



## IL CONTROLLO ANALOGO NELLE SOCIETÀ IN HOUSE

### LINEE GUIDA

DICEMBRE 2020

*Il Progetto ReOPEN SPL, in continuità con l'esperienza svolta su impulso della Presidenza del Consiglio dei Ministri – Dipartimento per gli Affari Regionali e le Autonomie nel periodo 2011-2016, si pone la generale finalità di migliorare le capacità amministrative degli enti territoriali impegnati nei processi di organizzazione ed efficientamento dei servizi pubblici locali di interesse economico generale a rete, caratterizzati da complessità sia di tipo organizzativo-istituzionale, sia connesse all'efficienza gestionale e alla razionalizzazione della spesa pubblica. In tale contesto, INVITALIA, soggetto attuatore dell'iniziativa, oltre ad implementare interventi mirati di capacity building a supporto delle amministrazioni territoriali, raccoglie, mette a sistema, elabora e analizza dati e informazioni riguardanti gli aspetti giuridici e organizzativo territoriali dei servizi (acqua, rifiuti e trasporti).*

*Il 10 dicembre 2020 ha avuto luogo un webinar dal titolo "L'affidamento in house di servizi pubblici locali: requisiti e motivazione della scelta. Focus sul servizio rifiuti". L'evento, svolto interamente on line, si inquadra nel contesto del calendario di incontri collegato alla XXXVII Assemblea Nazionale ANCI. Nel corso del webinar sono stati approfonditi anche gli aspetti legati a strumenti e modelli per la sussistenza del controllo analogo, interventi curati dall'Avv. Daniela Anselmi, componente del Comitato scientifico di ReOPEN SPL e vicepresidente dell'Unione Nazionale Avvocati Amministrativisti.*

*In riferimento al caso di studio presentato in coda al webinar, le presenti linee guida sono finalizzate a fornire un inquadramento generale sulle caratteristiche essenziali del "controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi", requisito che si prefigge quale condizione legittimante l'affidamento in house di contratti pubblici.*

*Dopo alcune premesse di carattere generale in merito all'istituto dell'in house providing, l'elaborato si concentra sulle diverse sfaccettature del requisito del controllo analogo in relazione alle varie tipologie di modelli organizzativi attraverso cui strutturare gli organismi in house.*

Maggiori informazioni possono essere reperite sul sito web del Progetto ReOPEN SPL  
<https://reopenspl.invitalia.it>

<b>1. INQUADRAMENTO NORMATIVO</b> .....	<b>4</b>
1.1. DEFINIZIONE DI SOCIETÀ IN HOUSE .....	4
1.2. TIPOLOGIE DI SOCIETÀ IN HOUSE.....	5
<b>2. NOZIONE DI CONTROLLO ANALOGO</b> .....	<b>7</b>
2.1 DEFINIZIONE DEL CONTROLLO ANALOGO NEL CODICE DEGLI APPALTI .....	7
2.2 IL CONTROLLO ANALOGO NEL TESTO UNICO IN MATERIA DI SOCIETÀ A PARTECIPAZIONE PUBBLICA.....	7
2.3 IL CONTROLLO ANALOGO NELLE LINEE GUIDA ANAC .....	7
2.4 L'ORIENTAMENTO DELLA GIURISPRUDENZA AMMINISTRATIVA.....	8
2.5 L'ORIENTAMENTO DELLA GIURISPRUDENZA CONTABILE.....	9
<b>3. CONTROLLO ANALOGO CONGIUNTO</b> .....	<b>10</b>
3.1 NORMATIVA DI RIFERIMENTO .....	10
3.2 IL CONTROLLO ANALOGO CONGIUNTO NELLA GIURISPRUDENZA .....	10
3.3 IL CONTROLLO ANALOGO CONGIUNTO NELLA PRASSI SOCIETARIA .....	11
3.4 LA SPECIALITÀ DEL CONTROLLO ANALOGO RISPETTO AL CONTROLLO SOCIETARIO .....	12
<b>4. CONTROLLO ANALOGO INDIRETTO</b> .....	<b>14</b>
4.1 NORMATIVA DI RIFERIMENTO .....	14
4.2 CLASSIFICAZIONI DEL CONTROLLO ANALOGO INDIRETTO.....	14
4.3 PRASSI.....	15
<b>5. CONTROLLO ANALOGO ORIZZONTALE</b> .....	<b>17</b>

## 1. INQUADRAMENTO NORMATIVO

La società *in house* nasce nel diritto europeo con le Direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE con il preciso scopo di limitare le ipotesi che consentono di derogare alle regole della “concorrenza per il mercato” mediante il ricorso a forme di affidamenti diretti di compiti relativi alla realizzazione di opere pubbliche o alla gestione di servizi pubblici.

A livello nazionale, l’istituto dell’*in house* è stato codificato con il D.lgs. n. 50/2016, così come modificato dal d.lgs. n. 56/2017 (Nuovo Codice degli Appalti) – che ha recepito nel nostro ordinamento le menzionate direttive europee – e successivamente dal D.lgs. 175/2016, così come modificato dal D.lgs. n. 100/2017 (Testo Unico in materia di società a partecipazione pubblica).

