



ANAC

AUTORITÀ
NAZIONALE
ANTICORRUZIONE



CONSIGLIO
NAZIONALE
DEL
NOTARIATO

VADEMECUM

PER LE SOCIETÀ IN HOUSE NEL NUOVO CODICE
DEGLI APPALTI E NEL TESTO UNICO DELLE SOCIETÀ PUBBLICHE



VADEMECUM PER LE SOCIETA' IN HOUSE NEL NUOVO CODICE DEGLI APPALTI E NEL TESTO UNICO DELLE SOCIETA' PUBBLICHE

Sommario

PARTE 1: CONTESTO NORMATIVO

PARTE 2: ISCRIZIONE ELENCO SOCIETÀ IN HOUSE

PARTE 3: INDICAZIONI OPERATIVE

Premessa

Il presente documento è stato predisposto per coadiuvare gli operatori del settore sulle molteplici soluzioni e possibili opzioni e/o clausole statutarie che si possono considerare in sede di redazione degli statuti delle società *in house providing*. Sono qui delineate le linee operative per l'esercizio del controllo analogo da parte delle amministrazioni aggiudicatrici ed alcuni spunti di riflessione per la coordinazione delle proprie società *in house* alle quali si partecipa assieme ad altre amministrazioni aggiudicatrici per la gestione comune dei servizi pubblici.

1. Contesto normativo

Il contesto normativo di riferimento per quel che qui interessa è costituito:

- a) dalla direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014, dal d.lgs.18 aprile 2016, n. 50 (Codice dei contratti pubblici) e s.m.i., nonché dalla giurisprudenza europea e nazionale sull'*in house providing*;
- b) dal d.lgs.19 agosto 2016, n. 175 (Testo unico delle società a partecipazione pubblica) e s.m.i.;
- c) dalle Linee guida ANAC n. 7 sull'iscrizione nell'elenco delle società in house, emanate ai sensi dell'art. 192 del d.lgs. n. 50/2016 con deliberazione del Consiglio n. 951 del 20 settembre 2017.

2. Iscrizione elenco società *in house*

In relazione alla competenza attribuita all'ANAC dalla norma di cui all'articolo 192 del d.lgs.18 aprile 2016, n. 50, l'Autorità detiene un elenco delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori che operano mediante affidamenti diretti nei confronti di proprie società *in house*.



L'elenco in esame è disciplinato dalle Linee guida n. 7 approvate con delibera dell'Autorità n. 235 del 15 febbraio 2017 e aggiornato al decreto correttivo con deliberazione n. 251 del 20 settembre 2017.

Dall'art. 192 del Codice dei contratti pubblici e dalle stesse Linee Guida emerge che il servizio è rivolto alle amministrazioni aggiudicatrici e agli enti aggiudicatori che, al ricorrere dei presupposti previsti dall'art. 5 del d.lgs. n. 50/2016 (c.d. Codice dei contratti) ovvero dagli artt. 4 e 16 del d.lgs. n. 175/2016 (cd. TUSP), intendano operare affidamenti diretti in favore di organismi *in house* in forza di un controllo analogo diretto, invertito, a cascata o orizzontale sugli stessi.

La domanda di iscrizione è presentata, a pena di inammissibilità, dal Responsabile dell'Anagrafe delle Stazioni Appaltanti (cd. RASA) su delega delle persone fisiche deputate ad esprimere all'esterno la volontà del soggetto richiedente.

È consentito presentare domanda di iscrizione mediante applicativo *on line* (<https://ww2.anticorruzione.it/idp-sig/>) e che tale presentazione costituisce presupposto legittimante l'affidamento diretto ai sensi dell'art. 192 c.c.p. sotto la responsabilità dell'amministrazione affidante;

Il provvedimento di iscrizione all'elenco legittima gli affidamenti diretti tra i soggetti rispetto ai quali sussiste il rapporto di unicità organica, ferma restando la possibile contestazione, in sede giurisdizionale, con termine decorrente dall'affidamento/stipula del contratto ovvero pubblicazione sul profilo committente.

Il Consiglio di Stato con il parere 282/2017, viceversa, ha ribadito la natura dichiarativa dell'iscrizione in elenco.

La domanda di iscrizione all'elenco ha una duplice rilevanza:

- consente *ex se* di procedere all'affidamento senza gara, rendendo operativa in termini di attualità concreta, senza bisogno dell'intermediazione di un'attività provvedimentale preventiva, la legittimazione astratta riconosciuta dal legislatore;
- innesca una fase di controllo dell'ANAC, tesa a verificare la sussistenza dei presupposti soggettivi ai quali la normativa – comunitaria e nazionale – subordina la sottrazione alle regole della competizione e del mercato.

