere un impatto sui beni giuridici ai quali la stessa P.A. deve guardare nel motivare la scelta dell'organizzazione mediante il modello dell'affidamento diretto (cfr. art. 17 d.lgs. 201/2022 e 7 d.lgs. 36/2023) e rispetto ai quali stessa P.A. non può adottare “*deleghe abdicative*”, dovendo poter mantenere controllo e potere di intervento.

In secondo luogo, non mi pare che, la sussistenza di un autonomo centro di imputazione e di una distinta struttura organizzativa siano di per sé preclusivi di una subordinazione gerarchica. Si potrebbe osservare, infatti, che alla subordinazione sia, invero, coesenziale la dimensione relazionale: in questo senso, mi pare irrilevante che i destinatari dell'esercizio attivo o passivo dei poteri appartengano al medesimo centro di imputazione o meno. Il tema, a mio parere, riguarda più che il *se*, il *come* debba essere declinato il

modello di organizzazione meramente interno, qualificabile in termini di delegazione interorganica» (così Cons. St., 11 febbraio 2013, n. 762, in *Foro amm. C.d.S.*, 2013, 516). D'altronde, va ricordato che la Suprema Corte, nel noto arresto di Cass., Sez. Un., 25 novembre 2013, n. 26283, in *Giur. comm.*, 2014, II, 55 ss., con nota di IBBA, *Responsabilità erariale e società in house*, aveva espressamente affermato che con l'esercizio del controllo analogo gli organi sociali si ritrovano «*assoggettati a vincoli gerarchici facenti capo alla pubblica amministrazione e neppure possono essere considerati, a differenza di quanto accade per gli amministratori delle altre società a partecipazione pubblica, come investiti di un mero munus privato, inerente ad un rapporto di natura negoziale instaurato con la medesima società*». Gli organi delle società *in house*, per la menzionata giurisprudenza, sarebbero dunque «*preposti ad una struttura corrispondente ad un'articolazione interna alla stessa pubblica amministrazione, sicché è da ritenersi che essi siano personalmente a questa legati da un vero e proprio rapporto di servizio, non altrimenti di quel che accade per i dirigenti preposti ai servizi erogati direttamente dall'ente pubblico*».

rapporto di subordinazione e in che termini l'organizzazione dell'attività impatti sull'implementazione di una decisione. La vincolatività, così, può essere presidiata da una tutela esclusivamente risarcitoria; oppure, il superiore può essere munito di poteri di intervento diretto nell'attrazione a sé delle competenze; o, ancora, il superiore potrebbe avere il diritto di rimuovere il subordinato, senza però adottare direttamente gli atti di competenza del subordinato stesso: si tratta sempre di forme di controllo verticistico di diversa intensità, ma non mi pare che, negli esempi appena fatti, il riconoscimento di un'ingerenza forte comporti di per sé l'annullamento del "rilievo metaindividuale" del destinatario dei poteri esercitati. Relativizzerei, dunque, il rilievo quasi tralatizio della Suprema Corte prima richiamato, argomentando nel senso che esso valga a ricordare la necessità di rispettare le regole di funzionamento della società *in house*, fermi, naturalmente, gli adattamenti imposti dalla necessità che la P.A. possa spiegare la propria influenza *determinante* sulle decisioni strategiche e di maggiore importanza della società di *providing in house*.

Provo a indugiare ulteriormente sul punto. Se consideriamo isolatamente alterità soggettiva e principio gerarchico (o di subordinazione) e poniamo i due termini sullo stesso piano secondo una logica dialettica, l'esito è scontato: posti su un piano omogeneo, attraverso il prisma della dialettica, essi si raffrontano come contraddittori e, pertanto, la stessa logica non può non approdare a una riduzione ad unità; la logica dialettica, in questo senso, porta alla prevalenza dell'uno con l'esclusione dell'altro. *Tuttavia* - cambiando prospettiva - non necessariamente eterogeneità significa contraddittorietà e conseguente esclusione: spesso, più fattori tra loro eterogenei possono esprimere connessioni diverse e possono essere ordinati e sistemati secondo una logica di "strategia". Insomma, come potere dello Stato e diritto del singolo non necessariamente si contrappongono e si escludono (nella Costituzione, ad esempio, essi coesistono e si riconoscono), così il potere della P.A. sui propri servizi e le regole dell'organizzazione scelta per l'autoproduzione degli stessi possono coesistere in una dimensione strategica, nella quale il diritto societario regola, disciplina, modera e rende controllabile, secondo un codice noto e accessibile al mercato, il perseguimento di fini di diritto pubblico. Per riprendere quanto anticipavo nelle riflessioni introduttive, il metro giusprivatistico del tipo sociale può essere considerato un sistema di *veridizione* e di *governamentalità* dell'esercizio di funzioni comunque serventi l'interesse pubblico. D'altro canto, in effetti, nella prospettiva del diritto pubblico, la possibile adozione di un codice organizzativo privatistico è, oramai, un'acquisizione storica: non osta alla tutela di interessi pubblicistici e si pone nel solco ben delineato nella stessa motivazione della sentenza della Suprema

Corte, là dove si richiama l'attenzione sul fatto che «*l'ordinamento si è ormai orientato verso una nozione funzionale e cangiante di ente pubblico*»; impostazione, questa, non a caso seguita anche dalla Corte dei Conti (in definitiva, i soldi pubblici non diventano cosa privata solo perché amministrati secondo regole tratte dal diritto privato²⁶).

