

IX CONVEGNO ANNUALE DELL' ASSOCIAZIONE ITALIANA DEI PROFESSORI
UNIVERSITARI
DI DIRITTO COMMERCIALE "ORIZZONTI DEL DIRITTO COMMERCIALE"
"PROBLEMI ATTUALI DELLA PROPRIETÀ NEL DIRITTO COMMERCIALE"
Roma, 23-24 febbraio 2018

CLEMENTE PECORARO

Il controllo analogo congiunto: profili procedurali.

SOMMARIO: 1. Cenni ai lineamenti generali del binomio società in house-controllo analogo. 1.1. Individuazione degli interessi rilevanti. 1.2. Concezione privatistica della società in house, interesse sociale e controllo analogo. 2. Elementi essenziali del controllo analogo. 3. Il passaggio al controllo analogo congiunto: le società pluripartecipate. 4. Predeterminazione del controllo analogo (congiunto) in favore di organo extrasociale: ammissibilità. 5. Tecniche di formazione della volontà delle amministrazioni: spazi di operatività. 6. Devoluzione di competenze in favore dello pseudo organo extrasociale. 7. Il carattere congiunto dell'influenza tra unanimità e maggioranza. 7.1. La presenza di una componente rappresentativa nell'esercizio congiunto del controllo analogo. 7.2. Condivisione del piano imprenditoriale e controllo congiunto delle amministrazioni aggiudicatrici.

1. *Cenni ai lineamenti generali del binomio società in house-controllo analogo.*

Con decreto lgs. 19 agosto 2016, n. 175, e successive modifiche apportata con il d. lgs. 16 giugno 2017, n. 100, è stato introdotto il *Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica* (nel prosieguo: t.u.) con l'obiettivo primario di riordinare la frammentata legislazione speciale dedicata alle società partecipate ed operare le modifiche necessarie al coordinamento delle singole disposizioni legislative e garantire la coerenza giuridica, logica e sistematica della normativa,

adeguare, aggiornare e semplificare il linguaggio normativo (cfr. art. 16 della legge delega del 7 agosto 2015, n. 124).

A questi principi e criteri generali si aggiungono, poi, quelli dettati precipuamente per il riordino della disciplina delle partecipazioni societarie delle amministrazioni pubbliche ai sensi dell'art. 18 della legge delega, con riguardo anche all'esplicita menzione delle società beneficiarie di affidamenti diretti dell'amministrazione pubblica (lett. a, dell'art. 18) ⁽¹⁾.

In attuazione dei principi di carattere settoriale si pone il disposto dell'art. 16 del t.u. La norma è suggestivamente rubricata "*Società in house*" e prevede - ai sensi dei primi tre commi - le condizioni necessarie perché una società a partecipazione pubblica possa ricevere affidamenti diretti di contratti pubblici. Il primo comma esordisce con l'esplicito riferimento alle società *in house* con una previsione che merita di essere raccordata con quanto predeterminato dall'art. 2, lett. c, del medesimo testo di legge. Il combinato disposto delle citate previsioni permette di ricavare, dal corpo dell'emanato t.u., una norma *lato sensu* definitoria in base alla quale per società *in house* deve intendersi quelle beneficiarie di affidamenti diretti di contratti pubblici dalle amministrazioni che esercitano su di esse un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi, ovvero esercitano un'influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni significative della società.

L'introduzione della citata disposizione è stata preceduta dall'entrata in vigore del d. lgs. 18 aprile 2016, n. 50 (codice degli appalti pubblici e delle concessioni), recante norme di attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture. Il nuovo Codice degli appalti pubblici e delle concessioni, per un verso, ai sensi dell'art. 5 regola i principi comuni in

⁽¹⁾ Su cui ampi riferimenti in V. DONATIVI, *Le società a partecipazione pubblica. Raccolta sistemica della disciplina, commentata e annotata con la giurisprudenza*, Milano, 2016, p. 4 ss.; F. FIMMANO'-A. CATRICALA', *Introduzione: profili generali della riforma*, AA. VV., *Le società pubblica*, a cura di Fimmanò-Catricalà, t. I, *Universitas Mercatorum Press*, 2016, p. 15 ss.

materia di esclusione dalla procedura competitiva dell'affidamento di concessioni ed appalti pubblici, predeterminando corrispondentemente le condizioni richieste perché l'amministrazione aggiudicatrice possa legittimamente disporre affidamenti *in house* in favore di società partecipata; per altro verso, ai sensi dell'art. 192 onera l'amministrazione aggiudicatrice a curare la comunicazione all'Anac ai fini dell'iscrizione nell'apposito elenco degli enti che operano mediante affidamenti diretti nei confronti di proprie società *in house*.

La matrice culturale dei citati provvedimenti legislativi - ovvero il Testo unico in materia di società partecipate ed il Codice degli appalti pubblici e delle concessioni - è sostanzialmente univoca. È stata infatti comune la spinta riformatrice al riordino del quadro normativo di riferimento in funzione dello svecchiamento della disciplina dell'organizzazione e dell'azione della pubblica amministrazione. Il contenuto riportato nei citati testi di legge andrà ovviamente raccordato per ciascuno degli aspetti sui quali le rispettive normative si sovrappongono. L'esigenza di un coordinamento si pone soprattutto sul versante della disciplina degli affidamenti *in house* concessi dall'amministrazione pubblica.

L'analisi comparativa degli artt. 5, d. lgs. 50/16, e 16 del d. lgs. 175/16, infatti, consente di ricavare per astrazione i tre presupposti generali richiesti perché la società partecipata dall'ente pubblico possa operare secondo il regime dell'*in house*:

- il primo investe l'assetto societario, nel senso che la società beneficiaria di affidamenti diretti deve essere partecipata solo da amministrazioni pubbliche e non è invece ammessa alcuna partecipazione del socio privato, salvo non sia comunque irrilevante;
- il secondo concerne l'organizzazione corporativa, in quanto la società deve essere sottoposta a controllo cd. analogo dell'amministrazione aggiudicatrice, ovvero quest'ultima deve poter azionare una influenza analoga a quella normalmente esercitata sui propri uffici;
- il terzo riguarda la sottoposizione ad un vincolo di gestione consistente nell'obbligo per la società affidataria di operare in via prevalente nei confronti dell'amministrazione aggiudicatrice, tanto che almeno l'ottanta per cento del fatturato deve comunque derivare

dall'esecuzione delle commesse oggetto dell'affidamento del socio-ente pubblico.

1.1. Individuazione degli interessi rilevanti.

Una riflessione sulla portata delle novità introdotte sull' *in house* esige una preliminare valutazione degli interessi che assumono rilevanza in corrispondenza al regolamento normativo. Il riconoscimento della facoltà per l'amministrazione pubblica di concedere affidamenti in favore di società partecipata ma fuori da una procedura competitiva tange almeno tre segmenti del diritto.

Vista dal lato dell'organizzazione interna all'amministrazione aggiudicatrice, v'è innanzitutto il coinvolgimento del diritto pubblico. La decisione di optare per un modello di gestione cd. *in house* deve tendere a logiche di efficienza e razionalità del soggetto pubblico e potersi pertanto giustificare nella prospettiva del vincolo costituzionale del buon andamento della pubblica amministrazione (e v., oggi, anche l'art. 192, comma secondo, d. lgs. 50/16).

Il secondo punto di vista del fenomeno è naturalmente rappresentato dal regime di libero mercato. Sono infatti scontate le implicazioni sul piano del diritto della concorrenza provocate dal radicamento di una prassi favorevole al riconoscimento di affidamenti diretti in favore di società partecipate. È infatti fuori discussione che l'adozione del modello organizzativo dell'affidamento a società *in house*, se non correttamente inteso, può integrare una limitazione del gioco concorrenziale, precludere ad una serie di operatori l'accesso ad un segmento del mercato.

Né si deve trascurare che il fenomeno merita di essere compreso avendo riguardo anche all'esame dell'assetto organizzativo della società costituita o comunque partecipata dall'amministrazione aggiudicatrice allo scopo di gestire opere o servizi commissionati tramite affidamenti diretti. La previsione di questa tecnica di gestione dei servizi pubblici richiede che sia infatti data puntuale rappresentazione alle caratteristiche organizzative delle società partecipate, che per operare sotto il regime dell'*in house* devono infatti provare il possesso di specifici requisiti organizzativi e corporativi.

1.2. *Concezione privatistica della società in house, interesse sociale e controllo analogo.*

La presenza di diversi livelli operativi coinvolti, in uno con la prevedibile interazione tra gli interessi compenetrati a ciascuno degli emarginati segmenti normativi, segna un passaggio irrinunciabile per comprendere il modo in cui l'ordinamento societario recepisca - o possa recepire - esigenze esogene, dipendenti dal funzionamento di quel meccanismo di autoproduzione forgiato dalla prassi allo scopo di **bilanciare** l'interesse dell'amministrazione pubblica ad organizzare lo svolgimento delle funzioni di propria competenza con i presidi comunitari posti a garanzia del regime concorrenziale.

Lo statuto della società *in house*, pur se conformato al principio generale previsto dall'art. 1, comma terzo, t.u., contiene però regole speciali, coestensive degli innesti prodotti sul modello organizzativo associato al tipo sociale prescelto per l'esercizio dell'iniziativa pubblica. Il riferimento cadrebbe principalmente sulla facoltà di sottrarre agli amministratori il monopolio sulla gestione attraverso la precostituzione di un potere di controllo in favore dell'amministrazione pubblica [art. 16, comma secondo, lett. a)] e sulla concorrente attrazione all'orbita del danno erariale delle responsabilità originate dal depauperamento del patrimonio della società *in house* (art. 12, t.u.).

La combinazione di queste norme ha portato ad intravedere una deviazione tipologica rispetto al paradigma nominale previsto dall'ordinamento societario ⁽²⁾, quasi a spingere le società *in house* nell'area degli enti a-tipici in quanto prossimi a società singolari ovvero enti associativi diversi dalle società di diritto comune. Il nucleo concettuale di questa tesi riposa, in continuità con una deriva interpretativa gius-pubblicistica formatasi prima dell'introduzione dei testi in commento, nell'assimilazione del controllo analogo ad un

(2) Cfr. C. ANGELICI, *Tipicità e specialità delle società pubbliche*, in AA. VV., *Le nuove società partecipate e in house providing*, cura di S. Fortunato e F. Vessia, Milano, 2017, p. 26 ss. dove il riferimento alle possibili ripercussioni dell'affermazione della giurisdizione contabile (dettata dalla prevalenza degli interessi del socio pubblico sugli interessi della massa dei creditori sociali) sul regime di autonomia patrimoniale e sulla regola basilica della separazione patrimoniale tra socio e società; F. MASSA FELSANI, *Partecipazioni pubbliche e tipi sociali*, GAROFOLI-ZOPPINI, La nuova disciplina delle società a partecipazione pubblica, con il coordinamento di Fabiana Massa Felsani, Bari, 2018, p. 193 ss.,

penetrante potere di condizionamento dei processi decisionali dell'assetto organizzativo, con il precipitato pratico di trasferire sulla componente pubblica il controllo della gestione e ridurre gli amministratori della società a *longa manus* delle amministrazioni controllanti.

Si tratta però di conclusione non del tutto convincente, alla quale deve anzi replicarsi - con la brevità richiesta dalla sede - osservando il carattere privatistico della società, sottoposta al regime normativo di diritto comune previsto per il tipo sociale, il tutto come ampiamente riprovato dal combinato disposto degli artt. 1, comma terzo, e 4, comma primo, t.u.; e tenendo conto, su un piano parallelo, che le deroghe alla disciplina comune hanno carattere pur sempre eccezionale, ammesse nei limiti di quanto strettamente necessario perché possa funzionare il meccanismo dell'autoproduzione in favore dell'amministrazione aggiudicatrice ⁽³⁾.

Per quanto resti suggestiva l'ipotesi del raccordo con la previsione del controllo esercitato dall'amministrazione aggiudicatrice, le norme speciali applicabili alle società *in house* - comprese quelle derivanti dal combinato disposto degli artt. 12 e 16, comma secondo, lett. a), t.u. - non importano alcuno stravolgimento dell'assetto corporativo interno all'organizzazione societaria (la cd. destrutturazione del modello organizzativo), e neppure compromettono il mantenimento del vincolo di agire nell'interesse sociale in attuazione di un obbligo compenetrato all'azione degli amministratori di società (la cd. defunzionalizzazione dell'attività sociale).

La cartina di tornasole è data dal riconoscimento *dell'interesse sociale* come terzo rispetto a quello dell'amministrazione controllante,

⁽³⁾ C. IBBA, *Introduzione*, in AA. VV., *Le nuove società a partecipazione pubblica*, diretto da C. Ibba e I. Demuro, Bologna, *in corso di pubblicazione*, p. 6, il quale insiste sulla rilevanza del principio di proporzionalità delle deroghe rispetto alla disciplina privatistica, "principio che legittima le sole deroghe al diritto comune necessarie ad assicurare la tutela degli interessi pubblici di volta in volta perseguiti (senza le quali, cioè, questi interessi non troverebbero tutela) e che oltre a indirizzare l'opera del legislatore delegato non può non avere un'indubbia valenza anche sul piano interpretativo". La vigenza di questo principio, peraltro, si combina con la valorizzazione dei criteri di parità di trattamento tra imprese pubbliche e private e dell'operatore di mercato, da elevare a canoni d'interpretazione del dettato del testo unico (su cui v. F. GOISIS, *L'ente pubblico come investitore privato razionale: natura e lucratività delle società in mano pubblica nel nuovo Testo Unico sulle partecipate*, in *Dir. econ.*, 2017, p. 7 ss.).

da un lato, e dalla concorrente vigenza di presidi preposti a garanzia dall'effettivo perseguimento, dall'altro ⁽⁴⁾.

In questo senso deve peraltro intendersi l'articolato normativo contenuto negli artt. 12 e 14 t.u. Vero è che l'attuale formulazione dell'art. 12 sulla soggezione delle società *in house* alla giurisdizione del giudice contabile lascerebbe intendere una deviazione dai caratteri essenziali del tipo sociale e l'allontanamento dalla categoria normativa delle società ⁽⁵⁾; è parimenti vero, però, che il testo normativo sconta intrinseche ambiguità di ordine anche semantico e la stessa interpretazione che vorrebbe rinvenire il riconoscimento di un danno erariale nella lesione del patrimonio sociale altro non è se non il risultato della scelta di valorizzare alcuni addentellanti normativi a determinato di altri ⁽⁶⁾. In ragione anche della soggezione alle procedure concorsuali riaffermata pianamente dall'art. 14, commi

⁽⁴⁾ La conclusione è avvalorata da un dato contenuto nell'impianto delle direttive comunitarie, dal quale gli Stati non possono prescindere e che spiega efficacia direttamente vincolante per gli ordinamenti nazionali. La società *in house*, anche quando sottoposta a controllo analogo a quello esercitabile dall'amministrazione sui propri servizi, è portatrice di un interesse altro e distinto dall'interesse dell'ente aggiudicatore: non altrimenti può interpretarsi il disposto delle direttive comunitarie in forza del quale ci si limita a richiedere che la persona giuridica controllata *non persegue interessi contrari* a quelli dell'amministrazione controllante (arg. ex art. 12, comma terzo, direttiva 2014/24/UE).