3. Indicazioni operative

Nei successivi paragrafi si forniranno:

- 1) indicazioni sulle attività di supporto svolte per la revisione degli statuti delle *società in house*, al fine di renderli coerenti con il quadro normativo e giurisprudenziale attuale;
- 2) ragguagli circa la stretta funzionalità ed indispensabilità della società per le finalità istituzionali dei soci, secondo quanto previsto dall'art. 4, comma 2, del d.lgs. n. 175/2016;
- 3) informazioni circa la composizione societaria;



- 4) evidenze in merito alle modalità di esercizio del controllo analogo e del controllo analogo congiunto.

Paragrafo 1

L'ANAC in uno al Consiglio Nazionale del Notariato attueranno un coordinamento, attraverso gli Uffici preposti, volto a coadiuvare gli operatori del diritto coinvolti nel procedimento di costituzione di organismi *in house providing*, in funzione di controllo preventivo di legalità. Contemplando diverse ed alternative soluzioni giuridiche, nel rispetto della deontologia notarile, ferma restando la piena libertà di scelta nella concreta esplicazione della propria attività delle amministrazioni e dei notai coinvolti.

Lo strumento si rinviene nel presente *vademecum* con l'indicazione degli aspetti giuridici di maggior criticità e rilievo allorquando ci si trovi a predisporre atti relativi alla costituzione e/o alla disciplina delle società *in house*.

Il coordinamento potrà inoltre individuare tipologie e modalità di cooperazione per promuovere la condivisione di metodi e strumenti per la disciplina dello strumento societario *in house providing*.

Effettuare, su base annua, l'analisi del grado di soddisfazione del servizio reso agli operatori e utenti agevolando il confronto tra gli Uffici preposti.

Paragrafo 2

Si ricorda che le attività perseguibili mediante società *in house providing* a mente dell'articolo 4 del d.lgs.175/2016 sono:

- a. la produzione di un servizio di interesse generale;
- b. la progettazione e realizzazione di un'opera pubblica sulla base di un accordo di programma fra PP.AA.;
- c. l'autoproduzione di beni o servizi strumentali all'ente o agli enti pubblici partecipanti o allo svolgimento delle loro funzioni;
- d. servizi di committenza.

Gli organismi *in house* che non presentano la forma giuridica delle società (associazioni, fondazioni, consorzi) non hanno i vincoli di scopo e di attività predetti, fermo restando che l'utilizzo di risorse pubbliche impone alle pubbliche amministrazioni, nel rispetto dei principi di sana gestione e delle regole della contabilità pubblica, comunque particolari cautele e obblighi per perseguire la soddisfazione dei bisogni della collettività di riferimento mediante l'adozione di siffatti moduli privatistici;

ed inoltre:

l'attività della società *in house* deve essere svolta nei confronti delle amministrazioni aggiudicatrici socie nella percentuale minima dell'oltre 80% del fatturato (cfr. art. 12, par. 1, lett. b)



Direttiva 2014/24UE, articolo 5, comma 1, lett. b) del d.lgs.50/2016). Peraltro, le attività di un'impresa aggiudicataria da prendere in considerazione per soddisfare il requisito dell'attività prevalente sono tutte quelle che quest'ultima realizza nell'ambito di un affidamento effettuato dall'amministrazione aggiudicatrice, indipendentemente dal fatto che il destinatario sia la stessa amministrazione aggiudicatrice o l'utente delle prestazioni (Corte di Giustizia UE, 11 maggio 2006, Carbotermo e Consorzio Alisei, causa C340/04).

In conformità al dettato dell'art. 16, comma 3, del T.U.S.P gli statuti delle società *in house* devono contenere apposita clausola in forza della quale oltre l'ottanta per cento del fatturato è effettuato nello svolgimento dei compiti a esse affidati dall'ente pubblico o dagli enti pubblici soci.

Esemplificazione

La Società è tenuta a svolgere l'attività prevalente in favore degli Enti locali soci e/o gli utenti delle prestazioni, di modo che oltre l'ottanta per cento del proprio fatturato deve derivare dallo svolgimento di compiti ad essa affidati dagli Enti locali soci. La produzione ulteriore rispetto al limite di fatturato di cui al periodo precedente è consentita solo a condizione che la stessa permetta di conseguire economie di scala o altri recuperi di efficienza sul complesso dell'attività principale della società.

Ferma restando l'autonomia di ciascun singolo professionista nell'individuazione delle formule più idonee all'assolvimento del predetto obbligo, si segnala che il requisito può soddisfarsi anche mediante una formula di richiamo alla normativa di riferimento.

Tale limitazione risponde all'esigenza di assicurare la destinazione funzionale dell'attività imprenditoriale nei confronti dell'ente pubblico socio rispetto a quella ordinariamente orientata al mercato.