Per altro verso, nella prospettiva delle regole di funzionamento dell'impresa, la ragionevolezza della scelta va ricercata, a mio modo di vedere, proprio nella necessità di rispettare il modello societario per tutto quanto non sia strettamente necessario e correlato all'esercizio di una «*influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni significative della società controllata*» ex art. 2, co. 1, lett. c, Tuspp. D'altronde, la possibilità di introdurre delle deroghe all'assetto legale dei tipi adottati va esercitata secondo il criterio di rigida proporzionalità tipico dell'intervento in deroga²⁷, anche alla luce del fatto che le modificazioni statutarie consentite ai soli fini dell'esercizio del controllo analogo sono strettamente correlate all'affidamento diretto: venuto meno quest'ultimo, esse cesseranno di spiegare effetti, come previsto dall'art. 16, co. 6, Tuspp²⁸.

4. L'esercizio del controllo analogo nell'art. 16 Tuspp. - Come è noto, per l'art. 16 Tuspp la finalità di consentire l'esercizio da parte della P.A. aggujudicatrice di un'influenza *determinante* sulle (*i.e.*, consentire la determinazione delle) scelte strategiche e sulle decisioni di maggiore importanza

²⁶ In questo senso, rileva che la procura contabile che agisca contro gli amministratori di società *in house* per danno erariale da gestione negligente, ne chiede la condanna a favore della stessa società gerita, MARTUCCI, *Impresa pubblica e forma societaria: quale responsabilità per gli amministratori di società in house?*, in *Riv. dir. comm.*, 2014, II, 272; sull'incompatibilità con il diritto eurounitario e con la disciplina vincolistica del capitale sociale della diversa interpretazione secondo la quale, in sede di giurisdizione contabile, sarebbe possibile condannare gli amministratori della società *in house* a risarcire direttamente i soci pubblici per il danno arrecato alla società partecipata, sia consentito rinviare a VALZER, *Controllo analogo*, cit., 1075 ss.

²⁷ Tra i primi commentatori, v. già CODAZZI, *Le "nuove" società in house: controllo cd. analogo e assetti organizzativi tra specialità della disciplina e "proporzionalità delle deroghe"*, testo della relazione presentata a Roma il 17 febbraio 2017, 30; e ancora, da ultimo, cfr., EAD., *L'esercizio del controllo analogo su società in house tra crisi di impresa e direzione e coordinamento del socio pubblico: alcune riflessioni alla luce del nuovo art. 120-bis, CCII*, in *Il diritto dell'economia*, 2023, 178.

²⁸ Detto in altri termini, la legge non ha consentito la creazione *sic et simpliciter* di società atipiche che possano aspirare a fornire servizi *in house*; viceversa, i tipi sociali tradizionali utilizzati a questo fine possono (laddove altre fonti normative di rango legislativo già non operino in questo senso) prevedere clausole di attribuzione di poteri speciali al socio pubblico, funzionali all'esercizio del controllo analogo.

dell'ente affidatario, può essere perseguita mediante tre diverse modalità²⁹ (non necessariamente alternative tra loro):

- (i) nel caso delle società per azioni, l'assetto organizzativo utile all'esercizio del controllo analogo può essere strutturato con l'inserimento di clausole di deroga agli artt. 2380-*bis* e 2409-*novies* c.c.;
- (ii) laddove la società affidataria sia una società a responsabilità limitata, lo statuto può prevedere l'attribuzione all'ente pubblico socio (o agli enti pubblici soci) di diritti particolari di *governance* ex art. 2468, comma 3, c.c.;
- (iii) infine, qualsiasi sia il tipo sociale adottato dalla società *in house*, il requisito del controllo analogo può essere acquisito anche sul piano parasociale, mediante appositi patti di durata superiore a cinque anni.

Un primo rilievo, pressoché scontato, è che la legge stessa indica la – se così si può dire – dislocazione del controllo analogo sul piano della pura gestione. Segnatamente, alla definizione normativa di cui all'art. 2 Tuspp, del tutto in linea e coerente con la nozione consolidatasi nel diritto comunitario ed eurounitario³⁰, seguono, in punto di attuazione operativa, le indicazioni sui possibili interventi: la lettera *a*) dell'art. 16 consente, vigente l'affidamento diretto, la deroga al principio di intestazione esclusiva della competenza gestoria in capo all'organo amministrativo chiamato alla realizzazione dell'oggetto sociale; la lettera *b*) riconosce la possibilità di veicolare i poteri di esercizio del controllo analogo come diritti particolari dei soci; la lettera *c*) dispone che il controllo analogo possa essere esercitato anche mediante patti parasociali, con limiti temporali anche maggiori ai termini fissati in generale dall'art. 2341-*bis* c.c. L'obiettivo è, in ogni caso, privare l'organo amministrativo della competenza *esclusiva* alla definizione della strategia imprenditoriale, a favore dei soci pubblici: se così non fosse, invece, la distinzione dell'imputazione

²⁹ Tra i molti, oltre agli autori già citati, cfr. DUGATO, *Le società in house*, in *Le imprese a partecipazione pubblica*, a cura di Presti e Renna, Milano, 2018, 66 ss.; GUERRERA, *Autonomia societaria e tipologia delle società in house*, in *Le società a partecipazione pubblica tra diritto dell'impresa e diritto dell'amministrazione*, a cura di Cintioli e Massa Felsani, Bologna, 2017, 185 ss.; CIAN, *I requisiti qualificatori della società in house*, *Giur. comm.*, 2019, II, 196 ss.; PECORARO, *La società in house: profili societari*, in *Le società a partecipazione pubblica. Commento tematico ai d. lgs. 175/2016 e 100/2017*, diretto da Ibba e Demuro, Bologna, 2018, 226; ANTONIOLI, *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)*, in AA. VV., *Le società in house*, Napoli, 2020, 82; DONATIVI, *Gli strumenti per l'esercizio del controllo analogo*, in AA. VV., *Le società in house*, Napoli, 2020, 108 ss; da ultimo, GOISIS, *L'in house nella nuova disciplina dei servizi pubblici locali*, in AA.VV., *La riforma dei servizi pubblici locali*, a cura di Villata, Torino, 2023, 269 ss.