Pertanto, la disciplina dettata dall’art. 5 del D.lgs. 50/2016 deve essere necessariamente coordinata con quella, avente il medesimo oggetto, posta dall’art. 16 del D.lgs. 175/2016 il quale, in particolare, si focalizza sulle modalità di realizzazione dell’assetto organizzativo del controllo analogo, presupposto fondamentale dell’affidamento *in house*.

### 1.1. DEFINIZIONE DI SOCIETÀ IN HOUSE

Con specifico riferimento all’espressione *in house providing*, la giurisprudenza amministrativa ha affermato che, in virtù della peculiare relazione intercorrente tra l’ente pubblico affidante e la società affidataria, “*la società in house è una società dotata di autonoma personalità giuridica che presenta connotazioni tali da giustificare la sua equiparazione ad un "ufficio interno" dell'ente pubblico che l'ha costituita, una sorta di longa manus; non sussiste tra l'ente e la società un rapporto di alterità sostanziale, ma solo formale. Queste caratteristiche della società in house giustificano e legittimano l'affidamento diretto, senza previa gara, per cui un'amministrazione aggiudicatrice è dispensata dall'avviare una procedura di evidenza pubblica per affidare un appalto o una concessione. Ciò in quanto, nella sostanza, non si tratta di un effettivo ricorso al mercato (outsourcing), ma di una forma di autoproduzione o, comunque, di erogazione di servizi pubblici direttamente ad opera dell'amministrazione, attraverso strumenti propri (in house providing)*”.

Si è perciò precisato che la società *in house* “*avrebbe della società solo la forma esteriore, costituendo, in realtà un'articolazione in senso sostanziale della Pubblica Amministrazione da cui promana e non un soggetto giuridico ad essa esterno e da essa autonomo*” (così, tra le più recenti, la sentenza T.A.R. Veneto Venezia Sez. I, 04/11/2019, n. 1186).

Sostanzialmente, sulla base del recepimento della normativa eurounitaria in materia di appalti pubblici, l’affidamento diretto non comporta alcuna lesione del principio di concorrenza, in quanto, in ossequio al principio di libera amministrazione delle pubbliche autorità (di cui all’art. 2 della Direttiva 2014/23/UE), esso rappresenta non una esternalizzazione, ma un’autoproduzione di servizi tramite un soggetto che sostanzialmente non è diverso dall’ente pubblico affidante.

Quindi, la società *in house* si configura come persona giuridica di diritto pubblico o di diritto privato partecipata in modo determinante dall’ente pubblico, il quale la controlla in termini analoghi al controllo gerarchico effettuato sui propri uffici.

Sinteticamente, la società *in house* viene a configurarsi quando:

- L’amministrazione aggiudicatrice esercita sul soggetto affidatario un controllo analogo a quello operato sui propri servizi (requisito strutturale);
- Il soggetto affidatario realizza la parte più importante della propria attività a favore dell’amministrazione che la controlla (requisito funzionale);

- Il capitale sociale è caratterizzato dalla partecipazione pubblica totalitaria, ovvero dall'assenza di partecipazione di capitali privati *"ad eccezione di quella prescritta da norme di legge e che avvenga in forme che non comportino controllo o potere di veto, né l'esercizio di un'influenza determinante sulla società controllata"* (cfr. 1 comma art. 16 del d.lgs. 175/2016): requisito quest'ultimo rispetto al quale la giurisprudenza amministrativa ha chiarito che la partecipazione privata deve essere prescritta - e non meramente consentita come diversamente lascia intendere letteralmente il testo dell'art. 5 del D.lgs. 50/2016 (il quale fa riferimento a forme di partecipazione di capitali privati previste dalla legislazione nazionale) - in quanto suscettibile di inficiare il requisito del controllo analogo (cfr. Consiglio di Stato, Sez. I, 7.05.2019, n. 1389).

## 1.2. TIPOLOGIE DI SOCIETÀ IN HOUSE

Oltre al cd. *in house* di tipo tradizionale, dall'art. 5 del Codice dei Contratti e dalle Linee Guida ANAC n. 7/2017 (aggiornate al D.lgs. 19 aprile 2017, n. 56 con deliberazione del Consiglio n. 951 del 20.09.2017), in conformità all'art. 12 Dir. 2014/24/UE, sono desumibili altre forme di *in house* che, è bene premettere, si contraddistinguono per la diversa accezione attribuita al requisito del controllo analogo.

Accanto al modello di *in house* cd. classico, che si caratterizza per il controllo analogo esercitato direttamente dall'ente pubblico affidante sulla società controllata, si individuano, anche mediante l'ausilio della giurisprudenza amministrativa, le seguenti tipologie di *in house*:

- *in house a cascata* (di cui all'art. 5 c. 2 del d.lgs. 50/2016) che si concretizza per la presenza di un controllo analogo indiretto esercitato dall'amministrazione affidante non direttamente sull'organismo *in house*, ma su un ente che, a propria volta, esercita il controllo analogo sull'organismo affidatario.

Tale modello, che ben si adatta al modello societario in holding, permette l'affidamento diretto di contratti pubblici anche in assenza di una relazione diretta tra l'amministrazione aggiudicatrice e l'organismo *in house*.