Pertanto le previsioni di attività con connotazione prettamente commerciale negli oggetti sociali delle società *in house*, che non si riconoscono nelle attività sopra indicate ovvero che non si possono giustificare con gli interessi pubblici perseguiti dalla pubblica amministrazione affidante, piuttosto che in termini di economie di scala o recuperi di efficienza delle predette attività, non si ritengono coerenti con il dettato normativo di cui agli articoli 5 del d.lgs 50/2016 e 4 e 16 del d.lgs.175/2016.

Peraltro, la verifica in concreto della sussistenza dello scopo pubblico postula un esame articolato e complessivo dell'oggetto sociale della partecipata in relazione alle finalità istituzionali dell'ente partecipante, rappresentando, in tal senso, il profilo più delicato dell'art. 4 del d.lgs. n. 175/2016. Al riguardo vale richiamare il Cons. Stato, Sez. V, sentenza n. 578/2019, punto 9.3, secondo cui "La decisione di costituire una società, ovvero di conservare o mantenere una partecipazione societaria, forma anzitutto oggetto di una valutazione non automatica, ma naturalmente variabile, perché di ordine eminentemente politico-strategico in rapporto al contingente indirizzo politico-amministrativo fatto responsabilmente proprio – nell'esercizio del potere rappresentativo –



dall'amministrazione pubblica riguardo, in primo luogo, ai «bisogni della collettività di riferimento».

Ai sensi dell'art. 5, comma 7, del d.lgs. n. 50/2016 per determinare la percentuale delle attività di cui al comma 1, lettera b), e al comma 6, lettera c), si prende in considerazione il fatturato totale medio o una idonea misura alternativa basata sull'attività, quale i costi sostenuti dalla persona giuridica o amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore nei settori dei servizi, delle forniture e dei lavori per i tre anni precedenti l'aggiudicazione dell'appalto o della concessione.

Come evidenziato dal Consiglio di Stato, Sezione V, sentenza del 16 novembre 2018, n. 6459, e con la Delibera ANAC del 02 aprile 2019, n. 26913, per computare il valore della produzione si considerano correlate alla natura *in house*, oltre agli affidamenti diretti dai soggetti che detengono il controllo analogo, anche le operazioni svolte in via mediata nell'interesse indiretto dei medesimi controllanti. Pertanto nell'80% del fatturato si computa il valore della produzione riferito tanto agli affidamenti diretti dai soggetti che esercitano controllo analogo quanto agli altri soggetti facenti parte del gruppo societario a prescindere che gli stessi esercitino, o meno, il controllo analogo, purché l'attività svolta rientri comunque nei compiti – intesi in senso ampio – affidati dall'amministrazione.

Quindi le eventuali interessenze che le società partecipate detengono devono essere coerenti con le predette finalità.

Paragrafo 3

La terza condizione per l'affidamento *in house*, codificata dall'art. 5, comma 1, lett. c), del d.lgs. n. 50/2016 e dall'articolo 16, comma 1, del d.lgs. n. 175/2016, è il capitale pubblico dell'organismo affidatario *in house*.

Con la normativa comunitaria (art. 12, par. 1, lett. c) della direttiva 201/24UE) questo requisito non costituisce più una pre-condizione del controllo analogo come risultante da esegesi giurisprudenziale, ma da questo è stato definitivamente affrancato, essendo considerato un requisito distinto ed ulteriore. Tanto è vero che il controllo analogo non presuppone più il capitale interamente pubblico.

Infatti, non è più preclusa in assoluto la partecipazione di capitali privati nella persona giuridica controllata, purché si tratti di partecipazioni «prescritte dalle disposizioni legislative nazionali, in conformità dei trattati e a condizione che si tratti di una partecipazione che non comporti controllo o potere di veto e che non conferisca un'influenza determinante sulle decisioni della persona giuridica controllata».

Sul punto si registra il parere n. 1389 del 7 maggio 2019 del Consiglio di Stato, laddove, superando un suo stesso precedente, ha evidenziato che i "considerando" n. 32 della direttiva appalti e n. 46 della direttiva concessioni espressamente affermano la necessità di una partecipazione del capitale privato non facoltativa, ma obbligatoria, in ragione di valutazioni effettuate dal legislatore



interno: «L'esenzione non dovrebbe estendersi alle situazioni in cui vi sia partecipazione diretta di un operatore economico privato al capitale della persona giuridica controllata poiché, in tali circostanze, l'aggiudicazione di un appalto pubblico senza una procedura competitiva offrirebbe all'operatore economico privato che detiene una partecipazione nel capitale della persona giuridica controllata un indebito vantaggio rispetto ai suoi concorrenti. Tuttavia, date le particolari caratteristiche degli organismi pubblici con partecipazione obbligatoria, quali le organizzazioni responsabili della gestione o dell'esercizio di taluni servizi pubblici, ciò non dovrebbe valere nei casi in cui la partecipazione di determinati operatori economici privati al capitale della persona giuridica controllata è resa obbligatoria da una disposizione legislativa nazionale in conformità dei trattati, a condizione che si tratti di una partecipazione che non comporta controllo o potere di veto e che non conferisca un'influenza determinante sulle decisioni della persona giuridica controllata.».