Il riconoscimento di un interesse concettualmente altro rispetto a quello dell'ente pubblico pone in crisi il portato di quelle derive interpretative, di matrice prevalentemente gius-pubblicistiche (cfr. TAR Bologna, 17 novembre 2015, n. 1006), che avrebbero voluto ipotizzare una destrutturazione dell'assetto organizzativo ed il corrispondente annullamento di un'autonomia decisionale e funzionale; ma al contempo, l'accertamento di un interesse proprio della società *in house* dà anche evidenza a quella dimensione di autonomia entro la quale questo ente si muove, circostanza che si coniuga con la previsione di un'astratta compatibilità di una partecipazione del socio privato al sodalizio societario e ne riafferma - fuori da qualsiasi dubbio - la natura di organismo distinto sul piano non solo formale - perché dotato di piena soggettività - ma anche sostanziale, là dove munito di un patrimonio autonomo posto a servizio del perseguimento dell'interesse della società di autoproduzione.

⁽⁵⁾ Così C. ANGELICI, *Tipicità e specialità*, cit., p. 25 ss.

⁽⁶⁾ Il punto è lucidamente affrontato da C. IBBA, *Crisi dell'impresa e controllo pubblico e responsabilità degli organi sociali*, in AA. VV., *Le nuove società partecipate e in house providing*, cit., p. 72 ss.; ID., *La responsabilità*, in AA. VV., *Le nuove società a partecipazione pubbliche*, cit., p. 209 ss., e 214, dove anche il riferimento ad una presunta violazione del principio di proporzionalità circa il ricorso alle deroghe alla disciplina societaria.

primo e sesto, t.u. (7), non pare allora avventato rinvenire nell'articolato normativo il fondamento sul quale ipotizzare la soggezione dei componenti dell'organo di amministrazione agli obblighi di corretta gestione societaria ed imprenditoriale di cui agli artt. 2392, 2476 e 2497 c.c. Con la stringatezza con cui il tema poteva essere ripreso in questa sede, non pare avventato rinvenire proprio nella soggezione alla responsabilità per la corretta e sana gestione dell'impresa l'adeguato riscontro per ribadire che gli amministratori di una società *in house* sono gravati dei consueti doveri di protezione e conservazione dell'integrità del patrimonio sociale nell'interesse di soci e creditori sociali (in linea con gli artt. 2393 ss. e 2476 c.c., 146 l. fall.) (8).

2. *Elementi essenziali del controllo analogo.*

Epurato dai connotati pubblicistici sovente attribuiti al concetto, l'accoglimento della concezione che pare doversi ora privilegiare porta ad intravedere nel controllo analogo (null'altro che) una forma di eterodirezione *qualificata* della società partecipata, da collocare all'intero di un panorama normativo caratterizzato dalla notoria pluralità delle fattispecie di controllo.

Secondo una prima chiave di lettura, la discriminazione con le concorrenti fattispecie di controllo - e principalmente con quella tradizionale di controllo societario di cui all'art. 2359 c.c. - andrebbe ricercata solamente (o principalmente) nella diversa *intensità* dell'influenza esercitata, dovendosi presumibilmente ritenere che il primo esprima una direzione eccedente quella comunemente associata all'esercizio di un potere privatistico di controllo sulla società.

La tesi è però recessiva. Ad essa può infatti replicarsi, in primo luogo, che la costruzione presuppone (o quantomeno si raccorda idealmente con) una considerazione del controllo analogo come esercizio di un poter di natura gius-pubblicistica, in contrasto però con

(7) G. D'ATTORRE, *La crisi d'impresa nelle società a partecipazione pubblica*, cit., p. 673 ss.; C. IBBA-I. DEMURO, *La crisi d'impresa*, AA. VV., *Le nuove società a partecipazione pubblica*, cit., p. 360 ss.; P. PETTITI, *Le società in house falliscono per il testo unico*, in *Giur. comm.*, 2017, II, p. 130 ss.; V. VITO CHIONNA, *Le soluzioni concordate della crisi delle società pubbliche*, in AA. VV., *Le nuove società partecipate e in house providing*, cit., p. 231 s.; F. GOISIS-E. CODAZZI, *Crisi d'impresa*, cit., p. 419 s.

(8) Cfr. C. IBBA-I. DEMURO, *La crisi d'impresa*, cit., p. 374.

le evidenze sopra tracciate; andrebbe poi aggiunto, in secondo luogo, che il carattere determinante dell'influenza rappresenta una delle variabili interne alla fattispecie esaminata, ed il suo concreto significato dove essere in ogni caso contestualizzato alla luce delle combinazioni con gli altri elementi (es. soggetti, mezzo di esercizio del potere, finalità del controllo, etc.); ma qualora si volesse prescindere da una considerazione unitaria del nucleo concettuale della fattispecie, si dovrebbe però replicare che il carattere determinante esprime una intensità casomai diluita rispetto all'aggettivazione dominante propria del controllo societario.

Seguendo una impostazione acutamente esplorata in letteratura ⁽⁹⁾, dovrà convenirsi sul fatto che il significato di ciascuna delle fattispecie di controllo, anche di quello analogo sulla società *in house*, non potrà non essere rimesso alla combinazione degli elementi intrinseci alla nozione; la corretta declinazione del contenuto del concetto, per quanto d'interesse ai fini della presente indagine, porta ad isolare un profilo funzionale da quello strutturale.

Sotto il profilo funzionale, il controllo analogo deve identificare quella relazione di controllo per effetto della quale la società risulta destinata ad operare, causalmente, come ente di autoproduzione dell'amministrazione piuttosto che alla stregua di un normale operatore del mercato concorrenziale.

Sotto il profilo strutturale, questa relazione appare connotata con riferimento principalmente all'oggetto del controllo, sul quale è infatti concentrato il nucleo concettuale della definizione normativa. È dato osservare, infatti, che il controllo analogo è stato identificato in un'influenza oggettivamente qualificata, in quanto riferita alle (sole) *decisioni strategiche e significative*, ed associata ad potere di condizionamento aggettivato come *determinante*.

La selezione degli atti caduti nel cono d'ombra dell'influenza, unitamente alla concreta modulazione sull'intensità del potere di penetrazione nei processi decisionali dell'organizzazione societaria, spinge il controllo analogo sul piano di una (mera) eterodirezione

⁽⁹⁾ Il riferimento è al contributo di M. NOTARI, *La nozione di controllo nella disciplina antitrust*, Milano, 1996, p. 179 ss., riferibile concretamente all'esame dell'acquisizione del controllo sul piano della regolamentazione concorrenziale, ma con pregevoli spunti di sistema recuperabili anche per una indagine incentrata sull'esame della fattispecie che ci occupa.

della società, ancorché qualificata alla luce dei puntali elementi definitori della fattispecie. Se il controllo dell'amministrazione aggiudicatrice può considerarsi speciale, questo non può comunicare che un carattere squisitamente qualitativo, e ciò in omaggio al sopra menzionato pluralismo delle fattispecie di controllo riconosciuto dal diritto dell'impresa ⁽¹⁰⁾.

La definizione di questi elementi strutturali si raccorda, armoniosamente, con la funzione della fattispecie; perché strumentale all'obiettivo di evitare la creazione di un privilegio concorrenziale sul libero mercato in favore di un operatore pubblico, non vi sarebbe stata ragione di esigere una relazione di controllo eccedente la mera eterodirezione strategica consumata attraverso la cooperazione (o il concorso) in alcuni processi decisionali della società partecipata.

Il coerente bilanciamento nella costruzione normativa della fattispecie è peraltro testimoniato anche dall'esame delle forme di esercizio del controllo. Dall'articolato normativo di riferimento si desume una sostanziale libertà delle forme, anche perché la menzione degli strumenti organizzativi prevista dal secondo comma dell'art. 16 t.u. ha carattere esemplificativo; ciò nonostante, proprio l'elencazione tradisce un ennesimo carattere qualificante della fattispecie, ovvero la necessità di una *prestituzione* del controllo. L'amministrazione pubblica è libera di fare ricorso a qualsiasi strumento convenzionale di esercizio del potere, a condizione che il mezzo concretamente adoperato assicuri - in vista della decisione di procedere con affidamenti diretti in favore di società partecipate - la possibilità di accertare sul piano formale (*prestituzione* documentale) la soggezione al controllo, e ne confermi in via quantomeno ragionevole la durata per un arco temporale parametrato almeno all'affidamento (*durvolezza*). Solamente in questo modo, infatti, l'amministrazione potrà legittimamente decidere di esercitare l'attività di produzione del servizio pubblico secondo il modello organizzativo dell'*in house providing*.

⁽¹⁰⁾ Il controllo analogo non è necessariamente una fattispecie più ampia ed intensa del controllo societario, come pure non sarebbe corretto ritenere il primo necessariamente assorbito nel secondo per via della maggiore intensità da riconoscere all'aggettivazione dominante riferire dall'art. 2359 c.c. all'influenza sulla società.

In conclusione, il nucleo concettuale della relazione di controllo analogo che astringe la società *in house* all'amministrazione aggiudicatrice pare esattamente riposto sulla combinazione di almeno tre connotati dell'influenza la quale, per l'*oggetto*, deve riguardare le decisioni strategiche e significative, per l'*intensità* deve atteggiarsi come determinante, per la *forma* deve concretizzarsi in uno strumento convenzionale capace di assicurare preventivamente l'esistenza di una posizione di controllo duraturo.

3. *Il passaggio al controllo analogo congiunto: le società pluripartecipate.*

Quanto riportato è parso pianamente aderente alla normativa di recente introduzione, alla quale si deve peraltro il riconoscimento del carattere anche *congiunto* del controllo analogo su società cd. *in house*.

In epoca precedente all'introduzione delle sopravvenienze, la giurisprudenza comunitaria aveva - superando un primo orientamento restrittivo - ammesso l'esercizio congiunto del controllo analogo sulla società pluripartecipata. Il principio è stato dapprima ripreso dalle direttive n. 23, 24 e 25 del 2014 e - per quanto riguarda l'ordinamento nazionale - successivamente valorizzato dal cod. app. (d. lgs. 50/16) e dal Testo unico delle società partecipate.

L'apertura ad un'ipotesi di controllo analogo congiunto intercetta una serie di interessi.

Essa, innanzitutto, valorizza la libertà delle amministrazioni di attendere ai compiti d'interesse pubblico mediante il ricorso a strumenti associativi per l'esercizio comune dell'attività.

Il riconoscimento del carattere congiunto del controllo si raccorda con precise esigenze di razionalizzazione della spesa pubblica. La concentrazione in una società pluripartecipata delle iniziative economiche promosse dalle singole amministrazioni pubbliche risponde infatti all'obiettivo di porre un limite al proliferare delle società partecipate, soprattutto nell'ambito della gestione dei servizi pubblici locali.

La creazione di organismi deputati all'esercizio di attività comuni ad una pluralità di amministrazioni pubbliche potrebbe agevolare, inoltre, virtuosi recuperi di efficienza rispetto alla gestione delle

risorse con il risultato pratico di migliorare la qualità dei servizi prodotti attraverso la combinazione di conoscenze ed utilità.

3.1. *Il precedente del controllo congiunto nel diritto antitrust.*

La fattispecie del controllo analogo congiunto in parte ricalca, anche testualmente, quella del controllo congiunto previsto dalla normativa anticoncorrenziale sulle operazioni di concentrazione di fonte comunitaria (oggi, Reg. 139 del 2004, artt. 3 e 4, che sostituisce il Reg. 4064/1989) ed interna (l. 287/90, artt. 5-7).

Il riconoscimento del carattere congiunto del controllo è evincibile dall'art. 3 del citato Reg., dove infatti si prevede, da un lato, che la concentrazione ha luogo in ipotesi di acquisizione del controllo diretto o indiretto dell'insieme o di parti di una o più altre imprese (comma primo), e dall'altro si precisa altresì che per controllo s'intende la titolarità "di diritti, contratti o altri mezzi che conferiscono, da soli o *congiuntamente*, la possibilità di esercitare un'influenza determinante sull'attività di un'impresa" (comma secondo).

La previsione di un controllo congiunto segnò, per il nostro ordinamento giuridico, un punto di rottura rispetto alla tradizionale considerazione del controllo come posizione necessariamente individuale-solitaria. Si tratta di concezione costruita sulla base della fattispecie codicistica del controllo societario di cui all'art. 2359 c.c., dove la combinazione di argomenti testuali (la norma declina al singolare il controllo esercitato sulla società) e di ordine soprattutto funzionale (il carattere dominante dell'influenza non sarebbe riducibile ad una forma di condivisione o contitolarità del potere) ha portato - ma tuttora legittimerebbe - a negare l'apertura ad un ipotetico esercizio congiunto del controllo ⁽¹¹⁾.

La centralità notoriamente riconosciuta all'art. 2359 c.c. nel contesto normativo di riferimento - secondo l'avversato approccio che soleva giustificare in termini di generale e speciale la coesistenza delle diverse ipotesi di controllo riconosciute dalla legislazione di settore -

⁽¹¹⁾ Per una ricognizione delle ipotesi di controllo congiunto, ed il tentativo di superamento degli ostacoli frapposti all'ammissibilità di un controllo congiunto societario, V. CARIELLO, *Controllo congiunto e accordi parasociali*, Milano, 1997, p. 66 ss., p. 124 ss.; M. LAMANDINI, *Il controllo. Nozione e tipo di controllo nella legislazione economica*, Milano, 1995, p. 67 ss.

ha reso ancora più significativa la novità del controllo congiunto prevista espressamente dalla regolamentazione *antitrust* ⁽¹²⁾.

Per quello che interessa rimarcare in questa sede, la discriminazione dalla fattispecie del controllo societario è stata riposta sull'*aggettivazione* data all'influenza: mentre il controllo societario è stato identificato nell'esercizio di una influenza *dominante* (e per questo declinabile solo come potere positivo-assoluto), il controllo *antitrust* si adagerebbe sulla più diradata nozione di influenza *determinante*, quale estrinsecazione di un potere anche meramente interdittivo-negativo. La diversa aggettivazione avrebbe dovuto pertanto spiegare il perché un controllo che si riduce all'esercizio di un'influenza determinante possa anche manifestarsi in una dimensione *congiunta* ⁽¹³⁾.

3.2. Il controllo analogo congiunto: confini della fattispecie.

Con riguardo al segmento delle società a partecipazione pubblica, il controllo (analogo) congiunto è definito, ai sensi dell'art. 2, lett. d), t.u., come "la situazione in cui l'amministrazione esercita congiuntamente con altre amministrazioni su una società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi".

Per espresso rinvio della citata norma definitoria, la situazione di controllo analogo congiunto si verifica "al ricorrere delle condizioni di cui all'articolo 5, comma 5, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50", ovvero 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, ancorché singoli rappresentanti

⁽¹²⁾ Sul piano dell'ordinamento *antitrust*, l'apertura ad una ipotesi di controllo congiunto poneva il problema, anche concettuale, di operare una discriminazione con quelle ipotesi di coordinamento tra operatori economici rilevanti solamente come intese restrittive. La questione è felicemente sintetizzata dalle previsioni contenute negli artt. 2 e 3 dell'odierno reg. 139 del 2004, in ordine ai lineamenti generali dell'impresa comune, sulla base della quale si pone la giustapposizione operata in letteratura tra l'impresa comune meramente cooperativa (da intendersi alla stregua di un accordo tra operatori indipendenti) e l'impresa comune cd. concentrativa, tale potendosi intendere solo quella "esercitante stabilmente tutte le funzioni di una entità economica autonoma".

⁽¹³⁾ Così, in luogo di molti, M. NOTARI, *La nozione*, cit.; ma diversamente orientato V. CARIELLO, *Controllo*, cit., p. 165 s.