- *in house frazionato/pluripartecipato* (di cui all'art. 5 c. 4 D.lgs. 50/2016) che si distingue per l'esercizio del controllo analogo congiunto da parte di più amministrazioni nei confronti della medesima persona giuridica controllata in caso di soddisfacimento congiunto delle condizioni di cui al comma 5 dell'art. 5 del Codice degli Appalti, ovvero quando:
  - 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.*
- *in house verticale "invertito" o "capovolto"* (di cui al comma 3 dell'art. 5) che si verifica quando il soggetto controllato, a sua volta Amministrazione aggiudicatrice, affida un contratto al soggetto controllante senza procedura di evidenza pubblica in ragione della bi-direzionalità dell'*in house*.
- *in house "orizzontale"*, di cui all'art. 12 par. 2 della Direttiva UE 2014/24 (nonché all'art. 28 par. 2 della Direttiva 2014/25/UE e all'art. 17 par. 2 della Direttiva 2014/23/UE), il quale implica l'esercizio del

controllo analogo da parte di un'unica amministrazione aggiudicatrice su due operatori economici di cui uno affida un appalto all'altro.

La peculiarità dell'*in house* orizzontale consiste nel fatto che tra l'affidante e l'affidatario del contratto pubblico non sussiste alcun rapporto di controllo analogo, in quanto tanto la parte affidante quanto la parte affidataria sono soggette al controllo analogo di un'unica Pubblica Amministrazione.

A ben vedere, l'*in house* orizzontale rappresenta una forma di affidamento *in house* speculare all'*in house* verticale a controllo analogo congiunto ove la pluralità attiene agli operatori economici su cui un'unica amministrazione esercita il controllo analogo (e non, viceversa, agli enti pubblici controllanti).

Nell'*in house* orizzontale l'esercizio del controllo analogo non coincide con l'affidamento in sé in quanto è uno degli operatori economici ad affidare il contratto all'altro e non la Pubblica Amministrazione controllante.

## 2. NOZIONE DI CONTROLLO ANALOGO

### 2.1 DEFINIZIONE DEL CONTROLLO ANALOGO NEL CODICE DEGLI APPALTI

Il 2° comma dell'art. 5 del D.lgs. 50/2016 dispone che *“un'amministrazione aggiudicatrice o un ente aggiudicatore esercita su una persona giuridica un **controllo analogo** a quello esercitato sui propri servizi (...) qualora essa eserciti un'**influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni significative della persona giuridica controllata**”*.

### 2.2 IL CONTROLLO ANALOGO NEL TESTO UNICO IN MATERIA DI SOCIETÀ A PARTECIPAZIONE PUBBLICA

L'art. 16 del D.lgs. n. 175/2016 precisa che l'amministrazione affidante può soddisfare i requisiti del controllo analogo anche mediante la conclusione di appositi patti parasociali con durata superiore ai 5 anni, in deroga all'art. 2341-bis c.c. (2° comma lett. c); inoltre, *“gli statuti delle società per azioni possono contenere clausole in deroga delle disposizioni dell'articolo 2380-bis e dell'articolo 2409-novies del codice civile”* e, per quanto concerne le società a responsabilità limitata, gli statuti possono prevedere l'attribuzione all'ente o agli enti pubblici soci di particolari diritti ex art. 2468, 3° comma, c.c. (2° comma lett. b).

In particolare, la possibilità che lo statuto delle società *in house* deroghi al disposto dell'art. 2380-bis c.c. - in base al quale la gestione dell'impresa spetta esclusivamente agli amministratori della s.p.a. - consente la compressione dei poteri tradizionalmente conferiti all'organo gestionale con la conseguente estensione di quelli conferiti ai singoli soci in assemblea.

La previsione normativa, quindi, apre al possibile inserimento di clausole statutarie che impongano agli amministratori di attenersi agli indirizzi gestionali forniti dall'ente affidante, impartiti anche mediante l'autorizzazione preventiva all'assunzione di determinazioni particolarmente rilevanti della società *in house*.

Il riferimento ai patti parasociali, poi, indica il potere dell'ente pubblico di nominare propri rappresentanti in seno agli organi di gestione e di controllo della società *in house* per l'esercizio diretto dell'influenza in seno all'assemblea.

In buona sostanza, il Legislatore ha voluto sottolineare che, affinché si realizzi un controllo analogo, all'ente affidante siano devoluti poteri sociali particolarmente penetranti, che gli consentano di indirizzare l'attività e di assumere le decisioni strategiche più importanti per la vita dell'organismo *in house*.

Anche l'art. 2 del D.lgs. 175/2016, alla lett. c del 1° comma, richiama il “controllo analogo” definendolo - analogamente al Codice degli Appalti - come *“la situazione in cui l'amministrazione esercita su una società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi, esercitando un'influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni significative della società controllata”*.

### 2.3 IL CONTROLLO ANALOGO NELLE LINEE GUIDA ANAC

Nelle linee guida n. 7/2017 ANAC ha individuato al punto 6.3.2 elementi idonei, a titolo esemplificativo, a configurare il controllo analogo.