Quindi, la partecipazione privata al capitale della società *in house* è un'ipotesi eccezionale, mentre il requisito del capitale pubblico resta regola generale, valida ogniqualvolta non sia previsto diversamente da una norma nazionale. A tal riguardo vale rilevare che nonostante dalla disciplina comunitaria, funzionalmente orientata, non emerga l'obbligo di prevedere nello statuto societario la partecipazione esclusivamente pubblica, diversi arresti giurisprudenziali (cfr. Corte di Cassazione, sezioni unite, con la sentenza n. 3330/2019) ritengono necessario prevedere o dei divieti "assoluti" di cessione a soggetti privati o, più in generale, divieti di apertura del capitale ai privati.

Esemplificazione

Ai sensi delle norme di legge riguardanti le società rispondenti al modello *in house providing*, la quota del capitale pubblico, detenuto sia direttamente che indirettamente, non potrà mai essere inferiore al 100% (cento per cento) del capitale sociale per tutta la durata della Società, salvo partecipazioni del capitale privato prescritte da norme di legge.

È inefficace nei confronti della Società ogni trasferimento di azioni o di diritti di opzione idoneo a fare venire meno l'esclusività del capitale pubblico.

Il legislatore comunitario e nazionale nonché gli orientamenti della Corte di Giustizia hanno consentito di chiarire che:

a) per partecipazione pubblica si intende non soltanto quella «diretta» dell'Amministrazione aggiudicatrice, ma altresì quella «indiretta», cioè mediata dalla partecipazione di un ulteriore ente, anche privato, controllato dall'Amministrazione stessa (cfr. art. 12, par. 1, dir. 2014/24UE; art. 5, comma 2, d.lgs.50/2016);

b) non rileva l'astratta possibilità della cessione delle partecipazioni a privati in un momento successivo a quello dell'affidamento (cfr. C. Giust., 10 settembre 2009, C-573/07, Sea s.r.l.).



Paragrafo 4

Per quanto riguarda la natura del controllo analogo si richiama quanto previsto dell'articolo 5, comma 2, del c.c.p. «Un'amministrazione aggiudicatrice o un ente aggiudicatore esercita su una persona giuridica un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi ai sensi del comma 1, lettera a), qualora essa eserciti un'influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni significative della persona giuridica controllata. Tale controllo può anche essere esercitato da una persona giuridica diversa, a sua volta controllata allo stesso modo dall'amministrazione aggiudicatrice o dall'ente aggiudicatore.».

Con riferimento a quanto sopra, e a quanto espresso dalla giurisprudenza comunitaria in questi anni, il controllo analogo si esplica ogni qual volta l'Ente pubblico partecipante abbia il potere di dettare le linee strategiche e le scelte operative della società *in house*, tra cui la nomina degli organi amministrativi aziendali, i quali vengono pertanto a trovarsi in posizione di subalternità stringente, superiore all'influenza dominante che il titolare della partecipazione maggioritaria (o totalitaria) è di regola in grado di esercitare sull'assemblea della società e, di riflesso, sulla scelta degli organi sociali.

In altri termini, l'espressione «controllo analogo» allude al potere di comando direttamente esercitato sulla gestione dell'ente con modalità e con un'intensità non riconducibili ai diritti ed alle facoltà che normalmente spettano al socio (fosse pure un socio unico) in base alle regole dettate dal codice civile, e sino al punto che agli organi della società non resta affidata nessuna autonomia rilevante sugli argomenti strategici e/o importanti.

Il controllo deve essere sugli organi (gli Enti devono avere il potere di nomina e di revoca degli amministratori) e sulla gestione (gli Enti devono autorizzare o vagliare gli atti di gestione che sono strategici ed importanti per la vita sociale nonché per lo svolgimento del servizio affidato. L'Ente socio deve, quindi, condizionare e vincolare il consiglio di amministrazione, emanando disposizioni idonee a definire le strategie di mercato, gli investimenti da realizzare, le tariffe a carico della cittadinanza, la qualità del servizio offerto; esercitando anche un potere ispettivo diretto e di controllo su tutta l'attività sociale.

In materia di controllo analogo l'ANAC, ai sensi di quanto previsto dall'art. 192, comma 1, del d.lgs. n. 50/2016, ha elencato nelle Linee guida n. 7, adottate con delibera n. 951/2017, varie forme di controllo "*ex ante*", "*contestuale*" ed "*ex post*" sull'attività e gli atti della società *in house* avvertendo dell'esigenza che vi sia una disciplina precisa e puntuale dell'esercizio del controllo da parte del socio pubblico.