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.

La regolamentazione della fattispecie del controllo analogo congiunto, ad onta della intrinseca complessità del fenomeno, è piuttosto scarna e lascia scoperta la definizione di una serie di aspetti riguardanti le *tecniche di esercizio del potere esercitato congiuntamente* dalle amministrazioni. Nel prosieguo si tenterà di dare evidenza ai profili procedurali dell'esercizio congiunto del controllo, con l'avvertimento che l'esame è innanzitutto strumentale alla comprensione del contenuto e dei confini della fattispecie considerata nella sua interezza.

Deve in primo luogo interrogarsi sulla presenza di un vincolo sulla forma delle procedure attraverso cui le amministrazioni pubbliche sono legittimate ad esercitare congiuntamente il potere del controllo analogo; deve al riguardo domandarsi se il consesso deputato a raccogliere la combinazione di questa volontà deve essere necessariamente **l'assemblea dei soci**, e dunque un organo sociale, o lo statuto può investire di questo potere direttamente le amministrazioni legittimate a riunirsi in un **organo extrasociale**.

Su un piano diverso, ma contiguo al primo, deve poi chiedersi se il carattere congiunto del controllo analogo debba estrinsecarsi necessariamente nel **consenso unanime** delle amministrazioni (congiunto come situazione equivalente a consenso unanime), o possa invece rinvenirsi anche in circostanze nelle quali sia stato predeterminato un procedimento di formazione della volontà delle amministrazioni fondato sul **principio di maggioranza** (congiunto come situazione equivalente a consenso del gruppo delle amministrazioni). Sul quesito spiega naturalmente efficacia il tema generale della possibile circolarità tra l'esperienza del controllo congiunto riconosciuta dal diritto *antitrust* e l'influenza congiunta

esercitata su società pluripartecipata. Il dubbio è se il carattere congiunto dell'influenza passi, parallelamente all'esperienza dell'ordinamento *antitrust*, dall'attribuzione di un potere-interdittivo in favore della singola amministrazione controllante: a fronte del riconoscimento a ciascuna amministrazione del potere di determinare la formazione di una decisione (strategica o significativa) con l'esercizio del diritto di *veto* ⁽¹⁴⁾ si profilerebbe infatti un equilibrio prossimo a quello prodotto dal consegna decisionale del consenso unanime.

4. *Predeterminazione del controllo analogo (congiunto) in favore di organo extrasociale: ammissibilità.*

È controverso se la procedura attraverso la quale le amministrazioni sono tenute ad esercitare i poteri decisionali del controllo analogo possa avere una forma diversa dal procedimento assembleare.

Una interpretazione conservatrice vorrebbe attribuire alla novità prevista ai sensi dell'art. 16, comma secondo, lett. a), t.u., il limitato significato di consacrare la legittimità di una diversa ripartizione delle competenze tra l'assemblea degli azionisti e l'organo amministrativo, aprendo le porte ad una (mera) traslazione di competenze tra organi dell'organizzazione societaria e con l'effetto di realizzare una devoluzione di competenze di alta gestione all'organo deputato a raccogliere la volontà dei soci pubblici.

La tesi è ispirata ad una esigenza di prudenza; ma, al contempo, essa parrebbe avallata anche da una valutazione di esperienza. Si tenga infatti conto che il precetto contenuto nell'art. 2380-*bis* c.c. è costantemente ricordato al tema della ripartizione delle competenze tra l'assemblea e l'organo amministrativo: se dunque l'investitura monopolistica degli amministratori sulla gestione dell'impresa incarna un naturale e logico binomio con la coppia degli artt. 2364-2365 c.c., il richiamo alla deroga contenuto nella lett. a) del secondo comma

⁽¹⁴⁾ Rispetto al quesito posto, rimane indifferente la natura del potere di veto, che potrà intendersi come veto-implicito (quando sia richiesto che la decisione sia approvata da tutte le amministrazioni investite del controllo) o veto-esplicito (quando l'approvazione della decisione, ancorché rimessa alla formazione di un consenso espresso da una maggioranza, possa essere però impedita dall'espresso dissenso di un singolo ente pubblico).

dell'art. 16 t.u. potrebbe a ragione intendersi nella limitata prospettiva di legittimare una diversa ripartizione delle competenze tra l'organo amministrativo e l'assemblea.

L'impostazione, se recepita, avrebbe l'effetto di restringere sensibilmente i margini per operare in deroga agli artt. 2380-*bis* e 2409-*novies* c.c., comprimendo il libero spiegamento dell'autonomia statutaria alla previsione di due soluzioni operative:

- nel primo senso, lo statuto potrebbe predeterminare la competenza dell'assemblea ad *autorizzare* il compimento di singoli atti di amministrazione nei quali sono tradotti gli obiettivi strategici dell'attività o le decisioni significative;

- nel secondo senso, lo statuto potrebbe predeterminare direttamente la competenza dell'assemblea a *deliberare* il compimento di singoli atti ed operazioni di alta gestione nelle quali si esplicitino le scelte strategiche e significative.

Delle due soluzioni operative, l'unica degna di rilievo è ovviamente la seconda. Riferire il significato del secondo comma, lett. a), dell'art. 16 t.u., alla previsione di competenze meramente autorizzatorie significherebbe infatti annullarne surrettiziamente la portata. Sarebbe pertanto arduo ritagliare un significato al principio introdotto con il t.u. quando il raggio di azione finisse per essere invece assorbito nella disposizione di diritto comune dell'art. 2364, n. 5, c. c. È dato pensare, per contro, che lo statuto di una società *in house* possa riservare all'assemblea la competenza deliberativa su decisioni strategiche e significative. L'attribuzione di competenze decisionali in favore dell'assemblea, in quanto organo rappresentativo della volontà dei soci, legittimerebbe la formazione di un controllo strategico sulla *governance* in favore delle amministrazioni partecipanti.

Prescindendo ora da questo specifico profilo, non si può comunque ignorare che l'impostazione prescelta sarebbe gravida di ulteriori e suggestive conseguenze. Intravedere nella lett. a), comma secondo, dell'art. 16, t.u., la mera facoltà di predeterminare una diversa ripartizione di competenze decisionali tra organi sociali porterebbe infatti al risultato pratico di trasformare l'assemblea degli azionisti in un organo *lato sensu* gestorio ⁽¹⁵⁾, perché investito della

⁽¹⁵⁾ Un precedente associabile all'odierna "assemblea sovrana" beneficiaria di attribuzioni gestorie ai sensi dell'art. 16, comma secondo, lett. a), t.u., potrebbe essere

definizione degli obiettivi strategici e delle linee programmatiche della gestione, e con l'effetto di ripristinare sotto una nuova angolazione l'originario mito della sovranità assemblare⁽¹⁶⁾.

rinvenuto, ad esempio, nell'assemblea delle piccole società cooperative, su cui v. P. ABBADESSA, *L'assemblea amministratrice nelle piccole società cooperative (prime impressioni)*, in *Riv. soc.*, 1999, p. 201 ss.; G. CAPO, *Piccole società cooperative e gradi illusioni: riflettendo sull'art. 21, l. 7 agosto 1997, n. 266*, in *Giur. comm.*, 1998, I, p. 470 ss.

⁽¹⁶⁾ La tesi secondo la quale la competenza gestoria degli amministratori si sarebbero arrestate in presenza di atti strategici capaci d'incidere sensibilmente sulla struttura e sugli altri elementi caratterizzanti dell'attività d'impresa veniva accolta nella dottrina più risalente: secondo percorsi argomentativi differenti, tra gli altri, cfr. A. DE GREGORIO, *Corso di diritto commerciale. Imprenditori - Società*, Milano-Roma-Napoli-Città di Castello, 1964, p. 293 s.; G. FERRI, *Le società*, in *Trattato di dir. civile*, diretto da F. Vassalli, Torino, 1971, pag. 508 s. Queste teorie sono state però superate dalla più recenti elaborazioni dottrinali, anche di quella favorevole a riconoscere all'assemblea la legittimazione a partecipare alle vicende gestorie (e vedi infatti le critiche di P. ABBADESSA, *Competenza dell'assemblea: casistica e principi*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G. E. Colombo-G. B. Portale, cit., pag. 11 ss.; V. CALANDRA-BUONANURA, *Gestione dell'impresa e competenze dell'assemblea nella società per azioni*, cit., pag. 124 ss.).

Pare degno di nota, tuttavia, che secondo alcuni autori l'assemblea degli azionisti conserverebbe competenze implicite sugli atti cd. primordiali. Si veda, sul tema, G. B. PORTALE, *Rapporti fra assemblea e organo di amministrazione nei sistemi di amministrazione*, in *Il nuovo diritto delle società. Liber Amicorum Gian Franco Campobasso*, Torino, 1, cit., p. 5 ss.; G. B. PORTALE- A. DACCO', *Accentramento di funzioni e di servizi nel gruppo e ruolo dell'assemblea della società controllata*, in *Riv. dir. priv.*, 2006, p. 463 ss., specie 470, ove gli autori distinguono gli atti di organizzazione da quelle di gestione: se i primi rimangono, almeno di regola, ancora di competenza dell'assemblea; per i secondi, invece, la nuova disposizione dell'art. 2364 c.c. rende più difficile, ma non esclude, un possibile coinvolgimento dell'assemblea. M. MIOLA, *Atti estranei all'oggetto sociale e autorizzazioni e ratifiche assembleari dal vecchio al nuovo diritto societario*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2009, II, p. 290 s.; S. A. CERRATO, *Il ruolo dell'assemblea nella gestione dell'impresa: il "sovrano" ha veramente abdicato?*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, II, p. 155 ss.; cfr. M. MAUGERI M., *Sulle competenze implicite dell'assemblea nella società per azioni*, in *Riv. dir. soc.*, 2007, p. 86; V. PINTO, *Brevi osservazioni in tema di deliberazioni assembleari e gestione dell'impresa nella società per azioni*, in *Riv. dir. impr.*, 2004, p. 450 s.

Critico verso le teorie che vorrebbero riconoscere all'assemblea degli azionisti competenze gestorie implicite, però, M. S. SPOLIDORO, *La tutela dei soci di minoranza e dei creditori della holding nella nuova disciplina delle società di capitali*, in *Studi in onore di Vincenzo Buonocore*, Milano, 2005, p. 3908 s., sebbene l'Autore non escluda l'esistenza di limiti implicite nell'azione dell'organo amministrativo, attesa l'impossibilità di deliberare "operazioni che di fatto equivalgono a modifiche sostanziali di elementi determinati in previsioni (formali) dello statuto"; M. LIBERTINI, *Scelte fondamentali di politica legislativa e indicazioni di principio nella riforma del diritto societario del 2003. Appunti per un corso di diritto commerciale*, in *Riv. dir. soc.*, 2008, p. 221; P. ABBADESSA, *La competenza in materia di gestione nella s.p.a.: dal codice alla riforma*, in AA. VV., *Amministrazione e controllo nel diritto delle società. Liber amicorum Antonio Piras*, cit., p. 13; P. ABBADESSA-A.MIRONE, *Le competenze*,

È da chiedersi, però, se il significato della norma possa spingersi anche oltre i confini di una diversa ripartizione di poteri tra gli organi sociali, ove mai si ritenesse che la prevista derogabilità agli artt. 2380-*bis* e 2409-*novies*, c.c., permetta di legittimare l'attribuzione di competenze decisionali *direttamente* in favore delle amministrazioni pubbliche, spinte ad impartire direttive extrassembleari. In linea con quanto espressamente contemplato dal sistema sulle nomine pubbliche alle cariche sociali di cui all'art. 2449 c.c., sarà opportuno domandarsi se l'autonomia statutaria possa allora introdurre una previsione *extraordinem*, sotto il profilo dell'ordinamento societario, ed al contempo singolare, con riguardo all'attribuzione di un potere in favore del singolo o della categoria.

La chiave di lettura che s'intende ora rappresentare possiede una dimensione peculiare quando la società è pluripartecipata; pare infatti ovvio constatare che nelle società unipersonali l'alternativa dell'attribuzione direttamente all'amministrazione non dovrebbe invece spostare gli equilibri e scalfire la concentrazione dei poteri in capo al socio unico, a *fortiori* perché l'attività deliberativa dell'assemblea sarebbe in ogni caso da questi dominata. L'osservazione permette peraltro di fare chiarezza sul risvolto pratico della contesa, chiarendo opportunamente che le diverse forme con cui si vorrebbero attribuire i poteri possono rilevare nella prospettiva di rappresentare le tecniche di esercizio del controllo congiunto: in altri termini, rimettere le competenze strategiche all'assemblea (composta dalle amministrazioni partecipanti) o all'opposto direttamente alle amministrazioni pubbliche (tenute a concertare le determinazioni in comitati o associazioni atipiche) può concretamente rilevare ai fini della combinazione dei meccanismi strumentali alla precostituzione del carattere congiunto del controllo.

in AA.VV., *Le nuove s.p.a.*, diretto da O. Cagnasso e L. Panzani, Bologna, 2010, p. 313 ss.; C. ANGELICI, *La società per azioni. Principi e problemi*, I, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da A. Cicu, F. Messineo, L. Mengoni, continuato da P. Schlesinger, Milano, 2012, p. 349 ss., specie 360; cfr. A. BARTALENA, *La partecipazione di società di capitali in società di persone*, in *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, diretto da P. Abbadessa e G. B. Portale, 1, cit., p. 114 (con riferimento all'impossibilità di applicare analogicamente l'art. 2361, comma secondo, cod. civ.).

È degno di nota, dopotutto, il radicamento di una prassi caratterizzata dal richiamo alla figura *dell'assemblea (o comitato) di coordinamento*. L'espressione, legata storicamente all'esperienza delle società a partecipazione comunale, identifica un fenomeno trasversale capace di rappresentare qualsiasi forma di riunione o associazione tra i rappresentanti delle amministrazioni pubbliche partecipanti ad una società. Tant'è che, talvolta, il fenomeno è descritto come *assemblea intercomunale di coordinamento*. Si deve pertanto pensare all'assemblea di coordinamento come un organo extrasociale al quale lo statuto affiderebbe il controllo analogo della società attraverso la esternalizzazione del potere di esercitare una direzione strategica e generale.

Il tentativo di rinvenire nella norma in commento la cristallizzazione della facoltà di devolvere ad un organo extrasociale l'esercizio dell'influenza determinante sulla società affidataria parrebbe tuttavia incontrare le resistenze poste da precise evidenze normative e si esporrebbe, in ogni caso, a riserve di opportunità.

Entrambi gli ostacoli devono essere aggirati o meritano comunque una diversa considerazione.

Sull'ammissibilità di un organo extrasociale deputato all'esercizio del controllo analogo incide innanzitutto la disposizione sul divieto d'istituire organi diversi da quelli previsti dalle norme generali in tema di società ⁽¹⁷⁾; la circostanza, infatti, dovrebbe portare a negare la possibilità d'invocare la decantata derogabilità dell'art. 2380-*bis* c.c. allo scopo di trasferire competenze gestorie in favore di un organo extrasociale, sia esso la cd. assemblea di coordinamento o altra impropria commissione rappresentativa della volontà delle amministrazioni partecipanti ⁽¹⁸⁾. Una valutazione di segno opposto

⁽¹⁷⁾ Sul divieto di istituire organi extrasociali v. C. IBBA, *Introduzione*, cit., p. 13 s.

⁽¹⁸⁾ C. IBBA, *Introduzione*, cit., p. 14. S'interroga sulla possibilità di applicare il divieto in un'accezione di ampio respiro e riferito anche a comitati (consultivi, istruttori etc.) I. DEMURO, *La governance*, cit., p. 172.