³⁰ Per tutti, cfr. CODAZZI, *La società in house*, cit., 56 ss.

dell'attività rinvierebbe ad un assetto di reciproca autonomia e indipendenza e, così, anche di potenziale conflittualità con riferimento all'esercizio dell'attività oggetto di affidamento diretto; ciò che, però, sarebbe preclusivo proprio di quest'ultimo.

Tanto fermo, la dipendenza strategica, sostanzialmente simile ad un rapporto interno alla P.A., deve convivere con la scelta del codice organizzativo privatistico, che, per il resto, va certamente rispettato. A tal proposito, merita segnalazione un'altra meditata decisione della Suprema Corte, nella quale, al fine di evitare alcuni fraintendimenti interpretativi dopo il noto arresto della sentenza c.d. Rordorf³¹, venivano messi a fuoco proprio i profili ora evocati. Segnatamente, in Cass., Sez. Un., 1° dicembre 2016, n. 24591 (in *Foro it.*, 2017, I, 154) si legge:

«È, bensì, vero che le Sezioni unite di questa Corte, nella già menzionata sentenza n. 26283/13, hanno affermato che le società in house costituiscono in realtà articolazioni della pubblica amministrazione da cui promanano e non soggetti giuridici ad essa esterni e da essa autonomi; tuttavia, hanno altresì avuto cura di precisare che siffatta affermazione va intesa ai limitati fini del riparto di giurisdizione. Precisazione, questa, che si riferisce, ovviamente, al riparto di giurisdizione riguardante l'azione di responsabilità per danni arrecati dall'illegittimo comportamento degli organi sociali al patrimonio della società, che costituiva oggetto di quel giudizio.

Il tipo di rapporto che lega gli organi di una società in house all'ente pubblico da cui la società promana è, infatti, fin troppo simile a quello che intercorre tra la medesima amministrazione ed i propri dipendenti per poter giustificare un diverso regime di responsabilità, quanto alla giurisdizione ed ai riflessi sulle regole che presidiano la responsabilità di quei soggetti. Ciò non implica però, necessariamente, che anche sotto ogni altro profilo l'adozione del paradigma organizzativo societario che caratterizza le società in house sia irrilevante e che le regole proprie del diritto societario siano poste fuori gioco.

Sarebbe illogico postulare che la scelta di quel paradigma privatistico per la realizzazione delle finalità perseguite dalla pubblica amministrazione sia giuridicamente priva di conseguenze, ed è viceversa del tutto naturale che quella scelta, ove non vi siano specifiche disposizioni in contrario o ragioni ostative di sistema, comporti l'applicazione del regime giuridico proprio dello strumento societario adoperato».

Avverto che già in altra sede ho provato a indugiare sulla portata delle previsioni dell'art. 16 Tuspp; quindi, per ogni dimostrazione, mi permetto di rinviare a quanto scritto.

Volendo provare ad articolare qualche ulteriore riflessione utile ai fini che ci occupano, direi che la previsione dettata dalla lett. a) pone all'interprete

³¹ Cass., Sez. Un., 25 novembre 2013, n. 26283, cit.

il tema di esplicitare i termini, in punto di estensione minima e di intensità, delle deroghe all'art. 2380-bis c.c.: quali competenze gestorie lo statuto deve necessariamente riservare al socio pubblico e quali, invece, dovrebbero rimanere in capo ai soli amministratori della società *in house*, con tutti i relativi corollari in punto di modalità di esercizio.

Personalmente non ritengo consustanziale all'esercizio del controllo analogo la necessità di spogliare delle competenze strategiche l'amministratore unico o (quando consentito) il consiglio di amministrazione; ma stimo sia essenziale attribuire al socio il potere di impartire istruzioni vincolanti all'organo amministrativo e di esercitare in posizione di sovraordinazione le scelte relative all'indirizzo strategico e alle operazioni più importanti della società *in house*: ciò consente di ritenere quest'ultima perfettamente sintonizzata con la P.A. aggiudicatrice e, dunque, non intestataria di una strategia *diversa* rispetto a quella del socio pubblico.