Il controllo analogo, nel rispetto del diritto societario e di quanto riportato nelle Linee guida ANAC può quindi essere riassunto nelle seguenti attività:



Ipotesi di controllo analogo

- controllo sugli atti e provvedimenti societari a carattere strategico e programmatici pluriennali (statuti, approvazione piano industriale, piano di sviluppo, relazione programmatica pluriennale, atti di amministrazione straordinaria);
- controllo sugli atti e provvedimenti societari di pianificazione (relazione programmatica annuale, piano degli investimenti e disinvestimenti, piano occupazionale, budget economico e finanziario, programma degli acquisti e dei lavori), di bilancio e sui regolamenti di gestione;
- controllo orientato ad indirizzare l'attività della società *in house* verso il perseguimento dell'interesse pubblico attraverso una gestione efficiente, efficace ed economica e garantendo il socio sull'economicità e qualità del servizio offerto;
- controllo sulla gestione e sui risultati intermedi orientati alla verifica dello stato di attuazione degli obiettivi, con individuazione delle azioni correttive in caso di scostamento o squilibrio finanziario;
- esercizio di poteri autorizzativi e di indirizzo attraverso l'emanazione da parte del socio di specifiche direttive generali sul funzionamento amministrativo delle società;
- esercizio di poteri ispettivi che comportano una diretta attività di vigilanza e controllo presso la sede e/o nei confronti dell'organo amministrativo della società *in house*.

Il controllo analogo esclude pertanto in capo alla società qualsiasi volontà di natura imprenditoriale autonoma. Da qui il corollario del requisito dell'attività prevalente recepito al comma 1, lett. b), dell'articolo 5 del c.c.p., per cui vi deve essere un'identità tra gli interessi perseguiti dai soci (congiuntamente nel caso vi sia la pluripartecipazione) e il *core business* del soggetto *in house*.

Il requisito del controllo analogo caratterizza, pertanto, la società *in house* come una *longa manus* degli Enti soci, ed in quanto tale non viola il principio della concorrenza poiché non si versa in una esternalizzazione del servizio (cd. *Outsourcing*). Da quanto sopra analizzato emerge che il controllo analogo si conferma come un controllo da esercitare sia a livello strutturale che a livello dell'attività svolta.

Controllo analogo congiunto

Nell'esperienza comune, peraltro, si registrano molteplici casi di società *in house* caratterizzate da un'aggregazione societaria formata da più Enti. Spesso gli Enti pubblici si sono associati proprio per gestire un determinato servizio pubblico in un ambito territoriale di pertinenza. Questa realtà frammentata si deve necessariamente coniugare con la necessità di garantire ai soci, Enti Pubblici, un controllo sugli obiettivi e sui programmi tale da limitare l'autonomia della società stessa. In tal senso il controllo analogo è esercitabile congiuntamente dai soci assumendo le determinazioni a maggioranza e deve essere verificato secondo un criterio sintetico e non atomistico.



Nei fatti è evidente che le dinamiche che regolano l'esercizio del controllo analogo da parte di molteplici soggetti sono più complesse e articolate rispetto i modelli che regolano il controllo da parte di un solo Ente. Di fatto, sia la Corte di Giustizia prima, che il legislatore dopo, non hanno delineato quale modello debbano adottare gli Enti proprietari (e al contempo concedenti un servizio pubblico) per esercitare non solo un'influenza dominante (*recte*: determinante) ma un vero e proprio indirizzo non solo sugli obiettivi strategici ma anche sugli atti gestionali.

Tuttavia nel nostro ordinamento l'articolo 16 del d.lgs.19 agosto 2016, n. 175, recante il «Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica», ha tracciato la linea laddove, per superare il predetto modello di *governance* della società di capitali, prevede deroghe al diritto societario strettamente necessarie alla realizzazione dell'assetto di controllo analogo, quali:

- per le società per azioni è possibile inserire negli statuti clausole in deroga alle disposizioni in materia di amministrazione della società nel sistema di *governance* tradizionale (dell'articolo 2380-bis) e di amministrazione della società nel sistema di *governance* dualistico (dell'articolo 2409-novies);
- per le società a responsabilità limitata può essere prevista negli statuti, l'attribuzione all'ente o agli enti pubblici soci di particolari diritti, ai sensi dell'articolo 2468, terzo comma, del codice civile;
- 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 al codice civile.

Da ciò ne discende che si può consentire di introdurre già nello statuto competenze aggiuntive per i soci e pertanto adattare il modello societario, civilisticamente inteso, alla forma delle società *in house*.