Tali elementi consistono nelle seguenti ipotesi:

- a. divieto di cessione delle quote a privati, ad eccezione di forme di partecipazione di capitali privati prescritte dalla legislazione nazionale, in conformità dei trattati, che non esercitano un'influenza determinante sulla persona giuridica controllata;
- b. attribuzione all'amministrazione aggiudicatrice o all'ente aggiudicatore del potere di nomina e revoca quanto meno della maggioranza dei componenti degli organi di gestione, di amministrazione e di controllo;
- c. attribuzione all'amministrazione aggiudicatrice o all'ente aggiudicatore dei poteri di direttiva e di indirizzo e del potere di veto sulla definizione dell'organigramma dell'organismo partecipato e sulle sue modifiche o di un parere vincolante in merito all'adeguatezza dell'assetto organizzativo adottato dalla società in funzione del perseguimento dell'oggetto sociale;
- d. vincolo per gli amministratori, nella gestione ordinaria e straordinaria, al rispetto delle prescrizioni impartite in sede di controllo analogo e trasfuse in appositi atti formali e vincolanti;
- e. disciplina precisa e puntuale dell'esercizio del controllo da parte del socio pubblico.

È bene tuttavia precisare, per dovere di completezza, che quanto ai requisiti sostanziali necessari per procedere all'affidamento *in house*, individuati nelle Linee Guida, il Consiglio di Stato, con il parere n. 282/2017 (cfr. Cons. St., comm. spec. 1.02.2017), ha sottolineato che i parametri ANAC "sono esemplificativi e non fissano un griglia esaustiva" poiché altrimenti si configurerebbe una modifica o una integrazione delle "regole elastiche fissate dalla legge".

## 2.4 L'ORIENTAMENTO DELLA GIURISPRUDENZA AMMINISTRATIVA

Con particolare riferimento al controllo analogo può essere invocata la sentenza del Consiglio di Stato, Sez. I, 7.05.2019, n. 883, la quale ha precisato che l'esercizio del controllo analogo sulla società *in house* "deve essere effettivo, strutturale e funzionale": ciò significa che, al di là della partecipazione pubblica totalitaria e dell'influenza determinante, l'amministrazione affidante deve esercitare poteri di controllo, di ingerenza e di condizionamento superiori a quelli tipici del diritto societario.

Secondo poi il consolidato orientamento giurisprudenziale, la sussistenza dei requisiti del controllo analogo deve essere verificata in concreto, ovvero analizzando se, sulla base dei diritti amministrativi inerenti allo strumento partecipativo, sussiste effettivamente un potere di controllo (in tal senso, Consiglio di Stato, Sez. V, 16.11.2018, n. 6456).

Da ultimo, la giurisprudenza amministrativa (cfr. T.A.R. Lombardia, Milano 6.07.2019, n. 1558 -non appellata) ha ribadito che un assetto societario che si limiti a riflettere quello di diritto comune proprio delle società di capitali e che, in particolare, ammetta l'ingresso nel capitale sociale di soci privati sino alla detenzione di metà del capitale sociale e non preveda forme di rappresentanza degli enti pubblici "impedisce di realizzare il necessario controllo analogo tra ente pubblico affidante e società affidataria, controllo che implica l'attribuzione ai singoli enti pubblici soci, al di là del numero di azioni possedute, di poteri penetranti di controllo sull'andamento della società e sull'approvazione degli atti fondamentali della medesima".



## 2.5 L'ORIENTAMENTO DELLA GIURISPRUDENZA CONTABILE

La Corte dei Conti, con orientamento ancor oggi attuale (Sez. Controllo Lazio, 20 gennaio 2015, n. 2), ha ribadito che il controllo analogo esercitato dall'ente controllante deve avere carattere "strutturale", ovvero, riguardare gli aspetti relativi alla direzione strategica e gestionale della società e non semplicemente la nomina degli organi societari ed il possesso della totalità del capitale azionario.

Secondo la consolidata giurisprudenza contabile (ex multis, Corte dei Conti, Sez. giur. Reg. Lazio, n. 378/2015) *"con il "controllo analogo" si è in presenza di una situazione, di fatto e di diritto, nella quale l'ente è in grado di esercitare sulla società un controllo, appunto detto analogo a quello che lo stesso ente esercita sui propri "servizi interni" sicchè per aversi controllo analogo "deve sussistere un rapporto che lega in modo pregnante gli organi societari della società affidataria con l'ente pubblico affidante, cosicché quest'ultimo sia in grado, con strumenti pubblicistici o con mezzi societari di derivazione privatistica, di indirizzare "tutta" l'attività sociale"*.

In definitiva si può affermare che, in linea con la giurisprudenza amministrativa, la Corte dei Conti si è espressa nel senso di affermare che il requisito del controllo analogo non sottende ad una logica "dominicale", rivelandosi piuttosto una dimensione "funzionale" della società *in house*.

## 3. CONTROLLO ANALOGO CONGIUNTO

### 3.1 NORMATIVA DI RIFERIMENTO

Il controllo analogo congiunto trova definizione all'art. 5, 5° comma, D.lgs. 50/2016 a norma del quale *“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.”*

Il Codice degli Appalti quindi non solo positivizza l'esercizio congiunto del controllo analogo da parte di più amministrazioni, ma ne definisce anche i requisiti al fine di verificarne la sussistenza.

Tale forma di controllo analogo viene in considerazione nell'ipotesi in cui la società affidataria sia partecipata da più amministrazioni e queste esercitino congiuntamente tra loro un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi (in tal senso si esprime la definizione di “controllo analogo congiunto” di cui all'art. 2, 1° comma, lett. d del D.lgs.175/2016).