A tal proposito, preciso che non riterrei sufficiente all'integrazione del requisito del controllo analogo la riserva statutaria a favore del socio pubblico di mere autorizzazioni in sede assembleare, *ex art.* 2364, n. 5, c.c., perché ciò non consentirebbe alla P.A. di imporre direttamente la propria volontà³², ma al più di paralizzare scelte operative non condivise: il che evoca una dialettica non in linea con la necessaria assenza di alterità strategica sul mercato. Dialettica, invero, può esservi, ma solo nella prospettiva dell'esclusione di scelte diverse da quelle del socio: *ergo* – come appena rilevato – si impone la necessità di una riserva statutaria di competenze decisorie, il cui esercizio si traduca in atti vincolanti per l'organo gestorio. Di contro, mi pare appena il caso di evidenziare che, se i poteri della P.A. fossero limitati all'esercizio di un'influenza dominante in assemblea, alla possibilità di nominare, revocare ed esercitare l'azione di responsabilità in ragione del controllo e, per l'appunto, all'attribuzione di poteri puramente autorizzativi in determinate materie, ciò comporterebbe, al più, un orientamento fiduciario dell'attività, presidiato dal classico controllo periodico di merito in sede di rendiconto o in occasione dell'esercizio dei menzionati poteri di autorizzazione: ma tanto varrebbe

³² Peraltro, muovendo dal presupposto dell'incompatibilità del controllo analogo «*con il rispetto dell'autonomia gestionale*» degli amministratori, il Consiglio di Stato, nel parere 21 aprile 2016 n. 968, a pag. 73, osservava come detta forma di controllo non potesse «*essere assicurata da "pareri obbligatori ma non vincolanti"*» (così Corte cost. n. 50 del 2013, che richiama la giurisprudenza europea) e che «*Nella specie, la previsione, per le società per azioni, di una mera facoltà di deroga al principio di cui all'art. 2380-bis c.c. da parte degli statuti societari desta qualche perplessità, in quanto il mancato esercizio di tale potere manterrebbe ferma la riserva di gestione in capo agli amministratori in contrasto con la caratterizzazione propria delle modalità di funzionamento del controllo analogo*».

semplicemente a riconoscere che gli amministratori sono gestori di un patrimonio altrui, in quanto tali condizionati dai titolari dell'interesse gerito; che, tuttavia, è certamente *altro* dall'equivalenza funzionale ad un controllo gerarchico interno.

In altri termini, perché l'ente affidante abbia un *effettivo dominio* sull'attività dell'affidataria, come se si trattasse di un rapporto di *delegazione interorganica*, nella prospettiva di una sostanziale autoproduzione maturata fuori mercato (*i.e.*: senza una dialettica con più offerenti sul mercato), appare necessario che le decisioni circa *cosa* fare, sotto il profilo strategico e, comunque, delle scelte caratterizzanti, e *come* finanziare l'attività (e, dunque, come impiegare il capitale pubblico) siano espressione dell'influenza determinante del socio pubblico.

Tra queste vanno contemplate, di necessità, anche le decisioni in merito all'assetto organizzativo, che, strutturato dagli amministratori, non può non essere coerente con i vincoli che la legge pone all'autonomia della stessa P.A. nell'organizzazione del servizio. In questa direzione mi pare depongano *sia* la ratio sottesa all'art. 14 d. lgs. n. 201/2022 di riordino della disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica [cfr. il piano economico-finanziario del comma 4, che contiene anche la proiezione, per il periodo di durata dell'affidamento, dei costi e dei ricavi, degli investimenti e dei relativi finanziamenti (ciò che chiama la P.A. all'adozione diretta di scelte che esprimano valutazioni di tipo imprenditoriale] *sia*, testualmente, l'art. 17, co. 4, dello stesso d. lgs. 201/2022, il quale prevede espressamente che, per i servizi pubblici locali a rete, alla deliberazione di affidamento sia «*allegato un piano economico-finanziario che, fatte salve le discipline di settore, contiene anche la proiezione, su base triennale e per l'intero periodo di durata dell'affidamento, dei costi e dei ricavi, degli investimenti e dei relativi finanziamenti, nonché la specificazione dell'assetto economico-patrimoniale della società, del capitale proprio investito e dell'ammontare dell'indebitamento, da aggiornare ogni triennio*». A garanzia della correttezza del piano, quest'ultimo deve essere asseverato da una banca.

E ancora, anche considerando lo speciale regime dei controlli che gravano sulla P.A. affidante [cfr. l'art. 30 d. lgs. 201/2022 in tema di verifiche periodiche sulla situazione gestionale dei servizi pubblici locali], lo statuto dovrà strutturare flussi informativi adeguatamente cadenzati nei confronti del socio e - come altrove ho evidenziato - prevedere l'obbligo a carico dell'organo gestorio non solo di approntare *report* informativi e di rendicontazione che abbiano una certa frequenza (naturalmente legata al tipo di attività in concreto esercitata), ma anche, a monte, di comunicare preventivamente l'ordine del giorno delle sedute del consiglio di amministrazione, riservando alla P.A. la possibilità di un'integrazione dello stesso.

Un ulteriore profilo, ora. Come è noto, al fine di consentire l'esercizio del controllo analogo, la giurisprudenza amministrativa ammette pacificamente la legittimità della previsione statutaria di "organi speciali" (Cons. St., 30 aprile 2018, n. 2599 e 16 luglio 2020, n. 8028, poi richiamate in Cons. St., 22 ottobre 2021, n. 7093). Su questo punto ho espresso le mie perplessità. La dislocazione di competenze in capo a figure diverse da quelle sociali non mi pare direttamente riconducibile alla "deroga" all'art. 2380-*bis* c.c., secondo un criterio di metodo di stretta proporzionalità, e apre il duplice problema della disciplina di funzionamento dell'organo e dell'efficacia dei relativi atti [es., assimilabili a delibere consiliari? assembleari? impugnabili secondo quali termini e regole?]. Né mi pare che l'intestazione di competenze in capo all'assemblea possa trovare come ostativo il preteso "appesantimento procedurale" proprio del meccanismo assembleare: ferme restando le perplessità circa il richiamo di questo argomento in società con un numero di soci di norma contenuto, il cui agire è, per altro verso, procedimentalizzato (*rectius*: burocraticizzato), mi pare che le doglianze circa le regole di funzionamento di un codice organizzativo liberamente scelto prestino sempre il fianco a un rilievo di incoerenza. D'altronde - per rimanere su questo piano - quelle stesse regole saranno verosimilmente sembrate alla P.A. meno onerose di un esercizio diretto, di talché, anche per questo verso, mi sembra ragionevole negare la possibilità di strutturare organi atipici per veicolare altrove, e secondo regole non definite, ciò che, invece, può tranquillamente essere svolto in sede (e secondo il regime) assembleare³³.