Oltre al citato articolo 16 del TUSP, nel nostro ordinamento il controllo analogo congiunto, come sopra accennato, è disciplinato essenzialmente dall'art. 5, 5° comma, del d.lgs.50/2016 prevedendo, in ossequio al dettato comunitario, che: «Le amministrazioni aggiudicatrici o gli enti aggiudicatori esercitano su una persona giuridica un controllo congiunto quando sono soddisfatte tutte le seguenti condizioni:

- a) gli organi decisionali della persona giuridica controllata sono composti da rappresentanti di tutte le amministrazioni aggiudicatrici o enti aggiudicatori partecipanti. Singoli rappresentanti possono rappresentare varie o tutte le amministrazioni aggiudicatrici o enti aggiudicatori partecipanti;
- b) tali amministrazioni aggiudicatrici o enti aggiudicatori sono in grado di esercitare congiuntamente un'influenza determinante sugli obiettivi strategici e sulle decisioni significative di detta persona giuridica;
- c) la persona giuridica controllata non persegue interessi contrari a quelli delle amministrazioni aggiudicatrici o degli enti aggiudicatori controllanti.



- Con riferimento all'elemento a), la scelta del sistema di *governance*, tradizionale, monistica o dualistica nonché la scelta tra la figura dell'Amministratore unico o del Consiglio di amministrazione è affidata all'Assemblea che la esprime sulla base della composizione sociale nonché della più o meno ampia strutturazione della società e/o in relazione ai compiti ad essa affidati dallo statuto.

Pertanto, si rende necessario prevedere statutariamente dei meccanismi di voto assembleare per attribuire alla/e minoranza/e la possibilità di eleggere direttamente un proprio rappresentante in seno all'organo gestorio.

Si ritiene superabile la previsione dell'articolo 11, comma 2 del TUSP in favore di un organo collegiale gestorio ogni qual volta si versa in società *in house providing* pluripartecipata al fine di assicurare il requisito di cui alla lettera a) comma 5 di cui sopra

Esemplificazione

I componenti del consiglio di amministrazione sono eletti dall'assemblea sulla base di liste di candidati, la quota minima di partecipazione richiesta per la presentazione di esse, in misura non superiore a un (..... % da definire nel caso specifico) del capitale sociale. Le liste sono composte da un minimo di (...da definire nel caso specifico) sino ad un massimo di (... da definire nel caso specifico) candidati. Ogni azionista può presentare o concorrere alla presentazione di una sola lista ed ogni candidato può presentarsi in una sola lista, a pena di ineleggibilità. Dalla lista che ha ottenuto il maggior numero di voti validamente espressi vengono tratti, nell'ordine progressivo con il quale sono indicati nella lista stessa un numero di amministratori pari a quelli da eleggere, diminuito di tre/due/uno, ovvero il minor numero di amministratori che esaurisca il numero di candidati indicati in tale lista. I restanti amministratori vengono tratti dalle altre liste, al fine di garantire rappresentatività anche alle liste di minoranza.

- In merito al requisito di cui alla lettera b), ossia l'esercizio congiunto di un'influenza determinante sugli obiettivi strategici e sulle decisioni significative di detta persona giuridica, che è elemento essenziale del riconoscimento della natura di "*in house*" della società, può essere realizzato – oltre che con la situazione "ordinaria", ossia tramite previsioni statutarie che attribuiscono alla collegialità dei soci prerogative gestorie, prevedendo dei quorum rafforzati che possono prescindere dalla partecipazione al capitale – anche mediante la conclusione di appositi patti parasociali, di durata anche superiore a cinque anni, "in deroga all'articolo 2341-bis, primo comma, del codice civile" (art. 16, comma 2, lett. c)). In realtà l'art. 2341-bis, comma 1, si riferisce ai contenuti del patto e non alla durata che, peraltro, è esplicitamente derogata dall'art. 16. Infatti, se cessa la possibilità di conferire affidamenti diretti alla società *in house* "perdono efficacia le clausole statutarie e i patti parasociali finalizzati a realizzare i requisiti del controllo analogo" (art. 16, comma 6, secondo periodo).



Tra le due formule di esercizio del controllo analogo congiunto, quella della soluzione statutaria ha maggiore efficacia vincolante, in quanto i patti parasociali hanno un'efficacia puramente obbligatoria e non reale. Questo significa che il patto produce effetti solo tra i sottoscrittori e non verso i terzi, donde un eventuale comportamento assunto in violazione del patto può valere solo come responsabilità contrattuale tra i soggetti sottoscrittori (e, quindi, in termini di risarcimento del danno), ma non è opponibile ai terzi. Inoltre, il controllo analogo inserito nell'ambito delle previsioni statutarie presenta il vantaggio di esplicitare e rendere conoscibile a tutti le regole di controllo esercitato dalle amministrazioni che sono titolari del controllo analogo. I patti parasociali sono invece conoscibili solo se depositati presso la Camera di commercio. Resta in ogni caso ferma la necessità di valutare caso per caso la soluzione più idonea a soddisfare l'interesse delle parti nei singoli casi concreti.