L'ipotesi della istituzione di un'assemblea di coordinamento è stata avversata da G. BASSI, *Le determinazioni del controllo analogo in forma collettiva nell'istituto dell'in house providing*, in Riv. trim. app., 2009, p. 430, p. 430, in quanto "strumento frutto della fervida fantasia di alcuni burocrati municipali che hanno adombrato una soluzioni della complessa questione del controllo analogo artifici privi di ogni reale

sarebbe però suggerita da quanti ritengono inapplicabile il citato divieto alle società *in house* sulla scorta del carattere eccezionale della previsione che il richiamato t.u. riferisce unicamente alle società a controllo pubblico, interponendo un ostacolo all'ipotetica estensione alle società invece soggette al controllo analogo ⁽¹⁹⁾.

In ordine alla fondatezza della prospettiva da ultima tracciata, ad avviso dello scrivente la questione non potrà tuttavia dipendere dal mero argomento testuale; e ciò, peraltro, a prescindere dalla volontà del legislatore storico di attribuire al riferimento operato selettivamente al controllo pubblico una valenza preclusiva e senza neppure trascurare i dubbi sulla consapevolezza di un concreto raccordo tra il significato della previsione normativa e la facoltà di sagomare statutariamente l'assetto societario in funzione della soggezione al controllo analogo dell'amministrazione.

Nessun pregio può altresì riconoscersi al tentativo, frutto di una impropria approssimazione, di risolvere la questione ritenendo che la condizione del controllo pubblico non possa non sussistere quando la società partecipata sia sottoposta all'esercizio del controllo analogo. Il richiamo alla differenza tra i concetti del controllo pubblico e di quello analogo, consacrato anche dal tenore letterale delle norme definitorie, permette di fare chiarezza sull'impossibilità di operare sovrapposizioni tra fattispecie diverse sul piano concettuale, funzionale oltre che operativo.

Allo scopo di sciogliere i dubbi sulla compatibilità del citato divieto con l'attribuzione di competenze decisionali in favore *direttamente* delle amministrazioni investite della legittimazione ad operare all'interno di un consesso diverso all'assemblea - ed esterno all'organizzazione corporativa - è parso invece dirimente ragionare sulla composizione degli interessi protetti dalla menzionata disposizione di legge. Sono probabilmente due le ragioni che hanno determinato il legislatore ad introdurre il divieto di istituire organi diversi da quelli previsti dalle norme generali della società a controllo

validità sul piano ordinamentale, sebbene di fatto azionati e reiterati con successo, nel caso concreto, nella convinzione della loro pacifica giuridicità".

⁽¹⁹⁾ L. PICARDI, *Strutture e principi di governance*, in AA. VV., *La governance delle società pubbliche*, Milano, 2017, p. 51, specie in nota 58, per la quale il divieto d'istituire organi diversi da quelli previsti dalle norme generali in tema di società è riferito (e si applica) solo alle società a controllo pubblico di cui all'art. 2, lett. b), t.u.

pubblico: i) la prima, di ordine eminentemente pratico, attiene principalmente all'esigenza di contenimento della spesa pubblica ed alla corrispondente volontà di evitare la moltiplicazione di seggi o incarichi e la proliferazione dei centri di spesa⁽²⁰⁾; ii) la seconda, suggerita invece dalle ragioni di coerenza con le linee generali della nuova disciplina, riguarda il mantenimento della purezza del tipo sociale prescelto per l'esercizio dell'iniziativa economica come puntualmente prescritto dall'art. 1, comma terzo, t.u. ⁽²¹⁾ Ragionando sulla scorta della *ratio legis* del divieto, allora, non dovrebbe permanere dubbio alcuno sull'estensione della sua vigenza anche alle società astrette all'amministrazione dal vincolo del controllo analogo ⁽²²⁾. Un'interpretazione funzionalmente orientata dovrebbe fare giustizia sulla portata riconosciuta al divieto il quale, per quanto più interessa rilevare in questa sede, non può costituire ostacolo alla predeterminazione statutaria di competenze direttamente alle amministrazioni pubbliche, ovvero ai soggetti pubblici tenuti ad agire congiuntamente secondo regole diverse da quelle che presiedono al funzionamento degli organi societari. La conclusione è spiegabile in ragione di quanto viene di seguito riportato.

Nell'ipotesi di società pluripartecipata, l'attribuzione di competenze decisionali direttamente alle amministrazioni pubbliche costringerebbe queste ultime ad istituzionalizzare un meccanismo che - sebbene alternativo all'assemblea - dovrebbe dare comunque

⁽²⁰⁾ Con effetti potenzialmente anche perniciosi sul corretto funzionamento degli assetti organizzativi dell'impresa pubblica, come esattamente osservato da I. DEMURO, *La governance*, cit., p. 172 s., specie 173, dove il "rischio che questa corsa alle limitazioni organizzative...non preoccupandosi di conciliare i vincoli introdotti con regole basiche di organizzazione aziendale, possa risultare dannosa per la società in termini di *governance* e di adeguatezza degli assetti, e ciò ponendosi in singolare contrasto con altre previsioni del Testo Unico".

⁽²¹⁾ In senso contrario si pone l'opinione di coloro i quali hanno ritenuto invece che le deroghe alla disciplina comune previste per le società in house, con particolare riguardo al modello azionaria, induca a ragione di una specialità che determini un distacco sul piano tipologico dal modello privatistico (v. F. MASSA FELSANI, *Partecipazioni pubbliche tipi sociali*, cit., p. 211 s.)

⁽²²⁾ Le ragioni di contenimento degli oneri connessi alla gestione dell'impresa non posso ritenersi esclusive delle società a controllo pubblico e dovrebbero anzi valere a maggior ragione per le società a partecipazione interamente pubblica destinate ad operare alla stregua di enti di autoproduzione. Né può diversamente opinarsi avendo riguardo alla conservazione dell'assetto corporativo compenetrato al tipo sociale, ispirato ad un principio applicabile anche alle società in house, ed ispirato ad una concezione privatistica del fenomeno accolta in questo lavoro.

adeguate garanzie per assicurare il coordinamento tra le azioni o iniziative da promuovere nella prospettiva dell'esercizio congiunto dei poteri speciali riconosciuti dallo statuto. Ebbene, questo coordinamento può avvenire attraverso la partecipazione ad un consesso, una forma impropria di assemblea, che rimane esterno all'organizzazione societaria e funzionerà secondo regole diverse da quelle societarie. Si tratta di un organo autenticamente extrasociale; è dato presumere che l'istituzione dipenda dalla volontà delle amministrazioni partecipante riposta in un atto esterno allo statuto, anche se da questo richiamato con il limitato effetto di legittimare il concreto strumento di esercizio congiunto del controllo analogo.

Se è vero che il "consesso" entro il quale le amministrazioni sarebbero tenute ad esercitare congiuntamente il controllo analogo integra una realtà *esterna* all'organizzazione dell'assetto societario - la cui natura non potrà non dipendere concretamente dal contenuto della volontà prodotta dalle amministrazioni partecipanti - non si vede come si possa temere di compromettere l'integrità del tipo sociale a causa di innesti esogeni e stravaganti. L'avversato pericolo di una destrutturazione del modello societario non è infatti riconducibile *sic et simpliciter* alla sussistenza di un organo extrasociale ma dipende, a monte, dalla devoluzione di competenze ad un centro decisionale diverso dall'organo amministrativo: ma, a ben vedere, la questione si ripropone negli stessi termini qualora venisse predeterminata un'attribuzione statutaria di poteri direttivi in favore dell'assemblea degli azionisti. Per contro, lo spostamento di competenze decisionali - nei limiti in cui potrà avere la copertura dell'espressa derogabilità prevista dagli artt. 2380-bis e 2409-*novies* c.c., e più in generale di quei principi del diritto societario che riconoscono un fenomeno di contrattualizzazione del potere d'impresa ⁽²³⁾ - parrebbe costituire un'opzione statutaria tollerata a prescindere dalle modalità di esercizio dei poteri di controllo da parte delle amministrazioni aggiudicatrici, tanto se le medesime esprimano le proprie determinazioni all'interno dell'assemblea degli azionisti (deroga alla

⁽²³⁾ Né deve trascurarsi che il riformato diritto delle società di capitali tollera un processo di esternalizzazione del potere in favore di centri decisionali esterni alla società. Basterà considerare il caso nel quale la società si sottomette contrattualmente alla direzione ed al coordinamento di un altro ente ex art. 2479-*septies* c.c.

competenza degli amministratori in favore dell'assemblea degli azionisti) o viceversa con un procedimento decisionale extrasociale (deroga alla competenza degli amministratori in favore dell'assemblea di coordinamento delle amministrazioni).

In via speculare, poi, deve anche escludersi che l'interesse al contenimento della spesa pubblica - cui s'ispira il divieto di cui all'art. 11, comma nono, lett. d), t.u. - possa ritenersi in sé incompatibile con la predeterminazione statutaria di un'attribuzione di competenze decisionali in favore di un organo extrasociale rappresentativo delle amministrazioni pubbliche. Ogni qualvolta il funzionamento del congegno procedimentale non produce oneri per la società - perché, ad esempio, sia prevista la gratuità dell'incarico per i rappresentanti delle amministrazioni - non sussiste ragione alcuna per ritenere compromesso il secondo e concorrente interesse che legittima l'applicazione del divieto in esame.

5. Tecniche di formazione della volontà delle amministrazioni: spazi di operatività.

Superate le riserve in ordine all'ammissibilità di una clausola statutaria che legittimi i soci pubblici ad esercitare il controllo analogo fuori dall'assemblea degli azionisti, andrebbe poi esplorato il tema - tutt'altro che scontato e marginale - dello spazio operativo di questa opzione organizzativa. Sotto questo profilo, deve aversi riguardo principalmente all'opportunità di predeterminare tecniche organizzative con le quali il controllo è devoluto ad un centro decisionale esterno alla società.

Qualsiasi valutazione sull'opportunità della tecnica di precostituzione del controllo analogo congiunto non può essere naturalmente sviscerata in astratto; ma esige, all'opposto, una considerazione analitica dello strumento adoperato per la concertazione delle iniziative di governo e direzione rimesse all'azione congiunta dalle amministrazione aggiudicatrici.

Non si può al riguardo rinunciare ad una distinzione tra due fattispecie concrete:

- i) Per un verso, il caso in cui il potere di controllo analogo sia stato affidato ad un organo extrasociale, rappresentativo della volontà delle amministrazioni partecipanti;

- ii) Per altro verso, il caso in cui il meccanismo di esternalizzazione del potere decisionale sia stato invece *istituzionalizzato* attraverso la devoluzione ad una società-veicolo preposta ad operata nella qualità di *holding* del gruppo pubblico ⁽²⁴⁾.

⁽²⁴⁾ L'elemento di novità di questo modello (menzionato, con riferimento all'imputazione del controllo congiunto derivante da accordo parasociale, da V. CARIELLO, *Controllo*, cit., p. 198) è riposto sulla *forma* assunta dall'organo di direzione strategica delle società *in house*. L'organo extrasociale deputato all'esercizio del controllo analogo è qui personificato, assume la veste di un distinto ente-societario (o non societario).

I modelli operativi di funzionamento della *holding* del gruppo pubblico possono essere almeno cinque:

i) la società (o ente diverso dalla società) *holding* sia partecipata da tante amministrazioni pubbliche che aderiscono altresì ad un'unica società operativa sottoposta al controllo analogo della prima in corrispondenza a previsione statutarie o vincoli contrattuali;

ii) la società (o ente diverso dalla società) *holding* sia partecipata da tutte le amministrazioni che dispongono affidamenti diretti ad un'unica società operativa partecipata unicamente dalla prima;

iii) la società (o ente diverso dalla società) *holding* sia partecipata da più amministrazioni pubbliche, ciascuna delle quali aderisce nella qualità di socio unico ad una società beneficiaria di affidamenti diretti ma sottoposta al controllo centralizzato della società pluripartecipata;

iv) la società (o ente diverso dalla società) *holding* sia partecipata da tante amministrazioni pubbliche che aderiscono altresì a diverse società pluripartecipate beneficiarie di affidamenti diretti e sottoposte al controllo analogo della *holding*;

v) la società (o ente diverso dalla società) *holding* detenga partecipazione in società pluripartecipate operative nella gestione dei servizi oggetto degli affidamenti concessi dalle pubbliche amministrazioni.

Taluni di questi modelli - in particolare quello esemplificato alla lett. *iii*) - sono puramente concettuali, nel senso che i costi generati dalla formazione di una simile struttura di gruppo non sarebbero compensati da adeguati vantaggi. Il rischio è allora quello di uno scivolamento in esperimenti solo teorici di organizzazione del controllo analogo.

I modelli che possono avere uno spazio di operatività sono invece raggruppabili in due macrocategorie:

a) da un lato, quelli che porterebbero ad istituire la *holding* come mero veicolo per l'esercizio congiunto del controllo da parte delle amministrazioni partecipanti sulla comune società *in house* [e vedi in particolari i paradigmi i) e ii)];

b) dall'altro lato, quelli con i quali la società capogruppo viene invece piegata a strumento di collettivizzazione delle decisioni strategiche riguardanti un arcipelago di società a partecipazione pubblica attraverso l'istituzione di una *governance* centralizzata del gruppo [e vedi in particolare i paradigmi iv) e v)].

In questo lavoro, si tenterà di rappresentare il funzionamento del modello lett. i), tramite l'illustrazione delle potenzialità e delle criticità di un sistema convenzionale nel quale l'esercizio congiunto del controllo analogo sia basato sulla remissione della direzione strategica ad un organo cd. extrasociale.

6. *Devoluzione di competenze in favore dello pseudo organo extrasociale.*

Soccorre la necessità di una preliminare precisazione terminologica. Il riferimento al concetto di organo (extrasociale) è da intendere su un piano meramente descrittivo. Non è detto che il consesso rappresentativo delle amministrazioni pubbliche abbia i crismi formali associati al concetto tecnico-giuridico di organo ⁽²⁵⁾. Per decodificare la natura di questo pseudo organo dovrà invece guardarsi al meccanismo concretamente applicato per il funzionamento del controllo analogo congiunto. Per quanto il tema possa avere interesse nella presente sede, deve prendersi atto che il riferimento all'organo extrasociale identifica solamente il *procedimento* attraverso cui le amministrazioni concerteranno l'esercizio del potere di controllo analogo; ma soprattutto che le regole di funzionamento di questo procedimento sono aliene allo spiegamento dell'attività degli organi dell'organizzazione societaria, rispetto alla quale si pone tutt'al più come fonte di produzione esterna eccezionalmente riconosciuta dall'ordinamento societario per gli effetti della normativa in materia di affidamenti *in house*.