Anche nel caso del controllo analogo congiunto il controllo esercitato dalla pluralità degli enti pubblici deve essere più pregnante di quello normalmente concesso dalla disciplina societaria.

È poi specialmente con riferimento all'*in house* pluripartecipata che vengono in rilievo i patti parasociali quale strumento idoneo a regolare l'esercizio del controllo analogo congiunto tra gli enti affidanti.

Trattasi sostanzialmente di strumenti volti a vincolare gli organi sociali della società *in house* alle decisioni assunte dai soci pubblici controllanti attraverso apposite intese, aventi ad oggetto gli indirizzi della società *in house* destinataria dell'affidamento diretto di contratti pubblici.

### 3.2 IL CONTROLLO ANALOGO CONGIUNTO NELLA GIURISPRUDENZA

La giurisprudenza amministrativa si è trovata a dover coniugare il controllo analogo congiunto con il frazionamento del capitale in un'ottica completamente discordante rispetto alla dinamica azionaria classica.

Negli organismi *in house* pluripartecipati, infatti, il controllo analogo non deriva direttamente e necessariamente dall'entità della partecipazione azionaria, ma si riscontra sulla base degli specifici poteri che ciascun ente pubblico partecipante è in grado di esercitare, individualmente e collegialmente, sulla società *in house*.

In merito al rapporto tra partecipazione azionaria e esercizio del controllo analogo, l'orientamento prevalente della giurisprudenza amministrativa si esprime nell'ottica di sostenere l'impostazione cd. “sintetica” per cui il controllo analogo congiunto va parametrato all'influenza determinante collettivamente esercitata dagli enti pubblici partecipanti (così Consiglio di Stato, Sez. V, 15.01.2018, n. 182).

Ne deriva quindi che, ai fini della sussistenza del controllo analogo congiunto, non è dirimente l'entità della partecipazione azionaria del singolo ente pubblico partecipante in sé, né la potestà di quest'ultimo di

condizionare tutti gli atti di portata generale della società *in house*, ma è sufficiente che i singoli enti pubblici partecipanti possano condizionare congiuntamente ogni atto fondamentale della partecipata e vincolare individualmente con poteri di veto le decisioni con ricadute dirette nel proprio territorio (in tal senso T.A.R. Lombardia Milano, Sez. IV, 6.12.2018, n. 2746).

Deve pertanto ritenersi soddisfatto il requisito del controllo analogo congiunto allorché il socio pubblico di minoranza abbia la possibilità di influire sulla gestione della società *in house* attraverso un meccanismo di elezione dell'organo amministrativo che gli permetta di designare un suo rappresentante sia in via individuale, sia tramite partecipazione a "cordate" di soci (cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, 30.04.2018, n. 2599).

È necessario quindi che a nessun socio pubblico partecipante sia preclusa la possibilità di partecipare ed esercitare il controllo sulla società controllata dalla pluralità delle amministrazioni: il controllo analogo congiunto impone necessariamente la partecipazione dei soci pubblici sia al capitale, sia agli organi direttivi della società.

Per quanto concerne i poteri che, concretamente, gli enti pubblici partecipanti devono possedere al fine di realizzare l'assetto del controllo analogo congiunto delineato dalla normativa nazionale, in conformità alle Direttive UE, la giurisprudenza del Consiglio di Stato nel tempo si è espressa, delineando i seguenti requisiti:

- Potere di costituzione tra gli enti locali soci affidanti di un organismo comune formato dai rappresentanti dei vari enti locali affiliati con paritario diritto di voto indipendentemente dalla partecipazione azionaria, competente a definire gli indirizzi operativi sui servizi affidati, vincolanti per il Consiglio di Amministrazione della società affidataria e a esercitare il controllo di efficacia dei servizi affidati alla società *in house*;
- Poteri propulsivi in capo a ciascun ente affidante nei confronti del Consiglio di Amministrazione della società affidataria: in particolare, proposte di iniziative inerenti all'esecuzione dei singoli contratti di servizio e poteri di veto sulle delibere del Consiglio di Amministrazione;
- Aumento dei poteri decisori dell'Assemblea sociale rispetto al Consiglio di Amministrazione con attribuzione alla prima del potere di formulare indirizzi vincolanti in ordine al piano industriale e agli atti principali inerenti all'erogazione dei servizi;
- Controllo del bilancio e sulla qualità dell'amministrazione sociale con poteri ispettivi diretti e concreti;
- Dipendenza dell'affidatario diretto in tema di strategie e politiche aziendali.

### 3.3 IL CONTROLLO ANALOGO CONGIUNTO NELLA PRASSI SOCIETARIA

I soci pubblici possono esercitare il controllo analogo congiunto mediante la predisposizione di apposite clausole statutarie che prevedano:

- l'esercizio del controllo "ex ante" mediante la formulazione da parte dei soci pubblici controllanti delle linee di indirizzo e degli obiettivi strategici della società *in house*;
- l'esercizio del controllo "contestuale" mediante la sottoposizione ai soci pubblici di relazioni sull'andamento economico – amministrativo – gestionale della società *in house*;
- l'esercizio di controlli "ex post" in sede di approvazione di bilancio.

## 3.4 LA SPECIALITÀ DEL CONTROLLO ANALOGO RISPETTO AL CONTROLLO SOCIETARIO

Nell'ambito degli organismi *in house* pluripartecipati tende a generarsi confusione in merito al rapporto sussistente tra la nozione di controllo analogo e quella di controllo societario alla luce della figura del consenso unanime di cui alla lett. b dell'art. 2, 1° comma, del D.lgs. 175/2016.