Un elemento proprio della disciplina delle s.r.l., potenzialmente molto utile a configurare il controllo analogo del socio pubblico, è la possibilità, prevista dell'art. 2468, comma 3, c.c., di riconoscere «particolari diritti riguardanti l'amministrazione della società» al singolo socio, personalizzandone la partecipazione e differenziandone la posizione rispetto agli altri, indipendentemente dalla frazione di capitale sottoscritta e dalla quota di partecipazione detenuta. In tal modo, infatti, si individuerrebbero *ex ante* i poteri del socio pubblico in quanto tale, senza dover argomentare (anche) in ordine alla sua partecipazione maggioritaria (cfr. art. 16, comma 2, lettera b), TUSP); quest'ultima, comunque, è condizione non sufficiente e necessariamente concorrente con l'attribuzione di maggiori poteri gestionali in favore della collettività dei soci affinché si ravvisi il controllo analogo congiunto.

Esemplificazione

Il diritto particolare del socio pubblico potrebbe avere ad oggetto il potere di autorizzare gli amministratori al compimento di taluni atti oppure di deciderne il compimento o di vietarlo o di emanare direttive vincolanti in materia di gestione del servizio che lo riguarda.

Infatti, in base ad un consolidato filone giurisprudenziale la sussistenza del controllo analogo nel caso degli organismi pluripartecipati deve essere vagliata non in relazione alla posizione del singolo ente, bensì in modo 'globale e sintetico' (i.e.: in relazione all'influenza determinante collettivamente esercitata). In base a tale ottica "il controllo deve intendersi assicurato anche se svolto non individualmente ma congiuntamente dagli enti associati, deliberando anche a maggioranza ma a condizione che sia effettivo; dovendo tale requisito essere verificato secondo un criterio sintetico e non atomistico, sicché è sufficiente che il controllo della mano pubblica sull'ente affidatario, purché effettivo e reale, sia esercitato dagli enti partecipanti nella loro totalità, senza che necessiti una verifica della posizione di ogni singolo ente" (in tal senso: Cons. Stato, V, sent. 182 del 2018; Cons. Stato, 30 aprile 2018, n. 2599).

Tuttavia, il principio "maggioritario" che presenta nella prassi una moltitudine di declinazioni, sicuramente si può ritenere applicabile *sic e simpliciter* nel caso di partecipazioni omogenee al capitale sociale, viceversa non si ritiene plausibile ogni qualvolta vi siano dei soci che detengono



una maggioranza, assoluta o relativa che sia, tale che, in combinato alle previsioni statutarie, riserva ad uno o ad una ristretta cerchia di soci l'assunzione di decisioni strategiche o importanti, a partire dalla nomina degli organi gestionali.

Pertanto, si rende necessario individuare delle formule di controllo analogo nelle società pluripartecipate che, in ossequio ai principi suesposti, preveda dei *quorum* assembleari rafforzati, così come spesso lo stesso legislatore attua in varie decisioni societarie che reputa determinanti per la vita sociale e per i diritti dei soci (vedasi artt. 2368 e 2369 codice civile), con la variante del computo capitario piuttosto che capitale, sia per i *quorum* costitutivi che deliberativi, per l'adozione delle decisioni importanti e/o strategiche per la società e l'esplicazione del servizio affidato in via diretta dai soci.

Esemplificazione

L'Assemblea dei soci delibera con il voto favorevole di tanti soci che rappresentino una maggioranza pari al (... % da definire nel caso specifico) dei partecipanti al capitale e che rappresentino almeno il (.....% da definire nel caso specifico) di quote del capitale.

In relazione a quelle deliberazioni che abbiano ad oggetto problematiche inerenti la gestione dei servizi pubblici affidati hanno diritto di veto gli Enti soci affidanti.

Oppure, per garantire il controllo analogo congiunto e l'assenza di situazioni di conflitto in mancanza di patti parasociali, sia in giurisprudenza (cfr. Consiglio di Stato, Sezione V, sentenza n. 8028 del 15 dicembre 2020), che nella prassi, si preferisce adottare la formula di un organo "extrasocietario" di controllo, costituito dai legali rappresentanti di ciascun ente locale, o loro delegati, con il compito di realizzare il coordinamento e la consultazione tra gli enti locali (comitato di controllo e di coordinamento o assemblea dei Sindaci). Questo organo di controllo munito di penetranti poteri di verifica preventiva e ablatori sulla gestione dell'attività ordinaria e straordinaria del soggetto *in house*, permette di superare la previsione dei patti parasociali purché ogni socio abbia un proprio rappresentante e le decisioni siano ponderate su un principio maggioritario capitario oppure con *quorum* costitutivi e deliberativi come nell'esempio che precede, che garantiscano il maggior consenso possibile in relazione alla fattispecie del caso.