Non sarà superflua, *in limine*, una ricerca sulle ragioni di opportunità del radicamento in capo ad un organo extrasociale del potere di esercitare una influenza determinante su decisioni

⁽²⁵⁾ Rimane su un piano piuttosto scivoloso la differenza tra l'istituzione dell'organo e quei fenomeni paralleli in cui la procedimentalizzazione dell'azione organizzata passa attraverso la creazione di comitati, uffici e comunque centri di produzione della volontà sociale (cfr. M. STELLA RICHTER jr., *Riflessioni sul sindaco unico delle società di capitali*, in *Riv. soc.*, 2012, p. 178 ss.; il tema ha un carattere di teoria generale ed è stato esplorato principalmente con riguardo all'organizzazione dell'amministrazione pubblica, su cui v. infatti S. GIANNINI, voce *Organi (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, XXXI, Milano, 1981, p. 45, secondo il quale "l'organo non può essere definito che da norme di leggi primarie; gli uffici contemplati da norme secondarie (regolamenti) o da negozi giuridici non possono che essere uffici. Ciò in quanto l'imputazione attiene alla soggettività giuridica, ed è quindi coperta da riserva di legge perché solo le norme primarie possono stabilire o regolare le figure giuridiche soggettive dell'ordinamento giuridico".

strategiche e significative ai sensi dell'art. 16, comma secondo, lett. a), t.u. Si tratta di una valutazione che andrà ponderata comparando i vantaggi di questa procedura decisionale rispetto al modello della remissione dei poteri alla sfera di competenza dell'assemblea degli azionisti in cui le amministrazioni interverranno nella qualità di socio. Deve pertanto interrogarsi sull'esatta valutazione degli interessi tutelati con la previsione di una procedura extrasociale di esercizio congiunto del controllo analogo, in uno (ovviamente) con le ragioni pratiche che porterebbero a rifuggire dal modello concettuale dell'assemblea *sovra*na.

Un ipotetico vantaggio di efficienza associato alla procedura extrasociale non può essere rinvenuto se non sul piano della maggiore *duttilità delle forme del procedimento* di formazione della volontà all'interno del consesso deputato a raccogliere le determinazioni prodotte congiuntamente dalle amministrazioni aggiudicatrici. L'indagine s'intreccia, sotto questo profilo, con l'aspetto più complesso della questione.

Il riferimento all'organo extrasociale, ripreso nell'accezione di procedimento esterno all'organizzazione corporativa, pone infatti il notorio problema d'individuare la normativa da applicarvi, definire le regole - sostanziali e procedurali - che presiedono alla formazione della volontà determinata congiuntamente dalle amministrazioni. Quando il consesso investito delle funzioni del controllo analogo incarna una unità organizzativa atipica ed informale, il funzionamento non sarebbe naturalmente coperto da un corrispondente statuto normativo: da qui il ricorso all'autonomia privata, in generale, e statutaria, in particolare, per colmare il vuoto normativo. Il carattere extrasociale, in corrispondenza alla natura convenzionale del fenomeno, esalta infatti il ruolo dell'auto-regolamentazione anche nella prospettiva della definizione delle modalità e condizioni di esercizio congiunto del controllo analogo. L'espansione di uno spazio di autoregolamentazione pone tuttavia gravi problemi di compatibilità con l'esigenza di valorizzare le prerogative partecipative ascrivibili alle amministrazioni pubbliche e rischierebbe di compromettere altresì l'interesse a garantire adeguati livelli di trasparenza nella produzione dell'attività deliberativa nella quale si

sostanzia l'esercizio congiunto del controllo analogo da parte delle amministrazioni pubbliche.

Per dare contezza dei problemi generati dall'atipicità di questo pseudo-organo basterà considerare, a titolo evidentemente esemplare, l'interesse di ciascuna amministrazione pubblica a che siano in ogni caso preservati adeguati livelli di garanzia partecipativa nei procedimenti decisionali, attraverso - ad esempio - il diritto ad una tempestiva convocazione o consultazione di tutte le amministrazioni, il diritto a discutere delle valutazioni e decisioni rimesse alla loro determinazione ⁽²⁶⁾; ma il profilo più controverso del funzionamento di questo pseudo organo extrasociale sarebbe però dato dall'esame del principio di composizione dei conflitti tra le amministrazioni ammesse all'esercizio congiunto di poteri decisionali, e dalla parallela ricerca dei rimedi di reazione alla violazione dei diritti partecipativi attraverso la contestazione (se del caso) delle determinazioni assunte congiuntamente dalle amministrazioni riunite in un consesso extrasociale.

Sul tema non si può prescindere dalla necessità di assicurare un'acquisizione di ordine logico. Non dovrebbero trovare applicazione *analogica* le regole societarie previste per organizzare il funzionamento degli organi sociali. Se il vuoto normativo venisse colmato invocando le garanzie dettate dalla disciplina dell'assemblea, infatti, si incorrerebbe nella perniciosa contraddizione di creare un organo alternativo all'assemblea degli azionisti ma pur sempre destinato a funzionare secondo la regolamentazione propria dell'organo sociale.

7. Il carattere congiunto dell'influenza tra unanimità e maggioranza.

L'assenza di un'autonomia e diretta regolamentazione dell'organo extrasociale alimenta l'incertezza se sottoporre il congegno

⁽²⁶⁾ Quale che sia la natura di questo meccanismo di proceduralizzazione nell'esercizio congiunto dei poteri di controllo - si tratti cioè di una struttura associativa di diritto privato, di un organo di coordinamento delle amministrazioni pubbliche o viceversa di un fenomeno essenzialmente convenzionale - andrebbero in ogni caso riconosciute a ciascuna amministrazione adeguate prerogative nelle forme del diritto alla tempestiva informazione su ipotetiche riunioni ovvero alla preventiva consultazione, ed il corrispondente potere di discutere sulle determinazioni da prendere nell'esercizio del ruolo di regia assegnato dall'istituzione del controllo analogo sulla società beneficiaria di affidamenti *in house*.

procedimentale concretamente definito per l'esercizio congiunto del controllo analogo alla regola di maggioranza o, in senso contrario, ritenere che il coordinamento delle azioni dei soggetti pubblici debba risolversi in un consenso unanime da parte delle amministrazioni aggiudicatrici.

Si ripropone, con la singolare sfumatura connessa al caso che ci occupa, una delle questioni più suggestive ed al contempo controverse all'orizzonte dei fenomeni giuridici in cui v'è traccia di una forma di organizzazione di gruppo, sospesa sul tentativo di piegare il procedimento di formazione della volontà collettiva talvolta al principio corporativo di maggioranza altre volte a quello contrattuale del consenso unanime ⁽²⁷⁾. Rinnovata nei termini segnalati, la contrapposizione tra i modelli concettuali di composizione degli interessi promossi dai soggetti del gruppo organizzato è caricata di un significato nuovo la cui rilevanza conserverebbe una rilevanza tutt'altro che scontata: sottomettere le attività dell'organo extrasociale al consenso della maggioranza avrebbe la conseguenza operativa di associare il carattere congiunto del controllo analogo ad un dato principalmente formale qual è l'intervento delle amministrazioni aggiudicatrici nei processi decisionali riguardanti atti strategici o di programmazione generale; per contro, sottoporre alla regola del consenso unanime la formazione delle volontà dell'organo extrasociale significherebbe raccordare il carattere congiunto del controllo alla verifica di una puntuale condivisione da parte delle singole amministrazioni di ciascuna determinazione prodotta.

La tentazione sarebbe quella di rimettere la risoluzione della questione ad un preliminare considerazione incentrata sulla natura dell'organo extrasociale investito statutariamente di poteri decisionali ai sensi dell'art. 16, comma secondo, lett. a), t.u., e ragionare - di conseguenza - sull'eventualità di un inquadramento nella categoria

⁽²⁷⁾ Sulla contrapposizione tra unanimità e maggioranza come derivazione del fondamento contrattuale o corporativo dell'organizzazione v., in luogo, di molti A. SERRA, *Unanimità e maggioranza nelle società di persone*, Milano, 1980, p. 1 ss.; ma vedi anche, in luogo di molti, F. GALGANO, *Il principio di maggioranza nelle società di persone*, Padova, 1960, p. 1 ss. (ma dello stesso Autore si veda, di recente, *La forza del numero e la legge della ragione. Storia del principio di maggioranza*, Bologna, 2007, p. 23 ss.; ed in chiave di ricostruzione storica, sul regresso del principio contrattuale dell'unanimità in favore a quello corporativo di maggioranza, resta insuperato il contributo di E. RUFINI, *Il principio maggioritario. Profilo storico*, Milano, 1976³, p. 1 ss.

degli organi in senso stretto in contrapposizione a meccanismi più o meno elaborati di concertazione su base convenzionale. Il crinale tra le due sfere del fenomeno andrebbe rinvenuto nell'alternativa che suole contrapporre il regolamento convenzionale - sottoposto alle regole comune del contratto - all'istituzione di un'organizzazione di gruppo, improntata agli opposti principi dell'azione collegiale ⁽²⁸⁾. La prospettiva non è però del tutto convincente. Almeno per quanto il tema possa interessare in questa sede, è sembrato approssimativo il *modus operandi* che vorrebbe contrapporre rigidamente organizzazione e contratto. È sufficiente osservare che proprio la concertazione prevista dal regolamento contrattuale potrà concretamente seguire la logica maggioritaria per effetto di una specifica predeterminazione convenzionale, anche quando inserita all'interno dello statuto di società, e per contro, invece, il funzionamento dell'attività prodotta da un organo propriamente detto potrebbe all'opposto sottostare alla regola deliberativa dell'unanimità.

Si pensi al caso esemplare in cui lo statuto della società non si sia limitato a rimettere i poteri del controllo analogo alla cd. assemblea di coordinamento, ma abbia altresì predeterminato la regola secondo cui le amministrazioni pubbliche sarebbe tenute a concertare a maggioranza le determinazioni su atti strategici e significativi. In una ipotesi siffatta, parrebbe ragionevole rinvenire quanto meno un patto

⁽²⁸⁾ Sul passaggio dal contratto all'organizzazione e sulle diverse implicazione di funzionamento dell'azione collettiva si veda le chiarissime pagine di A. GAMBINO, *Il principio di correttezza nell'ordinamento delle società per azioni. Abuso di potere nel procedimento assembleare*, Milano, 1987, passim; cfr. anche C. ANGELICI, voce *Società per azioni e società in accomandita per azioni*, in *Enc. dir.*, XLII, Milano, 1990, p. 985 ss.; ID., *Le basi contrattuali della società per azioni*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G. E. Colombo e G. B. Portale, Tipo - Costituzione - Nullità, 1*, Torino, 2004, p. 101 ss. (e già in *Studi sull'autonomia dei privati*, a cura di G. B. Ferri e C. Angelici, Torino, 1997, p. 300 ss.) ; ID., *Voto e deliberazioni*, in G.B. FERRI- C. ANGELICI, *Studi sull'autonomia dei privati*, a cura di G. B. Ferri e C. Angelici, Torino, 1997, passim. Non è un caso, peraltro che dottrina più risalente - allo scopo di segnalare una discriminazione tra fenomeni comunque differenti di manifestazione dell'azione di un gruppo organizzato - solleva riconoscere l'esistenza di una organizzazione corporativa come effetto di un "contratto di organizzazione" (A. ASQUINI, *Corso di diritto commerciale. Le società*, Lezioni, Roma, 1942, p. 22; T. ASCARELLI, *Il contratto plurilaterale*, in *Studi in tema di contratti*, Milano, 1952, p. 115 s., 135 s.; G. AULETTA, *Il contratto di società commerciale*, Milano, 1937, p. 31).

cd. parasociale inserito direttamente nello statuto ⁽²⁹⁾ con il quale le amministrazioni pubbliche partecipanti avranno accettato - espressamente con la sottoscrizione dell'atto fondativo o implicitamente con l'acquisito di partecipazioni nella predetta società - di sottomettersi al consenso della maggioranza ⁽³⁰⁾. In questo caso, però, non v'è traccia di un organo in senso stretto in quanto il meccanismo concretamente previsto per la concertazione delle volontà delle amministrazioni controllanti manterrebbe la natura di mera convenzione tra soci, non dissimile da un qualsiasi altro accordo tra paciscenti; se questo è vero, potrà allora convenirsi sul fatto che l'ammissibilità di una convenzione tra amministrazioni pubbliche non può escludere, a priori, l'ancoraggio del carattere congiunto del controllo al funzionamento di un procedimento di formazione a maggioranza della volontà dei controllanti ⁽³¹⁾. Ma neppure si può escludere l'eventualità di una circostanza opposta. Si pensi al caso nel quale lo statuto prevede l'attribuzione statutaria di poteri decisionali in favore di un organo interno all'apparato della pubblica amministrazione deputato a rappresentare la volontà degli enti pubblici come nel caso, ad esempio, del consorzio pubblico ovvero di altra struttura amministrativa fondata sulla base di protocolli d'intesa, atti o provvedimenti delle pubbliche amministrazioni; si potrebbe di conseguenza avere che il particolare consesso deputato all'esercizio del controllo analogo risulti sottoposto a regole proprie dell'ordinamento della pubblica amministrazione (sull'organo designato, sul consorzio, etc) in base alle quali le determinazioni andrebbero invece assunte con il consenso unanime delle amministrazioni rappresentate.

Neppure si può condividere l'obiezione in base alla quale il carattere congiunto del controllo analogo, presupponendo una *eguaglianza* tra le amministrazioni pubbliche, dovrebbe portare a

⁽²⁹⁾ Stando alla tesi per la quale il *discrimen* tra la natura sociale e parasociale andrebbe rinvenuto non tanto nella forma dell'atto (atto costitutivo o statuto, o, all'opposto, in atto separato) bensì in ragione del contenuto della predeterminazione pattizia.

⁽³⁰⁾ Sull'ammissibilità dei sindacati (di voto) a maggioranza v., diffusamente, G. RESCIO, *I sindacati di voto*, in *Trattato delle società per azioni*, cit., p. 599 ss.

⁽³¹⁾ In senso speculare, v. V. CARIELLO, *Controllo*, cit., p. 192 ss., sulla distinzione tra accordi parasociale (di voto) funzionanti all'unanimità ed accordi parasociali (di voto) funzionanti a maggioranza.

ritenere necessario il consenso unanime dei soggetti pubblici rappresentati dall'organo extrasociale. È stato infatti acutamente dimostrato che la tecnica di formazione della volontà (maggioranza o unanimità) è neutra rispetto all'osservanza del principio generale di eguaglianza, ovvero non è esclusa dalla sottoposizione del gruppo ad un meccanismo di determinazione a maggioranza, costituendone anzi un presupposto logico di operatività ⁽³²⁾. Nel caso che ci occupa, peraltro, l'importanza di preservare le condizioni di uguaglianza tra gli enti investiti del controllo si raccorda perfettamente con la rilevanza riconosciuta all'interesse promosso dalle amministrazioni pubbliche: questo interesse si risolve nello sviluppo del progetto imprenditoriale posto a fondamento della società pluripartecipata e concepito a servizio delle amministrazioni beneficiarie dell'autoproduzione. Negare il funzionamento della regola maggioritaria nel procedimento di esercizio del controllo porterebbe pertanto a frustrare le iniziative partecipative di ciascuna amministrazione, perché facile ostaggio dal veto altrui, con il risultato pratico d'infrangere anche l'interesse promosso con la predeterminazione del controllo congiunto ⁽³³⁾.

Il senso della giustapposizione tra il sistema di formazione della volontà a maggioranza e quello fondato invece sul consenso unanime,

⁽³²⁾ Che l'uguaglianza sia presupposto "indefettibile" per l'affermazione del potere della maggioranza è opinione sostenuta già da H. KELSEN, *Teoria del diritto e dello Stato*, trad. it., Milano, 1952, p. 292, per il quale "il principio di maggioranza è una sintesi delle idee di libertà e di eguaglianza"; F. A. HAYEK, *La società libera*, trad. it., Firenze, 1969, p. 127 s.; F. GALGANO, *La forza del numero*, cit., p. 39, il quale osserva che "il governo di una società fra uguali non può essere altrimenti attuato se non sulla base di un mero calcolo aritmetico, che faccia prevalere il maggior numero"; ricostruisce invece il nesso in termini di normale ma non necessario collegamento N. BOBBIO, *La regola di maggioranza: limiti e aporie*, in N. Bobbio, C. Offe e S. Lombardini, *Democrazia, maggioranza e minoranza*, Bologna, 1981, p. 39 ss.