Proseguendo oltre - e cambiando piano - se si accetta che il controllo

³³ Segnalo che in questo senso è orientata anche la recentissima Massima n. 213 del Consiglio Notarile di Milano del 27 Dicembre 2024 "Deroghe statutarie alla competenza gestoria esclusiva degli amministratori nelle s.p.a. in house e nelle società miste (art. 2380-*bis* c.c.; artt. 16 e 17 d.lgs. 175/2016)", per la quale le deroghe all'art. 2380-*bis* c.c. possono consistere «nell'assegnazione all'assemblea di poteri di alta amministrazione, mediante l'attribuzione alla stessa di competenze decisorie su specifiche materie determinate dallo statuto o di estesi poteri autorizzatori, senza tuttavia far venir meno la funzione gestoria dell'organo amministrativo» e senza che le competenze dell'organo amministrativo possano essere limitate ai soli atti di ordinaria amministrazione. La Massima, peraltro, accosta, quasi in regime di ideale continuità, alla facoltà di derogare all'art. 2380-*bis* c.c., prevista dall'art. 16 Tuspp, l'analogo facoltà posta dall'art. 17 Tuspp al fine di consentire il controllo interno del socio pubblico sulla gestione dell'impresa. Gli obiettivi delle disposizioni sono, però, diversi: mentre nelle società *in house* le deroghe all'autonomia della funzione gestoria sono finalizzate a realizzare l'assetto del controllo analogo, ossia - come visto - l'eliminazione dell'alterità strategica tra società e amministrazione aggiudicatrice, nelle società a partecipazione mista, il socio privato deve poter gestire la società per realizzare il contratto aggiudicato (formalmente) a quest'ultima, pur laddove titolare di una minoranza del capitale e la presenza del socio pubblico resta idealmente confinata alle funzioni di controllo, che certo non ha ragione alcuna di essere (e non può essere) di intensità tale da negare l'alterità strategica tra lo stesso socio pubblico e la società mista.

analogo sia un concetto normativo che rinvia alla disciplina del potere di determinare le scelte strategiche e di maggior rilievo della società *in house*, si riconosce, per ciò stesso, che l'intervento della P.A. debba essere limitato a questi profili. Al contempo, la gestione corrente va fatta, in ogni caso, salva in capo agli amministratori e all'organizzazione imprenditoriale affidataria: non avrebbe senso, infatti, scegliere un sistema imprenditoriale/manageriale di autoproduzione/erogazione di un dato servizio, per poi annichilirne le ragioni con un'ingerenza sistematica nella gestione *day by day*.

E ancora, che l'organo amministrativo della società *in house* debba poter esercitare le proprie funzioni senza essere ridotto a un mero "schermo" per i soci pubblici, emerge dalla stessa legge nella parte in cui essa: prevede la possibilità di un'attività coi terzi, nei limiti del 20% del fatturato e al solo fine di consolidare economie di scala (art. 16, commi 3 e 3-bis, Tuspp); presidia (anche) col commissariamento *ex art.* 2409 c.c. la violazione dei limiti di operatività (prevedendo poi l'alternativa tra uno scioglimento anticipato delle commesse di terzi e uno scioglimento anzitempo dei rapporti, che mi pare debba essere una scelta del socio) e, all'art. 21, co. 3, disciplina le conseguenze di gestioni in perdita diverse da quelle coerenti con un piano di risanamento già approvato dal socio pubblico³⁴; ebbene, se gli amministratori possono vedersi sanzionati con una riduzione dei compensi per le perdite gestorie riportate, allora, per il necessario rispetto del principio di non contraddizione, essi devono poter esercitare dei poteri gestori di efficientamento dell'impresa; in diversa ipotesi, la norma si limiterebbe a fissare una irragionevole ipotesi di sanzione per posizione o per fatto altrui.

Similmente, qualora gli amministratori ritengano che una delibera del socio pubblico sia dannosa o che usurpi competenze dell'organo amministrativo, esponendoli a potenziali responsabilità erariali o nei confronti di terzi, essi dovrebbero poter esercitare il proprio dovere di resistenza e impugnare la delibera. La responsabilizzazione anche all'esterno degli amministratori è, infatti, una caratteristica insopprimibile dell'organizzazione sociale. D'altro canto, nel momento stesso in cui la P.A. opti per detta modalità organizzativa, essa, per ciò stesso, accetta di doverne rispettare le relative regole di

³⁴ Per comodità di lettura: «Art. 21.3. *Le società a partecipazione di maggioranza, diretta e indiretta, delle pubbliche amministrazioni locali titolari di affidamento diretto da parte di soggetti pubblici per una quota superiore all'80 per cento del valore della produzione, che nei tre esercizi precedenti abbiano conseguito un risultato economico negativo, procedono alla riduzione del 30 per cento del compenso dei componenti degli organi di amministrazione. Il conseguimento di un risultato economico negativo per due anni consecutivi rappresenta giusta causa ai fini della revoca degli amministratori. Quanto previsto dal presente comma non si applica ai soggetti il cui risultato economico, benché negativo, sia coerente con un piano di risanamento preventivamente approvato dall'ente controllante.*».

produzione dell'azione.