Al citato comitato di controllo competerebbe pertanto il potere di approvare in via preventiva tutti gli atti più rilevanti della società, come i principali atti di programmazione, quelli di straordinaria amministrazione e il bilancio preventivo. Il comitato garantirebbe, inoltre, l'esercizio del controllo analogo laddove: consultato relativamente all'andamento generale; verifica il bilancio di esercizio e il piano industriale; approva gli schemi-tipo dei contratti di servizio; analizza eventuali ulteriori servizi da realizzare in conformità al contratto di servizio; verifica il raggiungimento degli obiettivi.

Da un punto di vista civilistico i poteri dell'organo di controllo e le competenze degli altri organi possono essere raccordati inserendo come norma statutaria che il mancato rispetto da parte degli amministratori alle indicazioni del comitato di controllo costituisce una giusta causa per la revoca



ex art. 2383, comma 3. Considerando, da un punto di vista civilistico, l'autonomia gestionale del consiglio di amministrazione di una società per azioni, appare evidente che la presenza di un comitato di controllo analogo, limitando l'autonomia gestionale dell'organo amministrativo, può permettere a una società per azioni di qualificarsi agevolmente come società *in house*.

Il Consiglio di Stato, Sezione V, con sentenza n. 26 ottobre 2020 n. 6460, ha precisato che gli speciali organi di controllo di questo tipo sono pur sempre organi della società previsti dai relativi statuti e, eventualmente, regolamentati da atti negoziali deliberati dalla società stessa, non ponendosi, per le società *in house*, il divieto, sancito dall'art. 11, comma 9, lett. d) d.lgs. n. 175 del 2016, per gli statuti delle società a controllo pubblico di "istituire organi diversi da quelli previsti dalle norme generali in tema di società", poiché tale divieto non è ripetuto nell'art. 16 dedicato proprio alle società *in house*, la cui disciplina appare, pertanto, speciale e derogatoria.

L'esercizio del controllo analogo congiunto resta esercitabile, come sopra accennato, anche mediante gli strumenti di carattere parasociale, ancorché con i limiti sopra evidenziati, che permettono di definire dei vincoli assembleari nell'adozione di scelte strategiche ed importanti piuttosto che la predisposizione di organismi di controllo extrasocietari, tali da rendere il consiglio di amministrazione privo di apprezzabile autonomia rispetto alle direttive delle amministrazioni partecipanti.

Ipotesi di patto parasociale

sindacati di voto, di blocco e di concertazione.

- Accordi tra soci volti a regolare l'esercizio di voto nell'assemblea, con essi, dunque, i soci si impegnano a votare ciò che è stato pattuito dalla maggioranza o dalla totalità di coloro che vi hanno aderito.
- Tramite i sindacati di blocco, invece, le parti si obbligano a non cedere le proprie azioni o a farlo in presenza di determinate condizioni.
- I patti di concertazione, infine, vincolano i soci a consultarsi tra di loro prima del voto in assemblea.

Del medesimo avviso è la V sezione del Consiglio di Stato che, con la sentenza 22 ottobre 2021 n. 7093, ha sottolineato come una partecipazione "pulviscolare" sia in principio inidonea a consentire ai singoli soggetti pubblici partecipanti di incidere effettivamente sulle decisioni strategiche della società, cioè di realizzare una reale interferenza sul conseguimento del c.d. fine pubblico di impresa in presenza di interessi potenzialmente contrastanti.

Tuttavia, lo stesso Consiglio ha, al contempo, chiarito che i soci pubblici ben possono sopperire a detta debolezza stipulando patti parasociali al fine di realizzare un coordinamento tra loro, in modo da assicurare il "loro controllo sulle decisioni più rilevanti riguardanti la vita e l'attività della società partecipata" (cfr. Cons. St., sez. V, 23 gennaio 2019, n. 578).



Per cui, in difetto di una prova contraria, la mera prospettazione del carattere "pulviscolare" della partecipazione non è in grado di incidere sulla tenuta e validità del modello *in house* concretamente impiegato.

In relazione al requisito di cui alla lettera c), per cui la persona giuridica controllata non persegue interessi contrari a quelli delle amministrazioni aggiudicatrici o degli enti aggiudicatori controllanti, si evoca il concetto riconducibile all'ipotesi in cui il rappresentante sia portatore di un interesse contrastante e incompatibile con l'interesse del rappresentato, fa diretto rinvio alla disciplina dell'istituto della rappresentanza, contenuta nel Codice civile, laddove se il rappresentante è portatore di interessi propri o di terzi in conflitto con quelli del rappresentato si ha conflitto di interessi tra rappresentato e rappresentante artt. 1394, 2373 e 2391 cc. Quindi, in linea di principio, se ne deduce che le scelte societarie, laddove assunte a maggioranza, non dovrebbero comunque essere confliggenti e penalizzanti degli interessi dell'amministrazione sociale di minoranza.

27 maggio 2022