L'art. 2, 1° comma, lett. b del D.lgs. 175/2016 individua il controllo nella *“situazione descritta nell'articolo 2359 del codice civile”*, specificando poi che *“il controllo può sussistere anche quando, in applicazione di norme di legge o statutarie o di patti parasociali, per le decisioni finanziarie e gestionali strategiche relative all'attività sociale è richiesto il consenso unanime di tutte le parti che condividono il controllo”*.

Con tale previsione normativa, il Legislatore ha voluto estendere la nozione di controllo societario al di là dell'operatività dell'art. 2359 c.c., ovvero al di fuori delle ipotesi di controllo delineate dal codice civile.

La confusione tra controllo societario e controllo analogo nasce fundamentalmente dal richiamo che l'art. 2, 1° comma, lett. b del D.lgs. 175/2016 fa al consenso unanime delle parti che condividono il controllo per l'adozione delle decisioni strategiche della società, in applicazione di norme di legge, statutarie, ovvero di patti parasociali.

Si tratta, invero, di uno strumento alternativo di regolamentazione delle partecipazioni pubbliche (applicabile in special modo nell'ipotesi di compresenza di partecipazioni pubbliche maggioritarie e di minoranza cd. pulviscolari) che riguarda in generale il controllo societario e che nulla ha a che vedere con il controllo analogo di cui alle società *in house*.

Né dal disposto dell'art. 5 del d.lgs. 50/2016, né da quello di cui all'art. 16 del d.lgs. 175/2016 si ricava il consenso unanime quale requisito sostanziale per la sussistenza del controllo analogo congiunto da parte di più amministrazioni controllanti.

Invero, il controllo analogo congiunto prescinde dalla necessità del consenso unanime di tutte le parti che condividono il controllo: se così fosse, infatti, nell'ipotesi di controllo analogo congiunto si concretizzerebbe un alto rischio di paralisi dell'attività sociale, stante l'evidente difficoltà pratica del raggiungimento dell'unanimità tra gli enti pubblici soci per l'adozione delle decisioni strategiche più rilevanti per l'operare della società controllata.

La situazione di controllo societario descritta dall'art. 2, 1° comma, lett. b del d.lgs. 175/2016 si riferisce, perciò, alla struttura interna delle società partecipate da enti pubblici e, di contro, non si identifica nella particolare forma di controllo legittimante l'affidamento *in house* di servizi ed opere da parte delle pubbliche amministrazioni.

Le ipotesi di controllo delineate all'art. 2 del d.lgs. 175/2016 disciplinano relazioni tra società controllate e collegate, ove la posizione di controllo deriva dal quorum di voti detenuto in assemblea o da particolari vincoli contrattuali, mentre il controllo analogo guarda alla possibilità concreta degli enti pubblici partecipanti di orientare e controllare l'attività della società partecipata (e non solamente alla partecipazione alla vita sociale).

La stessa giurisprudenza amministrativa è concorde nel ritenere le due fattispecie di controllo non sovrapponibili *“benché ricondotte dal legislatore del testo unico al più ampio genus delle società a partecipazione pubblica, nonché stante la generale riconducibilità al diritto societario del fenomeno dell'in house”*(così T.A.R. Marche, Pescara, Sez. I, 29.01.2018, n. 35).

A ben vedere, la nozione di controllo analogo non è collimante con quella comune di controllo societario ex art. 2359 c.c.; infatti, nell'ambito delle società *in house* pluripartecipata da più enti pubblici, il controllo analogo si configura come *“un 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 autonoma rilevante autonomia gestionale”* (Così Cass. Civ. Sez. V, 11.01.2018, n. 456).

La normativa in materia di società *in house* si limita a legittimare configurazioni statutarie alternative - in deroga ai normali assetti di società per azioni e società a responsabilità limitata - al solo fine di consentire alle Pubbliche Amministrazioni affidanti strumenti di controllo più penetranti nella compagine sociale della società controllata cui affidare *in house* un determinato servizio.

Lo strumento del patto parasociale, nell'ipotesi delle *in house* pluripartecipate, consente la creazione di meccanismi di coordinamento mediante la statuizione condivisa di regole di controllo e di direzione che, tipicamente, non troverebbero spazio negli statuti delle società *in house* con l'ovvia conseguenza di regolare l'esercizio congiunto del controllo analogo.

La recente questione che ha coinvolto la giurisprudenza amministrativa (si veda Consiglio di Stato, Sez. V, 23.01.2019, n. 578) e contabile (*ex multis*, l'orientamento da ultimo affermato da Corte dei Conti, Sez. riun. in sede giur. 22.05.2019, n. 16) e su cui si è recentemente espressa l'Autorità Nazionale Anticorruzione con la delibera n. 859 del 2019 (affermando che la partecipazione pubblica maggioritaria al capitale sociale è indice presuntivo della situazione di controllo pubblico), deve perciò essere interpretata come ricerca di chiarimenti su come debba concretamente esplicitarsi non il controllo analogo, ma il controllo pubblico di cui alla lett. b del d.lgs. 175/2016 al fine di qualificare organismo come società “a controllo pubblico”.