In definitiva, mi pare di poter affermare che la s.p.a. *in house* devii dal modello di diritto comune per le seguenti ragioni:

a) il socio pubblico è chiamato a esercitare (e, anzi, deve esercitare) i propri poteri di "controllo analogo" in una dialettica intrasocietaria che va ben oltre il regime delle autorizzazioni *ex art. 2364*, co. 1, n. 5, c.c., per esprimersi mediante il riconoscimento di competenze assembleari che intestino formalmente in capo al socio quelle decisioni altrimenti concordate nei normali "contatti confidenziali" tra amministratori e compagine sociale di maggioranza;

b) nell'affidare direttamente un servizio ad una società *in house*, il socio pubblico esprime una scelta organizzativa che lo responsabilizza nell'investimento di risorse pubbliche e che, coerentemente, dovrebbe richiedere una formalizzazione anche statutaria;

c) l'organo amministrativo della società *in house* è gerarchicamente vincolato dalle decisioni del socio assunte in sede sociale, ferme le prerogative di legge nella fase esecutiva: gli amministratori, cioè, non possono opinare il merito delle scelte, ma, di contro, non possono essere neppure tenuti a mettere in esecuzione delibere che ne impegnino la responsabilità *ex art. 2394* c.c. (o responsabilità penali) nei confronti dei creditori o dei terzi³⁵.

Ancore poche battute sulle altre modalità di approntamento statutario delle condizioni di controllo analogo.

Lettera *b)* – La maggiore duttilità nell'allocazione dei poteri gestori tra soci e amministratori nella s.r.l. comporta che, nel tipo sociale in questione, le prerogative di *governance* utili a strutturare una situazione di controllo analogo possano essere veicolate anche mediante l'impiego di diritti particolari dei soci calibrati *ad hoc*.

Un'avvertenza preliminare. La possibilità di attribuire diritti particolari di *governance* non mi pare sia preclusivo di un eventuale intervento sullo statuto sociale, nel senso dell'introduzione anche nella s.r.l. *in house* di clausole di adattamento del potere gestorio degli amministratori sul modello di cui alla precedente lett. *a)*.

Con specifico riferimento ai diritti particolari, invece, il tema che mi sembra interessante sondare è – come ho altrove sostenuto – se specie nelle s.r.l. pluripartecipate possano configurarsi diritti di voto non proporzionale o, ad

³⁵ Quanto al rapporto tra potere deliberativo dei soci e doveri esecutivi degli amministratori, sono sempre attuali le conclusioni prospettate [sotto il previgente riparto di competenze tra assemblea e amministratori approntato nella versione originaria del codice del 1942] da ABBADESSA, *La gestione dell'impresa nella società per azioni*, Milano, 1975, 61 ss.

esempio, di voto determinante o esclusivo nelle materie afferenti alla gestione strategica o a particolari operazioni nelle fattispecie di controllo analogo congiunto. Se nel diritto delle società a responsabilità limitata il tema della deroga al principio plutocratico/maggioritario in assemblea mediante l'introduzione di particolari diritti di voto o di veto è discusso³⁶, riterrei possibile la deroga all'art. 2479, co. 5, c.c. entro i termini strettamente coerenti con l'esercizio del controllo analogo (segnatamente, del controllo analogo congiunto).

Di contro, esigenze di tutela dei soci pubblici stessi mi inducono a ipotizzare che dette competenze decisionali debbano essere esercitate ai sensi dell'art. 2479 c.c.³⁷. Ciò consentirebbe anche agli altri soci di averne compiuta informazione *ex ante*, nonché di attivare gli eventuali rimedi reattivi demolitori. Contemporaneamente riterrei che detta prerogativa, per quanto prima illustrato, vada riconosciuta anche in capo agli amministratori con riferimento alle deliberazioni invalide e dannose.

La lettera c) precisa che i patti parasociali funzionali all'espressione del controllo analogo possano avere anche una durata superiore ai cinque anni, in deroga all'art. 2341 *bis* c.c.

Primo rilievo lineare: la deroga espressa introdotta dalla legge va intesa nel senso che la durata del patto parasociale può seguire *pari passu* un affidamento ultra-quinquennale, allorquando quest'ultimo sia consentito³⁸. In questa prospettiva, la disposizione consentirebbe di aggregare agli interventi statutari sull'organizzazione sociale la disciplina dei rapporti reciproci tra soci³⁹. Si tratta di un'opzione interpretativa, per così dire, minima, che, per l'appunto, valorizza la disposizione nel suo significato più immediato di allineare patti parasociali e durata dell'affidamento *in house* nella prospettiva del

³⁶ In dottrina, *ex multis*, ZANARONE, *Art. 2479*, in *Il Codice Civile Commentario*, fondato e diretto da Schlesinger e continuato da Busnelli, Milano, 2010, 1302; LA SALA, *Art. 2479. I principi comuni all'assemblea e agli altri metodi decisionali. Le materie riservate.*, in *S.r.l. Commentario dedicato a Giuseppe B. Portale*, a cura di Dolmetta e Presti, Milano, 2011, 801; per gli orientamenti della prassi, cfr. C.N. Milano, *Massime Commissione Società, Massima n.138, Voto non proporzionale nelle s.r.l. (art. 2479, comma 5, c.c.)*, reperibile all'indirizzo web www.consiglionotariemilano.it/massime-commissione-societa/138

³⁷ BLANDINI, *Categorie di quote, categorie di soci*, Milano, 2009, 101 ss.