⁽³³⁾ Sulla combinazione del principio di maggioranza e la valorizzazione dell'interesse partecipativo dei singoli appartenenti al gruppo v., in luogo di molti, l'ampia trattazione in R. SACCHI, *Il principio di maggioranza nel concordato preventivo nell'amministrazione controllata*, Milano, 1984, p. 38 ss.; di recente M. FABIANI, *Contratto e processo nel concordato fallimentare*, Torino, 2009, p. 171 s. Ma v. già le puntuali osservazioni di F. D'ALESSANDRO, *Sui poteri della maggioranza del ceto creditorio e su alcuni loro limiti* (in *Fall.* 1990, p. 189 ss., ora in *Scritti di Floriano d'Alessandro*, t. 2, Milano, 1997, p. 911 ss.) che a pag. 913 pone l'accento sull'ambivalenza del principio di maggioranza e sulla sua potenziale strumentalità all'esigenza di una democratica partecipazione alla formazione della volontà del gruppo.

d'altronde, non esaurisce gli effetti sul piano dalla mera individuazione del criterio di legittimazione all'esercizio dei poteri del controllo analogo. Il quesito è invece posto allo scopo principale di selezionare i soggetti cui poter imputare il controllo congiunto. Dietro il velo del carattere congiunto dell'esercizio del potere si cela l'alternativa d'imputare il controllo alle sole amministrazioni capaci di rappresentare (anche per vincoli di coesione di carattere fiduciario) la maggioranza all'interno del gruppo, o, per contro, indifferentemente a tutte le amministrazioni pubbliche coinvolte nel procedimento decisionale, anche quando la determinazione sia stata concretamente assunta a maggioranza ⁽³⁴⁾.

Ebbene, la difficoltà di comprendere se il vessillo del carattere congiunto del controllo possa autorizzare a riferire questa situazione giuridica a tutti gli enti che aderiscono al consesso extrasocietario risente, a monte, della mancanza di una consolidata elaborazione scientifica del controllo congiunto, espressione con la quale sovente vengono accostati fenomeni di mero concorso di più soggetti nel controllo e che potrebbero essere invece spiegati come ipotesi di pluralità di controllo individuali o di controllo plurimo ⁽³⁵⁾. Si aggiungano, peraltro, le asperità incontrate nel percorso di ricerca di un spazio operativo del controllo congiunto: dapprima è stato arduo ammettere che il controllo potesse derivare da iniziative concorrenti di più soggetti ⁽³⁶⁾, tanto più che voci assai autorevoli negavano la possibilità di rinvenire un controllo in capo al sindacato (più in generale al gruppo organizzato) e tendevano invece a riferirlo ai singoli aderenti alla convenzione ⁽³⁷⁾; ed anche quando si è pervenuti

⁽³⁴⁾ Il quesito è efficacemente posto, con riguardo al tema del controllo congiunto fondato su accordi parasociali, da V. CARIELLO, *Controllo*, cit., p. 185 ss.

⁽³⁵⁾ Ampio riferimento a queste figure diverse di concorso nel controllo in M. NOTARI, *La nozione*, cit., p. 406 s.

⁽³⁶⁾ Il riferimento è principalmente alle riserve espresse sulla configurazione di un'ipotesi di controllo ex art. 2359, n. 3, c.c., in presenza di un patto di sindacato di voto sottoscritto dai soci che rappresenterebbero la maggioranza del capitale sociale (v. R. COSTI, *I sindacati di voto nella legislazione più recente*, cit., p. 32, per il quale non si può dire che ciascuno dei soci paciscenti, in forza del vincolo parasociale, "debba considerarsi come controllore solitario").

⁽³⁷⁾ Così R. COSTI-G. MINERVINI, *Due pareri su come vada inteso il rapporto di controllo in presenza di sindacati di voto (art. 4, comma 3°, legge n. 1/1991)*, cit., p. 1015 ss.; P. MARCHETTI, *Note sulla nozione di controllo nella legislazione speciale*, cit.; A.

al riconoscimento normativo del controllo congiunto, la previsione è stata considerata mera proiezione delle peculiarità di uno singolare settore dell'ordinamento, precisamente di quello *antitrust* nel quale le dinamiche concorrenziali portano a dare rilevanza anche alla situazione di controllo prodotta dal bilanciamento di poteri interdittivi. Il processo che ha legittimato l'affermazione del concetto normativo si è pertanto arrestato al risultato di ammettere la rilevanza di un controllo congiunto in una prospettiva sfumata - che passi cioè attraverso l'accertamento in favore di ciascuno dei soggetti coinvolti del potere di porre la propria volontà come elemento decisivo, in positivo o in negativo, delle determinazioni dell'ente soggetto al controllo ⁽³⁸⁾ - sollecitando d'altronde il sospetto che il fenomeno esaminato desse rilevanza ad un concorso di controlli individuali o ad un controllo plurimo più che identificare un potere direttivo direttamente riferibile alla collettività ⁽³⁹⁾.

Per stabilire se, nel caso che ci occupa, possa farsi un passo avanti ed ammettere che il carattere congiunto si traduca nella diretta ed unitaria riferibilità del potere alla collettività delle amministrazioni - ovvero al gruppo delle amministrazioni - deve ragionarsi partendo dalla struttura della nozione di controllo analogo nella quale risulta assorbita - per quanto è stato già puntualizzato - ogni considerazione sulle modalità di esercizio del potere.

Se ben s'intende, infatti, il passaggio da un modello decisionale fondato sull'unanimità a quello incentrato invece sul consenso a maggioranza avrebbe l'effetto di alterare la configurazione del controllo analogo. Il punto di equilibrio nella costruzione della fattispecie può essere illustrato assumendo come chiave di lettura il significato dell'aggettivazione *determinante* associata all'influenza esercitata sulla società beneficiaria di affidamenti diretti. Quanti

PATRONI GRIFFI, *L'acquisizione di azioni o quote di enti creditizi: note esegetiche e rilievi sistematici in tema di fattispecie autorizzative*, cit., p. 1193 ss.

⁽³⁸⁾ M. NOTARI, *La nozione*, cit., p. 410 ss.

⁽³⁹⁾ M. NOTARI, *La nozione*, cit., p. 406 s., il quale avverte "Ma si può ancora parlare di controllo congiunto? Oppure la situazione è meglio definibile come pluralità di contestuali controlli individuali?", oppure "potremmo attribuire il termine di controllo plurimo alla più ampia categoria di ipotesi di pluralità di distinte posizioni di controllo sulla medesima impresa, e il termine di controllo congiunto alle sole ipotesi in cui il controllo plurimo è caratterizzato da una comunione d'intenti e di interessi".

volessero sposare l'impostazione secondo cui le decisioni assunte nell'esercizio del controllo analogo congiunto devono estrinsecarsi attraverso il consenso unanime delle amministrazioni aggiudicatrici avrebbero la possibilità di fregiarsi del suggestivo ancoraggio alla tesi per la quale il carattere determinante del contributo partecipativo del singolo deve passare in ogni caso attraverso l'esercizio di un potere (anche meramente) interdittivo ⁽⁴⁰⁾. Si tratta, come si è appena accennato, del significato comunemente associato al concetto di controllo congiunto nel contesto della normativa anticoncorrenziale ⁽⁴¹⁾ ed oggi espressamente ripreso nella speculare definizione del controllo pubblico di cui all'art. 2, comma primo, lett. b), t.u., nella misura in cui si procede a dare espressa contezza di uno sconfinamento dal piano dell'influenza dominante attraverso la prescrizione del consenso unanime dei controllanti sull'adozione di decisioni finanziarie e gestionali strategiche.

L'accoglimento di questa opzione interpretativa potrebbe inoltre offrire un elemento per giustificare, a monte, la scelta di un modello di concentrazione del controllo analogo in favore direttamente delle amministrazioni pubbliche, riunite in un organo extrasociale. In ragione del fatto che la produzione della volontà deliberativa dell'assemblea degli azionisti viene piegata alla logica corporativa della maggioranza, la rimessione all'organo sovrano dei poteri del controllo analogo non dovrebbe dare alcuna garanzia sull'esercizio congiunto quale condizione perché la società pluripartecipata possa essere beneficiaria di affidamenti diretti da parte delle singole amministrazioni aggiudicatrici. L'evidenza avrebbe dovuto pertanto incoraggiato il tentativo d'intravedere nella derogabilità degli artt. 2380-bis e 2409-novies c.c. la facoltà di preconstituire un controllo

⁽⁴⁰⁾ In favore della tesi per cui il carattere congiunto del controllo richiederebbe l'accertamento di un potere di veto in favore di ciascuna amministrazione partecipante v., tra gli altri, infatti M. LIBERTINI, *La società di autoproduzione in mano pubblica: controllo analogo, destinazione prevalente dell'attività ed autonomia statutaria*, in *www.federalismi.it.*, p. 22; F. GUERRA, *Il controllo*, cit., p. 795 s.; G. CAIA, *La società a prevalente capitale pubblico locale come formula organizzativa di cooperazione tra Comuni*, in *Foro amm.*, 2002, p. 1232.

⁽⁴¹⁾ Il collegamento è infatti evidenziato da F. GUERRA, *Il controllo*, cit., p. 795, nt. 74; mentre per un riscontro sulla fattispecie prevista dal diritto *antitrust* ampi riferimenti in M. NOTARI, *La nozione*, cit. passim.; M. LAMANDINI, *Il controllo. Nozione e tipo*, cit. passim.

esterno, devoluto direttamente ad organo extrasociale rappresentativo delle amministrazioni pubbliche.

Sovvengono, tuttavia, valide ragioni per dissentire da questo orientamento. Persuade l'idea che il controllo analogo congiunto *possa* essere esercitato sulla scorta di un meccanismo di combinazione della volontà delle amministrazioni rimesso alla regola del consenso manifestato a maggioranza; il precipitato operativo dell'impostazione sarà - alle condizioni si seguito riportate - l'imputazione a ciascuna delle amministrazioni (rappresentate nel consesso celebrato) delle determinazioni assunte a maggioranza ⁽⁴²⁾. L'elaborazione del concetto di controllo analogo congiunto nei termini appena declinati permetterebbe di superare il confine segnato dall'esperienza maturata nel contesto della normativa *antitrust*.

Uno snodo fondamentale del ragionamento riposa sull'adesione ad una concezione del carattere determinante dell'influenza esercitata dall'amministrazione aggiudicatrice ai sensi dell'art. 16 t.u. alla stregua di un attributo *qualitativo-funzionale* del controllo; fuori dall'uso di un parametro di misura dell'influenza di tipo numerico-quantitativo, si aprono presumibilmente spazi operativi meno ingessati per il funzionamento del carattere congiunto del controllo analogo.

Il superamento della costruzione concettuale che identifica il carattere congiunto al riconoscimento di un potere negativo-

⁽⁴²⁾ Pare interessante richiamare l'impostazione di V. CARIELLO, *Controllo*, cit., p. 193 ss., secondo cui in presenza di un "accordo parasociale funzionante a maggioranza", il controllo non può imputarsi indifferentemente a tutti i paciscenti dovendo invece procedere a selezionare i *partners* che avranno effettivamente disposto del potere di influenza e non abbiano invece assunto un ruolo passivo-marginale nel procedimento decisionale. Il principio, considerato in astratto, merita condivisione.

Nel contesto delle società pluripartecipate sottoposte al controllo analogo, però, il ragionamento apre un bivio:

- ritenere che l'applicazione della regola di maggioranza comporti sempre una selezione dei soggetti ai quali imputare il controllo, con la conseguenza di determinare un'attenuazione dell'operatività di questo modello di esercizio del controllo;

- o, per contro, riservare all'autonomia privata il compito di prevedere un congegno decisionale in base al quale la predeterminazione di una condivisione corale da parte delle amministrazioni possa convivere con la remissione delle determinazioni alla maggioranza del gruppo.

L'autore di questo lavoro ha tentato di percorrere questa seconda via, come illustrato nel testo ed in particolare nel par. 7.2.

interdittivo in favore dei soggetti investiti del controllo è riprovato innanzitutto da una osservazione di carattere generale. Si tratta, come già avvertito, di una costruzione concettuale servita a giustificare il controllo congiunto sull'impresa comune cd. concentrativa. La previsione di un carattere congiunto dell'influenza nell'ambito della normativa anticoncorrenziale ha primariamente infranto la pretesa natura solitaria del controllo; ed ha sollecitato una fuga in avanti stando al tentativo di estendere il carattere congiunto ad ipotesi di controllo diverse, compreso quello societario ⁽⁴³⁾, ancorché congelato dall'opinione prevalente sulla scorta del carattere eccezionale di quelle evidenze attinte da singoli segmenti normativi ⁽⁴⁴⁾. Il tentativo di raccordare l'essenza del carattere determinante dell'influenza al riconoscimento di un potere interdittivo-negativo dei processi decisionali, perché invocato allo scopo di spiegare la nozione di controllo prevista dalla normativa *antitrust*, non può spiegare alcun effetto fuori da questo segmento normativo. E peraltro, l'opzione di ridurre la nozione di controllo congiunto all'esercizio di un prerogativa negativo-interdittiva neppure potrà essere elevata a preposizioni universale.

Queste riserve valgono, a maggior ragione, quando si passa a considerare il controllo analogo congiunto esercitato dalle amministrazioni aggiudicatrice sulla società pluripartecipata. La prassi testimonia un netto incremento del fenomeno, frutto della combinazione tra l'interesse aziendalistico a migliorare l'efficienza dei processi produttivi attraverso il raggruppamento delle attività esercitate singolarmente dai soggetti pubblici e la necessità di operare un adeguamento alle sopravvenienze normative che dettano limitazioni alla costituzione o al mantenimento di società a partecipazione pubblica. Se il modello della società pluripartecipata è decisamente in ascesa, a fronte anche di un espresso riconoscimento nella disciplina degli enti di autoproduzione delle amministrazioni

⁽⁴³⁾ M. LAMANDINI, *Il controllo. Nozione e tipo*, cit., *passim*.

⁽⁴⁴⁾ L'opinione prevalente si limitava a giustificare la sopravvenienza normativa sulla scorta della giustapposizione con la fattispecie del controllo societario ed ancorava la discriminazione tra le aggettivazioni dell'influenza alla tipologia del potere esercitato, necessariamente positivo-assoluto (in caso di influenza dominante) anche negativo-interdittivo (in ipotesi di influenza determinante): G. RESCIO, *I sindacati*, cit., p. 703 ss.; M. NOTARI, *La nozione*, cit., *passim*.

pubbliche, non invano si deve insistere sulla necessità di tener conto della struttura proprietaria della società pluripartecipata allo scopo d'interpretare la disciplina di riferimento. Sarà pertanto degno di nota riscontrare la frequenza con la quale plurime amministrazioni pubbliche, rappresentative di comunità appartenenti ad aree territoriali omogenee, partecipino in misura anche molto diversa in società destinate ad operare con tutti i soggetti pubblici: l'elevato numero di enti pubblici coinvolti, unitamente al diverso dimensionamento della partecipazione a ciascuno presumibilmente riferibile, dovrebbe portare ad escludere il controllo analogo congiunto se inteso nell'accezione accolta dalla normativa *antitrust*. Fuori da fattispecie singolari tutt'altro che ricorrenti nella prassi ⁽⁴⁵⁾, ammettere che il carattere determinante dell'influenza si debba risolvere nell'esercizio di un potere interdittivo predeterminato statutariamente in capo alla singola amministrazione porterebbe al risultato pratico di rendere inutilizzabile il modello della società pluripartecipata nella prevalenza dei contesti in cui si sviluppa il fenomeno dell'*in house providing*.