Infatti, la questione si snoda sostanzialmente sulla necessità o meno della stipula di accordi/patti parasociali tra gli enti pubblici soci al fine di dare concreta dimostrazione della sussistenza del controllo pubblico necessario alla qualificazione della società “a controllo pubblico” ai sensi dell'art. 2, 1° comma, lett. m del d.lgs. 175/2016.

Vero è che le società *in house*, rappresentando, in termini di assetto proprietario, una *species* di società a controllo pubblico (diretto o indiretto), sono destinatarie anche delle norme di cui al Testo Unico delle società partecipate; tuttavia, con riferimento all'*in house*, la questione che si pone non è la qualificazione dell'organismo controllato quale “società a controllo pubblico” ex art. 2, 1° comma, lett. m del d.lgs. 175/2016, bensì la verifica dei requisiti per l'affidamento diretto (in particolare quello del controllo analogo congiunto).

Quindi, le società *in house* sono assoggettate a regole speciali (che **concretamente** consentono all'ente pubblico affidante di influire sulle decisioni strategiche della società controllata), in deroga alle normali norme societarie in materia di controllo, proprio in virtù del loro particolare assetto proprietario e di *governance*, il quale, si ribadisce, deve essere compatibile con l'affidamento diretto, senza procedura competitiva, di contratti pubblici da parte degli enti partecipanti.

## 4. CONTROLLO ANALOGO INDIRETTO

### 4.1 NORMATIVA DI RIFERIMENTO

L'art. 5, 2° comma, ultimo periodo del D.lgs. 50/2016 prevede che il controllo analogo possa essere esercitato anche da una persona giuridica diversa, a sua volta controllata allo stesso modo dall'amministrazione partecipante.

La norma legittima, pertanto, l'esercizio del controllo analogo anche in via indiretta tramite un modulo riconducibile, nella prassi, al modello holding, ove l'affidamento diretto di contratti pubblici avviene per mano della società in holding in cui confluisce la partecipazione dell'ente pubblico affidante.

In buona sostanza, l'Amministrazione esercita il controllo analogo sulla società holding la quale, a sua volta, esercita il controllo analogo sulla società affidataria del contratto pubblico.

Il controllo analogo indiretto contraddistingue pertanto la tipologia di società *in house a cascata*: nel modello holding, infatti, il socio della società *in house* è la holding e non direttamente l'ente locale.

L'articolazione dell'intera *governance* (dell'ente pubblico socio – della holding – della società controllata e affidataria) deve garantire il soddisfacimento del controllo analogo, quindi:

- Dal punto di vista funzionale, la holding diventa l'elemento essenziale per distribuire l'articolazione della *governance* tra le varie azioni in modo tale da consentire agli enti pubblici partecipanti di esercitare il controllo analogo;
- Dal punto di vista strutturale, lo statuto della holding deve riportare tutti gli elementi essenziali e i requisiti della società *in house*.

L'art. 4 del d.lgs. 175/2016 perimetra l'abilitazione delle partecipazioni pubbliche alle società di capitali affermando il principio di "stretta necessità" tra la costituzione e/o acquisizione di partecipazioni sociali da parte delle pubbliche amministrazioni e il perseguimento delle finalità istituzionali dell'ente pubblico, mediante una serie di attività tra cui risalta l' "*autoproduzione di beni o servizi strumentali all'ente o agli enti pubblici partecipanti o allo svolgimento delle loro funzioni, nel rispetto delle condizioni stabilite dalle direttive europee in materia di contratti pubblici e della relativa disciplina nazionale di recepimento*" (art. 4, 2° comma, lett. d) e la "*produzione di un servizio di interesse generale, ivi inclusa la realizzazione e la gestione delle reti e degli impianti funzionali ai servizi medesimi*" (art. 4, 2° comma, lett. a).

### 4.2 CLASSIFICAZIONI DEL CONTROLLO ANALOGO INDIRETTO

L'affidamento *in house* mediante modello holding si concretizza in due forme tipiche:

1. Holding pura/finanziaria: trattasi di holding strumentale, ovvero di uno strumento di *governance* della società di servizi in cui la gestione delle partecipazioni azionarie è affidata ad una società di primo livello che incorpora la società di gestione dei servizi pubblici;
2. Holding operativa/mista: trattasi di holding che svolge anche attività di produzione e scambio di servizi.

Nel primo caso l'oggetto sociale della holding consiste nella assunzione di partecipazioni in società con la prerogativa di esercitare funzioni di indirizzo strategico e di coordinamento dell'assetto organizzativo e delle attività esercitate dalle società partecipate dalla holding.

Concretamente la *governance* della holding si realizza tramite una simmetria interna tra il suo organo amministrativo e quello dell'*in house* controllata.

Il modello holding si presta agli affidamenti *in house* in quanto i meccanismi di governance attuati dalla Holding assicurano il perpetuarsi del controllo analogo da parte degli enti locali e l'adempimento delle attività di supporto e coordinamento del controllo in luogo degli enti pubblici controllanti (ad esempio tramite la redazione del bilancio consolidato).

La giurisprudenza contabile ha, da tempo, riconosciuto la natura strumentale della holding come società che funge da interposizione tra ente pubblico (nella maggior parte Comuni) e società di servizi.