³⁸ Ad esempio, se si guarda alla disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, l'art. 19, co. 1, d. lgs. 201/2022, al secondo periodo, prevede che nel caso di affidamento a società *in house* di servizi pubblici locali non a rete, la durata dello stesso non possa essere superiore a cinque anni «fatta salva la possibilità per l'ente affidante di dare conto, nella deliberazione di affidamento di cui all'articolo 17, comma 2, delle ragioni che giustificano una durata superiore al fine di assicurare l'ammortamento degli investimenti, secondo quanto asseverato nel piano economico-finanziario di cui all'articolo 17, comma 4».

³⁹ In questo senso, cfr. DONATIVI, *Gli strumenti per l'esercizio*, cit., 122.

controllo analogo congiunto. E, così, gradatamente, è stato altresì sostenuto che, con la disposizione in analisi, la legge avrebbe inteso ribadire la natura parasociale dei vari “comitati di controllo analogo” e delle altre limitrofe figure di raccordo interno (alle quali prima accennavo), elaborati dalla prassi statutaria relativa alle società *in house* pluripartecipate

Forse, però, è possibile andare anche oltre e domandarsi se la speciale situazione prevista dalla legge non consenta, invece, di ritenere che i patti parasociali previsti dalla disposizione in commento possano essere patti ad efficacia c.d. corporativa, cioè patti che vincolino, oltre ai soci, anche gli amministratori e la società⁴⁰.

In effetti, l’art. 16, co. 2, Tuspp ha ad oggetto le società e gli statuti delle società: *ergo*, non parrebbe peregrina l’ipotesi che anche la possibilità di stipulare patti parasociali ultraquinquennali per l’esercizio del controllo analogo sulla società abbia come ideale referente (parte della pattuizione) la stessa società e/o i relativi amministratori. Se, infatti, la materia regolata dal patto è l’esercizio dell’influenza determinante sulle decisioni strategiche e di maggior importanza della società partecipata, in ragione di un affidamento diretto e in costanza di questo, sembra lineare che parte del negozio sia, proprio in ragione del regime speciale in analisi, la stessa società⁴¹.

D’altronde, il principio della riserva in capo all’organo amministrativo di ogni decisione funzionale al perseguimento dell’oggetto sociale, con il suo

⁴⁰ Nel senso che l’espressione «*patti parasociali*» di cui alla norma in esame si riferisca «*non solo a patti parasociali fra soci (ipotesi che può configurarsi solo nelle società in house a controllo congiunto), ma anche a patti parasociali di cui sia parte la società (come, p.e., un patto di assoggettamento alla direzione e coordinamento dell’ente socio, ai sensi dell’art. 2497 c.c.), o a patti fra ente socio ed amministratori, contestuali al contratto di investitura nella carica e comportanti un impegno degli amministratori a procedere - nelle scelte di pianificazione o relative ad operazioni di carattere strategico - solo dopo consultazione dell’ente socio e seguendone gli indirizzi*», LIBERTINI, *Principio di adeguatezza organizzativa e disciplina dell’organizzazione delle società a controllo pubblico*, in *Giur. comm.*, 2021, I, 30 s. Per un recente riesame critico del principio di separazione tra dimensione sociale e patti parasociali, cfr., anche per i riferimenti al risalente dibattito, ABU AWWAD, *I patti parasociali nelle società chiuse*, Torino, 2022, 24 ss.; in argomento, cfr., anche DONATIVI, *Gli strumenti per l’esercizio*, cit., 138

⁴¹ È interessante richiamare quanto osservato sul punto dal Consiglio di Stato nel parere reso sullo schema del decreto legislativo poi effettivamente emanato con il Tuspp (il già citato Cons. Stato, parere 21 aprile 2016 n. 968): «*Il richiamo ai patti parasociali non è chiaro se sia espressione della volontà di assegnare ad essi una valenza “sostanzialmente” sociale con efficacia reale ovvero se mantengano efficacia obbligatoria, con conseguenti dubbi, in quest’ultimo caso, in ordine alla loro idoneità ad assicurare forme di controllo coerenti con le imposizioni europee. L’alternativa alla formulazione della norma in esame avrebbe potuto essere quella di mantenere una dizione ampia di controllo analogo senza indicare i mezzi attraverso i quali si può esplicitare. In ogni caso, anche se si mantiene l’attuale formulazione, è indubbio che si introduce “sull’assetto organizzativo”, come è espressamente indicato nella norma in esame, una deroga così pregnante al tipo societario disciplinato dal codice che impedisce di ravvisare una società che in esso possa essere sussunta. Ed è questa la ragione per la quale si è proposto di inserire autonomamente l’in house tra i “tipi societari”*».

lineare corollario della non ammissibilità di ulteriori vincoli all'esercizio delle funzioni gestorie, siano essi interni alla struttura organizzativa o esterni, di matrice pattizia, nel contesto che ci occupa è testualmente derogato dalla stessa legge; la quale, dunque, così parrebbe ammettere che le modifiche alla funzione gestoria possano essere formalizzate – ripeto: secondo queste speciali disposizioni – sia tramite clausole statutarie, la cui efficacia sia condizionata dall'effettiva vigenza di un affidamento diretto, sia mediante pattuizioni con i soci pubblici, che regolamentino e disciplinino l'esercizio delle prerogative del controllo analogo.