Se la conclusione svilisce l'interesse alla razionalizzazione delle fonti di spesa pubblica - da cui trae origine anche il *favor* normativo alla concentrazione delle iniziative economiche in società pluripartecipate - pare allora più che ragionevole confidare su percorsi interpretativi alternativi.

Una sollecitazione dello stesso tenore perviene dall'evoluzione del concetto di controllo analogo nella giurisprudenza comunitaria. L'esperienza maturata dalla Corte dimostra infatti che l'ammissione di un controllo congiunto fu dapprima orientata all'esigenza di valorizzare la libertà delle amministrazioni pubbliche di attendere ai compiti d'interesse pubblico mediante il ricorso a strumenti associativi

⁽⁴⁵⁾ Sarà, ad esempio, il caso della società partecipata in misura equipollente da due amministrazioni (e per gli effetti abusivi dell'esercizio del potere interdittivo radicato corrispondentemente in favore dei soci v. M. CIAN, *Abus d'égalité, tutela demolitoria e tutela risarcitoria*, in *Corr. Giur.*, 2008, p. 404 ss.; A. PISANI MASSAMORMILE, *Minoranze "abusivi" e rimedi*, Torino, 2004, p. 28 ss.; ma già G. B. PORTALE, *"Minoranze di blocco" e abuso del voto nell'esperienza europea: dalla tutela risarcitoria al "gouvernement des juges"?*, in *Europa e dir. priv.*, 1999, p. 156 ss.; cfr. A. NUZZO, *L'abuso della minoranza. Potere, responsabilità e danno nell'esercizio del voto*, Torino, 2003, p. 59 ss. e 182 ss.), o circostanze diverse ma comunque singolari (su cui vedi le esemplificazioni in M. NOTARI, *La nozione*, cit. p. 395 ss.).

di esercizio comune dell'attività; in una fase successiva, però, i risultati dell'esperienza comunitaria hanno spinto l'istituto fuori da quella primitiva concezione che soleva intravedere nel controllo congiunto una pluralità di controlli individuali, intendendo il carattere congiunto nel senso di potere riferibile *unitariamente* al gruppo delle amministrazioni aggiudicatrici ⁽⁴⁶⁾.

Sulla scorta delle evidenze contenute nell'emanato t.u., poi, vi sarebbero elementi indiziari di una rappresentazione del carattere congiunto del controllo analogo anche fuori dalla predeterminazione di un meccanismo di pesi e contrappesi decisionali fondato sulla vigenza di veti o poteri interdittivi in favore dei soggetti esercenti il controllo. Lo testimonierebbe, per l'appunto, la giustapposizione con la nozione di controllo pubblico ai sensi dell'art., 2, lett. b), t.u., nel qual caso l'accertamento del controllo presuppone – fuori dalla verifica dell'influenza dominante – la predeterminazione del consenso unanime ai fini dell'adozione delle decisioni finanziarie e gestionali strategiche. La puntuale definizione del controllo pubblico congiunto, in ragione dell'assenza di una speculare previsione con riguardo al controllo analogo, pare offrire almeno due spunti di riflessione. Non si tarda a intravedere, innanzitutto, la possibilità di evocare l'insegnamento tratto dalla tecnica dell'argomentazione a contrario secondo il noto brocardo *ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*: in tal senso, il raccordo del carattere congiunto al consenso unanime operato espressamente per la fattispecie del controllo pubblico di cui all'art. 2, lett. b), t.u., ne dovrebbe escludere un'automatica e incondizionata trasposizione al diverso concetto del controllo analogo congiunto. La conclusione è confermata, in secondo luogo, dal rapporto che intercorre tra i concetti del controllo analogo e del controllo pubblico, là dove il primo non potrà considerarsi un mero sotto-tipo di quello pubblico e meno ancora potrà considerarsi in esso necessariamente

⁽⁴⁶⁾ Sull'evoluzione della giurisprudenza comunitaria si rinvia a V. DONATIVI, *Le società*, cit., p. 1056 ss.

Corte Giust., 13 novembre 2008, causa C-324/07, in Riv. trim. app., 2009, p.383 ss., affermato che il controllo analogo possa essere esercitato congiuntamente dalle amministrazioni pubbliche attraverso una deliberazione adottata anche a maggioranza; orientamento diverso veniva recepito da TAR Lombardia, Milano, 10 dicembre 2008, n. 5760, in Riv. trim. app., 2009, p. 394 ss., dove il controllo è rimesso all'esercizio di un potere interdittivo (sui processi decisionali) da parte dell'amministrazione pubblica.

contenuto sulla base del richiamo alla teoria dei cerchi concentrici. Il *discrimen* tra il controllo analogo e quello pubblico, anziché rimesso ad una mera modulazione dell'intensità del potere, spiega efficacia su un piano qualitativo-funzionale. Il carattere congiunto del controllo dovrebbe potersi pertanto manifestare diversamente a seconda se riferito alla definizione del controllo pubblico o per contro a quello analogo, in quanto fattispecie capaci di esprimere fenomeni posti su piani operativi - prima ancora che concettuali - diversi, e che presuppongono una diversa organizzazione nell'esercizio del potere.

7.1. *La presenza di una componente rappresentativa nell'esercizio congiunto del controllo analogo.*

Sulla scia dell'interpretazione caldeggiata, non è da escludere che la partecipazione delle singole amministrazioni pubbliche all'esercizio del controllo analogo può sfumare in un dato meramente *rappresentativo*. In questo senso, anzi, deve evocarsi un preciso riscontro contenuto nel dato normativo. Talune evidenze normative parrebbero infatti avallare il tentativo di raccordare l'esercizio congiunto dell'influenza determinante sulla società *in house* con la previsione di un meccanismo di concertazione caratterizzato da una rappresentanza meramente nominativa delle amministrazioni pubbliche ammesse alla formazione dei processi decisionali.

Il grimaldello che apre ad una simile conclusione è offerto da quanto previsto dal combinato disposto degli artt. 2, lett. d), t.u., e l'art. 5, comma quinto, d. lgs. 50/2016, dove sono declinate le condizioni per la concessione di affidamenti diretti in favore di società pluripartecipate. L'articolato normativo esige infatti che gli organi decisionali delle persone giuridiche controllate debbano essere composti da rappresentanti di tutte le amministrazioni partecipanti, anche quando i soggetti preposti alle cariche sociali possano concretamente rappresentare varie o tutte le amministrazioni aggiudicatrici. La previsione sembra presupporre la predeterminazione di meccanismi capaci di agevolare un *coinvolgimento* di tutte le amministrazioni sulla nomina delle cariche sociali, schiudendo alla eventualità di una nomina decisa a maggioranza o secondo un diverso sistema di rappresentanza dei soci

pubblici di minoranza per effetto, ad esempio, della nomina riservata alle categorie ⁽⁴⁷⁾.

Ai fini della menzionata evidenza normativa, dunque, l'esercizio di una influenza da parte delle singole amministrazioni partecipanti è stato ancorato ad una (mera) aspettativa di *rappresentanza* negli organi di direzione e controllo della società. La prescrizione contenuta nella lett. a) del primo comma dell'art. 5 d. lgs. 50/16, assume presuntivamente un ruolo centrale nella fattispecie del controllo analogo congiunto, in considerazione del fatto che la rappresentanza delle amministrazioni nell'ambito degli organi di amministrazione e controllo sovente costituisce lo strumento più efficace per esercitare una influenza determinante e consentire di eterodirigere le decisioni strategiche più significative connesse alla gestione del servizio commissionato. L'articolazione del sistema di rappresentanza dipenderà, in concreto, dalle scelte operate dall'autonomia statutaria e nulla impedisce, ad esempio, che l'assetto organizzativo venga plasmato in modo da assicurare a ciascuna amministrazione la designazione di un consigliere. Ma ciò non è affatto indispensabile perché sussista una situazione di controllo congiunto⁴⁸. Il riferimento al principio secondo cui "singoli rappresentanti possono rappresentare varie o tutte le amministrazioni" apre il varco alla possibilità di una designazione del consigliere concertata da più amministrazioni, significando che una stessa nomina potrà dare copertura alla rappresentanza di più soggetti pubblici. Per ragioni di praticità funzionale, e considerate le spinte alla razionalizzazione degli oneri finanziari nelle società partecipate, si potrà avere una rappresentanza solo figurativa ogni qualvolta la designazione sia concertata a maggioranza da parte delle amministrazioni partecipanti.

La previsione in base alla quale la designazione delle cariche sociali sia rimessa al consenso della maggioranza presuppone, pertanto, una omogeneità o strumentalità degli interessi promossi dalle singole componenti interne alla società pluripartecipata, ed essa intercetta in ogni caso rilevanti esigenze organizzative e pratiche ⁽⁴⁹⁾. Il

⁽⁴⁷⁾ Cfr. V. DONATIVI, *I "confini" (ancora incerti) del controllo analogo congiunto in materia di in house providing*, in *Giur. comm.*, 2014, II, p. 765 ss.

⁽⁴⁸⁾ V. DONATIVI, *Le società*, cit., p. 1056 ss.

⁽⁴⁹⁾ Sul collegamento del principio maggioritario alla valutazione degli interessi di una classe o categoria, v. T. ASCARELLI, *Contratto plurilaterale; comunione*

carattere figurativo della rappresentanza trova piena corrispettività nella comunanza degli interessi azionati dalle pubbliche amministrazioni cui si dà un'implicita rilevanza nella lett. c) dell'art. 5 sotto forma di un mero limite all'agire della società. Se il sistema di concertazione a maggioranza costituisce uno strumento di organizzazione del potere astrattamente adeguato all'obiettivo di concorrere a formare un meccanismo di precostituzione del controllo analogo cd. congiunto, non si potrà evidentemente prescindere dalla necessità di una valutazione concreta dell'assetto organizzativo dato alla società pluripartecipata, tenendo opportunamente in considerazione eventuali convenzioni parasociali o strumenti concorrenti di esercizio del potere, con l'avvertimento che la normativa di riferimento accoglie un'accezione di controllo essenzialmente rarefatta, irriducibile al paradigma concettuale del rapporto gerarchico dal quale avrebbe dovuto per contro derivare un vero e proprio dominio sulla gestione della società di autoproduzione.

L'aspetto da ultimo segnalato spiega rilevanza anche con riguardo al tema del corretto inquadramento del controllo analogo congiunto. I primi commentatori hanno invero osservato che la pretesa *condivisione* di questo potere - esercitato con la preliminare mediazione delle volontà dei soggetti interessati - avrebbe presumibilmente comportato un ulteriore depotenziamento del nucleo concettuale del controllo analogo. A tanto parrebbe lecito pervenire evocando il noto insegnamento secondo cui l'estensione del concetto non potrà non essere inversamente proporzionale al grado di intenzione ⁽⁵⁰⁾; e ciò,

d'interessi; società di due soci; morte di un socio in una società personale di due soci, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1953, p. 724, nt. 3; A. MIGNOLI, *Le assemblee speciali*, Milano, 1960, p. 157; A. SERRA, *Unanimità*, cit., p. 65 ss.

⁽⁵⁰⁾ Se il controllo prodotto dall'azione congiunta delle amministrazioni pubbliche viene considerato unitariamente, non ci si potrà allora lamentare di un scarto con il controllo analogo individuale, quasi a significare che il primo costituisca un potere dimidiato (osservazione suggerita da una considerazione evidentemente atomistica del coinvolgimento partecipativo delle amministrazioni rispetto allo spiegamento del controllo congiunto).

Né si possono negare talune continuità con la prassi giurisprudenziale formatasi in epoca anteriore all'emanazione delle citate sopravvenienze normative (e si veda, in particolare, Corte di Giust., 10 settembre 2009, in *Giur. dir. amm.*, 2010, p. 127, con nota di M. GIORGIO, *L'in house pluripartecipato e il caso Sea*). In ogni caso, il depotenziamento del controllo provocato dal carattere congiunto dell'influenza è una costante nel tessuto normativo e ricorre anche negli altri casi in cui è ammesso il controllo congiunto (es. art. 7, comma primo, l. 10 ottobre 1990, n. 287, oppure art.

con l'effetto pratico di operare un livellamento verso il basso delle condizioni essenziali e minimali prescritte ai fini della permanenza del requisito organizzativo della soggezione al controllo analogo, a prescindere se pluripartecipata o unipersonale ⁽⁵¹⁾. Se è vero che la natura monosoggettiva o plurisoggettiva non dovrebbe, a rigore, incidere sul nucleo concettuale riconosciuto a questo tipo di controllo, pare allo scrivente parimenti vero però che l'omologazione debba avvenire tenendo conto - in ipotesi di esercizio congiunto del potere - della relazione di controllo instaurata dal gruppo dei soggetti pubblici con la società pluripartecipata. Merita infatti accoglimento l'opinione che vuole rinvenire nel controllo analogo congiunto qualcosa di diverso dalla mera somma di tanti controlli individuali. Soccorrono, al riguardo, legittime preoccupazioni di preservare la ragione della innovazione normativa ⁽⁵²⁾; il richiamo all'evidenza del controllo analogo congiunto farebbe dunque da sponda ad una considerazione

109, comma primo. t.u.i.f.), fondato più su un parallelismo di condotte anziché su una sinergia di tipo organizzativo-strutturale; tanto è vero che alle originarie riserve sulla teorizzazione di un controllo congiunto ha generalmente fatto invece seguito una valutazione di segno positivo sull'ammissibilità della direzione congiunta ai sensi dell'art. 2479 c.c. (in luogo di molti v. P. MONTALENTI, *Direzione*, cit., p. 230).

⁽⁵¹⁾ Nel senso, cioè, che quando il controllo analogo è detenuto singolarmente, per il suo accertamento non si potrà esigere più di quanto richiesto per rinvenire una influenza determinante esercitata congiuntamente dalle amministrazioni partecipanti alla società pluripartecipata (cfr. V. DONATIVI, *Le società*, cit., p. 1058).

⁽⁵²⁾ È il caso di prestare preliminarmente attenzione ad una curiosità connessa alla formulazione letterale del testo normativo in commento. L'art. 16 contiene il riferimento al controllo analogo congiunto, ma la sua definizione è rimessa al Codice degli appalti pubblici, giusto il rinvio operato dall'art. 2, lett. d) al contenuto dell'art. 5, comma quinto, del d. lgs. 50/16. Senonché, proprio il Codice degli appalti pubblici è stato il testo legislativo di riferimento delle direttive comunitarie, nelle quali però il fenomeno dell'*in house* congiunto è ammesso "in via di mera sottrazione", quasi ad esprimerne il carattere residuale. L'oscuro significato della tecnica legislativa non meritava di essere sopravvalutato. In ogni caso, il testo interno di riferimento della direttiva esprime il concetto dell'affidamento congiunto in termini *positivi* là dove precisa la facoltà per un'amministrazione pubblica di aggiudicare un appalto pubblico o una concessione senza ricorrere alla procedura competitiva qualora sussistano le condizioni per configurare il controllo congiunto. Opportunamente, dunque, nella versione definitiva dell'art. 16 si fa rinvio all'art. 5, comma quinto, del d.lgs. 50/16 in luogo dell'originario e provvisorio riferimento all'art. 12, paragrafo 3, della direttiva 2014/24/UE. La circostanza recide qualsiasi ipotetico dubbio sull'equipollenza dell'affidamento congiunto al paradigma tradizionale dell'*in house* e, per l'effetto, legittima ad eseguire un parallelismo tra il controllo analogo singolare e quello congiunto.

unitaria dell'azione congiunta delle amministrazioni aggiudicatrici ⁽⁵³⁾. In questo senso, pertanto, la pluralità dei soggetti attivi del controllo analogo non sarebbe da considerare un mero elemento esterno alla nozione riprodotta, dandone al contrario evidenza come una fattispecie qualitativamente diversa dal concetto basilico del controllo analogo esercitato individualmente dall'amministrazione sulla società unipersonale.