Di recente la giurisprudenza amministrativa si è espressa in merito agli strumenti che le pubbliche amministrazioni con partecipazioni pulviscolari in società holding a capitale misto devono predisporre per sopperire alle carenze amministrative ed assembleari.

In particolare, si è insistito sulla necessità di stipulare patti parasociali che possano garantire alle pubbliche amministrazioni di coordinare e rinforzare la propria partecipazione in termini di controllo sulle decisioni più rilevanti circa la società partecipata in quanto, di norma, secondo il recente orientamento giurisprudenziale (cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, 23.01.2019, n. 578), una partecipazione pulviscolare è in principio inidonea a consentire ai singoli soggetti pubblici partecipanti di incidere concretamente sull'attività e sulle decisioni strategiche della società.

## 4.3 PRASSI

Nell'ipotesi di *in house* a cascata attuata tramite holding il controllo analogo si traduce nella definizione degli indirizzi ai quali devono conformarsi non solo la società holding, ma anche le società appartenenti al gruppo, pur sempre nel rispetto dell'autonomia e del potere decisionale della holding nei confronti delle società controllate.

Il controllo analogo nel modello societario holding viene tipicamente esercitato sulla base di appositi regolamenti d'intesa sottoscritti tra società holding ed ente pubblico socio previsti formalmente dagli statuti delle società Holding.

Tali regolamenti, che rimangono comunque strumenti ad adozione statutaria facoltativa, disciplinano l'attività di indirizzo, controllo e vigilanza esercitata dall'ente locale (o enti locali) sulla società holding e sulle società *in house* da essa controllata.

Accanto alla previsione di appositi Comitati, costituiti dai Sindaci o dai Presidenti degli enti locali con la finalità di esercitare funzioni di controllo sulla società e sulle società controllate del gruppo per conto dei soci pubblici, lo Statuto può prevedere che il controllo analogo venga declinato in appositi Regolamenti, approvati nella maggior caso dal Consiglio Comunale (o, più in generale, dall'organo rappresentativo dell'ente controllante).

In particolare, il controllo analogo indiretto viene esercitato mediante:

- Adozione di deliberazioni da parte dell'ente pubblico socio concernenti:
  - Costituzione e partecipazione della holding a società di scopo;
  - Modifiche statutarie e della struttura dirigenziale apicale della società Holding;
  - Approvazione di tutti gli atti di programmazione strategica – programma di sviluppo aziendale;
  - Definizione delle linee guida per la redazione dei piani di esercizio della società holding;
- Previsione di obblighi informativi della holding nei confronti dell'ente pubblico socio;

- Partecipazione della società ai Consigli Comunali su invito del socio pubblico nel caso di trattazione di argomenti concernenti l'attività sociale, ovvero nell'ipotesi di richiesta di relazioni pratiche alla società holding;
- Previsione delle modalità per l'esercizio da parte della società Holding del controllo sulle società del Gruppo: richiamo agli strumenti previsti dal codice civile e dallo Statuto in aggiunta all'attività di direzione e coordinamento degli affidamenti in house.

È interessante notare che alcuni Statuti legittimano, nel rispetto della normativa nazionale ed europea in materia di affidamenti diretti, la partecipazione della società Holding a raggruppamenti di imprese, purchè venga garantito l'inalterato esercizio del controllo analogo da parte dei soci pubblici.



## 5. CONTROLLO ANALOGO ORIZZONTALE

L'*in house* orizzontale, espressamente codificato dalle direttive UE e recepito dalla normativa nazionale, richiede il soddisfacimento del requisito del controllo analogo alle medesime condizioni di cui al modello c.d. "tradizionale".

In particolare, la giurisprudenza eurounitaria, (*ex multis*, CGUE, Sez. V, 8.05.2014 Causa C-15/13), che per prima ha avallato tale modello di affidamento *in house*, ha sancito il principio per cui il controllo, per configurarsi analogo, deve essere totale e non limitato ad alcune attività svolte dal soggetto controllato.

È evidente, infatti, che in una situazione di controllo parziale, non può configurarsi il controllo analogo in quanto l'ente pubblico manca della possibilità di determinare gli obiettivi strategici e le decisioni significative del soggetto controllato.

Il controllo esercitato sui due enti contraenti dalla medesima Pubblica Amministrazione è logicamente meno consistente rispetto a quello tipico dell'affidamento *in house* tradizionale in quanto il rapporto tra i contraenti è pur sempre mediato dal terzo soggetto controllante, per l'appunto la Pubblica Amministrazione.

Di recente l'ANAC (con la deliberazione del 23.10.2019, n. 967) è intervenuta sulla misura in cui il contratto tra gli operatori economici possa intendersi come espressione di una volontà unitaria sottolineando che tale forma di affidamento *in house* è ammessa solo laddove l'Ente (o gli Enti in caso di controllo analogo congiunto) che esercita il controllo analogo sui due soggetti contraenti sia lo stesso, ovvero nell'ipotesi in cui i due soggetti contraenti presentino la medesima compagine sociale di controllo.

Se così non fosse, ovvero se una pluralità di amministrazioni differenti esercitassero distintamente il controllo sugli operatori economici contraenti sarebbe difficile individuare l'unitarietà della matrice volontaristica e, allo stesso tempo, sarebbe difficoltoso delineare la sussistenza del requisito del controllo analogo.