Chiudo proprio osservando che quest'ultima prospettiva potrebbe rappresentare un'occasione di raccordo tra le elaborazioni della giurisprudenza del Consiglio di Stato in merito ai c.d. organi atipici o speciali e le esigenze di certezza nel governo delle regole di funzionamento dell'organizzazione sociale e delle relative responsabilità, che il mercato richiede al diritto societario⁴².

⁴² Mi pare rilevante in materia la recente sentenza resa da Cons. Stato, 2 novembre 2023, n. 9452, nella cui motivazione piano sociale e parasociale non sono distinti e con riferimenti agli organi atipici si richiamano, in maniera esemplificativa (ma a dire il vero, impropria) le previsioni delle assemblee speciali dei titolari di azioni di categoria e dei portatori di obbligazioni (le quali, però, non hanno rilievo nella *governance* dell'ente: le prime si esprimono, come è noto, nelle modifiche peggiorative dei diritti di categoria, ponendosi come condizione di efficacia delle deliberazioni assembleari di modifica dei diritti speciali; le seconde valgono a consentire a maggioranza le modifiche delle condizioni del prestito e non rappresentano un organo della società). Questo, il cuore della motivazione, riportato per comodità di lettura:

«16.3. D'altro canto, l'art. 16 del T.U. sulle società a partecipazione pubblica oltre a non replicare per le società in house il «divieto di istituire organi diversi da quelli previsti dalle norme generali in tema di società» previsto dall'art. 11, comma 9, lett. d), per le sole 'società a controllo pubblico', prevede espressamente che, ai fini della realizzazione dell'assetto organizzativo» necessario ad integrare la condizione del 'controllo analogo' o quella del 'controllo analogo congiunto', gli statuti delle società per azioni e di quelle a responsabilità limitata possono prevedere, rispettivamente, clausole derogatorie o l'attribuzione di particolari diritti agli enti pubblici soci in deroga alle pertinenti previsioni codicistiche nonché, per quanto in questa sede più specificamente interessa (stante la forma giuridica di Cineca), che «in ogni caso, i requisiti del controllo analogo possono essere acquisiti anche mediante la conclusione di appositi patti parasociali [che] possono avere durata superiore a cinque anni, in deroga all'articolo 2341-bis, primo comma, del codice civile».

16.4. Tale esplicita previsione, che in sostanza istituzionalizza la possibilità di prevedere negli statuti degli enti in house pluripartecipati, qualunque sia la relativa forma giuridica, convenzioni volte a superare la congenita frammentazione della compagine sociale – tanto più ove, come nel caso di specie, il numero dei partecipanti sia particolarmente elevato – renderebbe, allora, manifesta, per come criticamente dedotto dalla parte ricorrente, l'idea che il requisito del 'controllo analogo congiunto' richieda necessariamente un *quid pluris* rispetto alle comuni prerogative conferite ai soci/componenti di un ente e, cioè, alla mera partecipazione egualitaria alla compagine sociale e ai relativi deliberati assunti a maggioranza, non potendo tale sola condizione, ove a ciascun aderente spetti un'identica quota di rappresentatività, garantire l'esercizio 'congiunto' dell'influenza determinante sulle decisioni fondamentali per la vita e il funzionamento dell'ente.

16.5. La sentenza impugnata ricorda che si è ritenuto possibile procedere tramite la stipulazione di adeguati patti parasociali ovvero anche mediante la previsione, negli atti costitutivi della società, di un organo speciale, che, al pari delle assemblee speciali di cui all'art. 2376 c.c. (ovvero dell'assemblea degli obbligazionisti, di cui all'art. 2415 c.c.), sia deputato ad esprimere la volontà dei soci pubblici, i quali, dunque, si troveranno a intervenire con rinforzata voce unitaria negli ordinari organi societari.

16.6. La costituzione di simili organi, ora espressamente vietata per le società 'a controllo pubblico', può rappresentare un efficace strumento concertativo per gli organismi in house, consentendo di ottenere una maggiore rappresentatività a categorie omogenee di enti (quali nel caso in esame potrebbero essere le Università) con interessi convergenti - e, in ipotesi, assai diversi da quelli di altri aderenti, i quali sarebbero, per tal via, nella condizione di esprimere una posizione unitaria e vincolante nei confronti del consiglio di amministrazione a seguito del recepimento delle determinazioni assunte al loro interno a livello assembleare.

16.7. Potendosi prevedere, in tale prospettiva, o che l'organo speciale in questione, statutariamente previsto, partecipi all'assemblea ai sensi dell'art. 5, comma 5, lett. a), del d. lgs. n. 50 del 2016 (singoli rappresentanti possono rappresentare varie o tutte le amministrazioni aggiudicatrici o enti aggiudicatori partecipanti) in luogo dei singoli enti che ne fanno parte, esprimendo un voto corrispondente al numero di questi ultimi, o prescrivendosi specifici quorum per le deliberazioni assembleari che prevedano la maggioranza qualificata degli enti i cui interessi siano coinvolti dalla specifica deliberazione o, ancora, prevedendosi ulteriori e distinti accordi che permettano il perseguimento di analoghe finalità e, dunque, in ultima analisi l'esercizio di quella influenza determinante che costituisce l'in sé del requisito di cui si controverte».