Il riconoscimento di un approccio sul controllo analogo congiunto di tipo per così dire *sintetico* ⁽⁵⁴⁾ si raccorda alla conclusione sposata in questo lavoro. Se infatti il carattere congiunto del controllo esige il coinvolgimento di tutte le amministrazioni nei processi decisionali e la preventiva condivisione delle condizioni generali entro le quali si dovrà sviluppare l'autoproduzione, il mezzo per realizzare questa condizione – ovvero le procedure di concertazione – non potrà invece pretendere un accertamento del consenso unanime dei soggetti pubblici anche sulle singole determinazioni adottate in forza di meccanismi di rappresentanza del consesso pubblico.

7.2. *Condivisione del piano imprenditoriale e controllo congiunto delle amministrazioni aggiudicatrici.*

Sul piano pratico, poi, rimane il problema di comprendere in quale modo la previsione di un meccanismo di formazione a maggioranza della volontà del gruppo possa convivere con la garanzia di un coinvolgimento che vada oltre la soglia della mera consultazione delle singole amministrazioni all'interno del procedimento decisionale e passi quantomeno dal filtro della preventiva *condivisione* degli obiettivi generali perseguiti con l'esercizio del potere direttivo in cui si dipana il controllo analogo.

Da questa prospettiva, devono probabilmente considerarsi i vantaggi di una previsione statutaria che attribuisce il controllo analogo congiunto ad un'azione extrasociale delle amministrazioni

⁽⁵³⁾ V. DONATIVI, *Le società*, cit., passim.

⁽⁵⁴⁾ Su cui concorda A. NICODEMO, *Il controllo analogo congiunto nell'in house providing*, in *Riv. amm.*, 2010, p. 315 e 318; cfr. pure M. NICO, *Società in house e pluralità dei soci: ecco come il controllo analogo cambia volto*, in www.nuovarassegna.it, n. 4 del 2009, p. 2; M. M. GAETA, *Controllo analogo e modalità di amministrazione della società in house*, in *Giur. merito*, 2012, cit., p. 1353.

aggiudicatrici, che rimetta cioè l'esercizio congiunto del controllo analogo ad un consesso (l'assemblea dei sindaci o altro pseudo organo) direttamente rappresentativo delle amministrazioni partecipanti. La remissione del controllo al dipanamento di dinamiche extrasemblari, e più in generali extrasocietarie, richiede lo svolgimento di una concertazione da parte delle amministrazioni pubbliche la cui concreta definizione - in assenza di una normazione del fenomeno - è affidata all'autonomia organizzativa delle amministrazioni interessate. Il riconoscimento di un significativo spazio di autonomia organizzativa degli enti potrà concretamente spiegare la ragione del successo di questo paradigma concettuale di precostituzione del controllo analogo. Nell'ambito di questi ampi margini di autonomia è infatti concesso alle amministrazioni pubbliche di organizzare l'esercizio del controllo attraverso procedure capaci di preservarne il carattere congiunto, da un lato, ed evitare al contempo l'ingessatura che deriverebbe dalla richiesta di un consenso di tutte le amministrazioni ammesse all'esercizio dei poteri di controllo, dall'altro.

Si espone, a seguire, una possibile soluzione operativa per dare concretezza al funzionamento di un meccanismo extrasocietario di esercizio congiunto del controllo analogo.

Si pensi al caso nel quale tutte le amministrazioni sottoscrivano o aderiscano ad un accordo-quadro avente per oggetto la predeterminazione delle regole sostanziali e di quelle procedurali da seguire nell'esercizio in concreto del potere di controllo. L'accordo potrà avere la forma di un protocollo d'intesa, oppure di una convenzione ovvero di una conferenza di servizi, ma la sostanza non sarà tanto dissimile da un contratto o patto parasociale con il quale i soci avranno concertato la definizione del programma imprenditoriale affidato alla società *in house*, e fissato a monte gli obiettivi generali da perseguire nella gestione del servizio reso in autoproduzione alle amministrazioni con riferimento, ad esempio, alle condizioni (tipologia, qualità ed efficienza) di erogazione del servizio. All'atto di convenire gli obiettivi generali dell'autoproduzione del servizio, si dovranno verosimilmente predeterminare anche le *funzioni* perseguite dalle amministrazioni attraverso l'esercizio del controllo e le *modalità* di concreto svolgimento; ciò che sarà necessario osservare è

l'adeguatezza di queste modalità e procedure rispetto al raggiungimento delle finalità per le quali si riconosce il controllo analogo alle amministrazioni aggiudicatrici ⁽⁵⁵⁾.

Concordata la causa concreta sottesa alla predeterminazione del potere di controllo analogo, ovvero fissati gli obiettivi da perseguire e le modalità entro le quali verificarne il raggiungimento o il potenziale perseguimento, anche attraverso la valutazione sull'adeguatezza dei piani strategici ed industriali redatti dalla società, l'accordo quadro potrebbe rimettere alla maggioranza delle amministrazioni l'adozione delle singole determinazioni che andranno prese nell'esercitare il controllo. Nei termini ora immaginati, pertanto, l'affidamento alla maggioranza non serve ad identificare il gruppo di comando - come succede invece per l'applicazione del principio maggioritario nel funzionamento degli organi societari - ma è un mero strumento tecnico per l'esercizio congiunto del controllo, riferibile a ciascuna delle amministrazioni avvinte all'accordo ed alle quali il controllo deve pertanto riferirsi a prescindere dalla contingenza di coalizioni o micro-raggruppamenti tra singole amministrazioni. Non è dato rinvenire un'elisione del carattere congiunto del controllo solo perché l'esercizio si traduce in un'azione delle amministrazioni organizzata secondo un principio di maggioranza. L'effetto notoriamente associato all'adozione di una regola di maggioranza - la prevalenza della volontà di alcuni e dunque la formazione di un gruppo di comando - sarebbe ora stemperato dalla predeterminazione delle condizioni, anche sostanziali, convenute per l'esercizio del potere, talché il controllo potrà dirsi autenticamente congiunto, ovvero esercitato con il fattivo contributo di ciascuna amministrazione. La sottoscrizione di un accordo sufficientemente dettagliato, con il quale si rimette alla maggioranza il potere di darvi attuazione, costituisce la condizione

⁽⁵⁵⁾ Può darsi oramai per acquisita la conciliabilità del principio di maggioranza con le regole del diritto dei contratti mediata la formazione di un'organizzazione comune del gruppo (R. SACCHI, *Il principio di maggioranza nel concordato e nell'amministrazione controllata*, Milano, 1984, p. 43), organizzazione che diversamente da quanto sostenuto dalla letteratura più risalente (cfr. A. VENDITTI, *Collegialità e maggioranza nelle società di persone*, rist., Napoli, 2015, p. 20 ss.) non dovrà assumere veste necessariamente di organo collegiale; in questo secondo verso, anzi, proprio le innovazioni della riforma del diritto societario, con riguardo particolare al piano della deformazione dei processi decisionali nella s.r.l., dimostrerebbe l'inessenzialità del metodo collegiale ai fini della corretta operatività del principio di maggioranza.

che legittima l'imputazione congiunta del controllo indifferentemente a tutte le amministrazioni paciscenti. Qui, infatti, la maggioranza diventa un mero strumento di autorganizzazione prescelto dalla componente pubblica per dare attuazione all'accordo-quadro in vista della definizione, di volta in volta, delle direttive strategiche in conformità agli obiettivi generali prestabiliti; in questo senso, ovviamente, ciascuna amministrazione potrà riconoscersi nelle determinazioni che saranno adottate sulla scorta dell'accordo-quadro, proprio perché avrà preventivamente associato la propria volontà a quelle delle contingenti e mutevoli maggioranze che sarebbero formate ⁽⁵⁶⁾.

In questo contesto, pertanto, il carattere congiunto del controllo è assicurato dalla saldatura tra la preventiva condivisione dell'accordo quadro sull'esercizio del potere di controllo da parte di tutte le amministrazioni e la successiva attività prodotta in esecuzione di questo accordo da parte anche di una maggioranza. La predeterminazione degli obiettivi generali entro i quali deve misurarsi l'esercizio del controllo analogo segna la condizione sostanziale perché l'azione congiunta delle amministrazioni, anche quando frutto di una formazione a maggioranza, possa essere riferita ed imputata a tutte le amministrazioni coinvolte nel controllo ⁽⁵⁷⁾. La previsione del

⁽⁵⁶⁾ L'adesione all'accordo-quadro presuppone, evidentemente, l'accettazione degli obiettivi da perseguire attraverso l'esercizio del controllo ed anche delle procedure in base alla quali il potere direttivo deve attuarsi, compreso il meccanismo di autodeterminazione della volontà del gruppo

⁽⁵⁷⁾ Spunti per ragione in questo senso possono essere ripresi dalla letteratura che ha esaminato la figura del gruppo cooperativo paritetico di cui all'art. 2545-septies, c.c. Una parte autorevole della dottrina ha infatti ritenuto che il carattere paritetico non riguarderebbe necessariamente l'esercizio concreto del potere ma quantomeno la fissazione dei criteri nel rispetto dei quali lo stesso andrebbe esercitato: così M. LAMANDINI, *Il gruppo cooperativo paritetico semplice e qualificato (bancario). Prime riflessioni*, in *Il nuovo diritto delle società*. Liber Amicorum Gian Franco Campobasso, diretto da Abbadessa e Portale, 4, cit., p. 1107; A. ZOPPINI, *I gruppi cooperativi (modelli di integrazione tra imprese mutualistiche e non nella riforma del diritto societario)*, in *Riv. soc.*, 2005, p. 773 ss.; U. TOMBARI, *Diritto dei gruppi di imprese*, Milano, 2010, p. 143; cfr. C. E. PUPO, *Commento all'art. 2545-septies*, in *Il nuovo diritto delle società*, a cura di Maffei Alberti, v. IV, Padova, 2005, p. 2871, nt. 14.

In senso speculare, allora, si potrebbe qui ritenere che proprio la preventiva contrattualizzazione dei principi e criteri in forza dei quali si dovrà esercitare il potere di controllo potrebbe consentire – unitamente alla presenza di vincoli procedurali idonei a garantire l'interesse partecipativo di ciascuna

nucleo basilico delle direttive da impartire alle società di autoproduzione decreta, anche sul piano formale, l'esistenza di un vincolo di coesione sulla definizione degli interessi perseguiti. La comunanza dell'interesse concretamente promosso dalle amministrazioni coinvolte nel controllo funge pertanto da collante capace di dare unitarietà alle funzioni direttive rimesse all'iniziativa degli enti pubblici: con l'adesione all'accordo, infatti, le amministrazioni rinunciano implicitamente all'esercizio solitario dell'influenza ed accettano per contro di subordinare la propria determinazione all'azione congiunta del gruppo ⁽⁵⁸⁾. A garanzia della saldatura con l'attività di direzione e coordinamento esercitata dalle amministrazioni sulla base dell'accordo-quadro, poi, l'originario accordo potrà prevedere un comitato di vigilanza - composto da saggi o rappresentanti delle amministrazioni selezionati a turnazione - preposto a monitorare la congruità dell'azione congiunta spiegata dalle amministrazioni a maggioranza rispetto agli obiettivi generali fissati dalla convenzione quadro.

La stipula di una convenzione sugli obiettivi strategici e sulle modalità di perseguimento spiegherebbe pertanto un ruolo decisivo per assicurare il carattere congiunto al meccanismo di formazione dell'azione; in assenza, invece, riviverebbero i dubbi e le incertezze sulla ricorrenza delle condizioni basiliche in cui si radica il controllo analogo congiunto.

A questo riguardo, inoltre, pare scontato ritenere che il criterio di maggioranza (nella produzione dell'attività posta in esecuzione dell'accordo-quadro sull'esercizio del controllo) più confacente al concetto ed alle funzioni del controllo analogo prescinda dal calcolo per quota di partecipazione alla società, parametro invece connesso al

amministrazione - di considerare il controllo esercitato come il risultato di un'azione congiunta delle amministrazioni aderenti all'accordo.

⁽⁵⁸⁾ Un eco della questione se la remissione ad una maggioranza escluda l'imputazione del controllo a tutti i soggetti coinvolti congiuntamente nell'esercizio del potere è dato rinvenire nell'esame del criterio di esercizio del controllo paritetico nel gruppo di società cooperative *ex art. 2545-septies, c.c.*, su cui v. (in senso possibilista alla compatibilità della maggioranza con la concezione di un'azione concertata) l'ampia trattazione in R. SANTAGATA, *Il gruppo paritetico*, Torino, 2001, p. 156 ss.; ID., *I gruppi paritetici nella disciplina antimonopolistica*, in *Riv. soc.*, 2003, p. 268 ss.; cfr., M. LAMANDINI, *Il gruppo bancario paritetico: profili di diritto societario e antitrust*, in *Banca bors. tit. cred.*, 2013, p. 399.

procedimento di formazione della volontà dei soci all'interno dell'assemblea. Sarebbe invece più adeguato prevedere una maggioranza per teste o, tutt'al più, calcolata in funzione del peso dell'interesse all'autoproduzione esercitata dalla società. Il secondo modello dovrebbe presupporre che il consenso espresso dal singolo ente pubblico pesi diversamente - secondo coefficienti convenzionali - in ragione dell'incidenza dell'attività esercitata dall'impresa controllata sull'azione dell'amministrazione aggiudicatrice (es. valore delle commesse affidate, estensione del territorio servito dalla società *in house*, etc.). Si tratterebbe però di una procedura di calcolo della maggioranza difficilmente praticabile alla luce delle non secondarie asperità operative. Per questo motivo, e salvo ricorrano situazioni nelle quali si riscontri una notevole eterogeneità tra le posizioni delle amministrazioni partecipanti alla comune società *in house*, il congegno più adeguato all'esecuzione dell'accordo rimane il sistema di maggioranza per teste. Sul piano della rilevanza degli interessi, questo meccanismo di computo delle maggioranze dovrebbe inoltre neutralizzare il pericolo di una formazione di gruppi oligarchici di controllo e favorire per converso con pienezza un esercizio autenticamente congiunto dell'azione promossa dalle amministrazioni pubbliche.

Il riconoscimento di un simile assetto di organizzazione del potere pare sposarsi anche con la necessità di una preventiva fissazione degli obiettivi generali di esercizio del controllo nell'accordo quadro. Non v'è infatti chi non intravede nella preventiva determinazione degli obiettivi generali l'anticipazione di un embrionale tentativo di livellare il peso decisionale riconosciuto a ciascun ente pubblico nel farsi interprete del controllo e nel concertare - con le altre amministrazioni aggiudicatrici - la direzione della società di autoproduzione.