

Società a partecipazione mista pubblico-privata

T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II-bis, 28 novembre 2023, n. 17846 - Pres. Morabito - Est. Francavilla - S.A. PRO.DI.R. S.r.l. c. Comune di Rieti e Azienda Servizi Municipali S.p.a.

Le società a capitale misto pubblico e privato disciplinate dall'art. 17, D.Lgs. 19 agosto 2016, n. 175 debbono espletare in via esclusiva il servizio per il cui affidamento sono state costituite e, pertanto, non possono partecipare alle gare indette da altre Amministrazioni anche se relative a servizi simili.

ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI

Conforme	Corte dei conti, Sez. controllo Emilia-Romagna, 29 gennaio 2024, n. 4.
Difforme	T.A.R. Veneto, Sez. I, 4 dicembre 2018, n. 1114; Cons. Stato 31 gennaio 2018, n. 655.

(Omissis)

Il divieto di partecipare a gare imposto alle società miste di Jacopo Bercelli

La sentenza in commento afferma che per le società a capitale misto pubblico e privato di cui all'art. 17 del TUSP, sussiste un divieto generale di concorrere a gare indette da Enti pubblici non soci. Il metodo seguito appare errato, in quanto la ricostruzione si fonda più sulle minute deroghe di diritto positivo dettate dall'art. 17, che non sul quadro dei principi generali delle società e imprese pubbliche. Quanto alle argomentazioni centrali, si può sostenere che: i) a dover essere esclusivo non è l'oggetto della società, ma l'oggetto del contratto affidato alla stessa con la gara a doppio oggetto; ii) la concorrenza è pienamente tutelata se la società mista acquisisce, dagli Enti soci o da Enti terzi, ulteriori affidamenti esclusivamente con gara. La conclusione della sentenza rischia di mettere in discussione - senza un reale motivo - la stessa convenienza e dunque le prospettive di utilizzazione del modello della società a capitale misto, con un impatto sostanziale negativo sul livello di concorrenza nel sistema dei servizi pubblici locali (che pure mirerebbe a tutelare).

The judgment in question argues that the mixed public-private capital companies referred to in Article 17 of the TUSP are subject to a general prohibition to participate in tenders issued by public entities that are not members of the public sector.

The method used appears to be flawed, as the reconstruction is based more on the minute exceptions of positive law provided for by Article 17, rather than on the framework of general principles applicable to public undertakings and companies. With regard to the central arguments, there can be no doubt that: i) the exclusivity condition does not relate to the object of the company, but rather to the object of the contract entrusted to it by means of the dual object procedure; ii) competition is sufficiently protected if the mixed company obtains additional contracts exclusively by means of bids from member entities or third parties. The judgment risks calling into question, without valid justification, the advantages themselves and, consequently, the prospects for using the model of the joint stock company, with significant negative effects on the level of competition within the local public services system (which it is also intended to safeguard).

L'art. 17 del D.Lgs. n. 175 del 2016 e il contenuto della sentenza

L'art. 17, D.Lgs. n. 175/2016 (Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica - TUSP)

disciplina le società a partecipazione mista pubblico-privata e in particolare le modalità dell'affidamento ad esse di attività da parte degli Enti pubblici soci: occorre una gara a doppio oggetto e cioè riguardante al contempo "la sottoscrizione o l'acquisto

della partecipazione societaria da parte del socio privato e l'affidamento del contratto di appalto o di concessione" (comma 1) (1).

La norma è vigente ormai da vari anni. Nonostante ciò, la sentenza del T.A.R. Lazio qui in esame è - a quanto consta - la prima pronuncia giurisprudenziale che esamina, con adeguato approfondimento, la questione se, sulla base del citato art. 17, le società a capitale misto pubblico e privato possano concorrere a gare indette da Enti non soci (2).

La questione si pone perché l'art. 17, comma 1 stabilisce che l'affidamento del contratto di appalto o di concessione (che costituisce uno dei due oggetti della gara) è "oggetto esclusivo dell'attività della società mista". E il T.A.R. Lazio decide la causa proprio sulla base dell'interpretazione di questo passaggio testuale dell'art. 17.

I fatti alla base della controversia sono i seguenti. Una società a capitale misto pubblico e privato, costituita per la gestione del servizio rifiuti all'esito di una gara a doppio oggetto, proponeva ricorso avverso una delibera con la quale un Comune, non proprio socio, disponeva un affidamento *in house* del servizio rifiuti. La società mista evidenziava l'interesse (strumentale) a concorrere alla procedura a evidenza pubblica che il Comune avrebbe dovuto porre in essere una volta intervenuto l'auspicato annullamento dell'affidamento *in house*.

Il T.A.R. dichiara l'inammissibilità del ricorso per carenza di interesse, in quanto ritiene che la ricorrente comunque non possa partecipare alle gare di appalto bandite da Enti non soci. Secondo il T.A.R., infatti, l'art. 17 TUSP impone che le società miste "debbono espletare, in via esclusiva, il servizio per il cui affidamento sono state costituite e, pertanto, non possono partecipare alle gare indette da altre amministrazioni anche se relative a servizi similari".

In sintesi, gli argomenti posti dal T.A.R. a base delle sopra riportate conclusioni sono i seguenti.

Anzitutto, il T.A.R. ritiene che l'art. 17 sia nel comma 1 (che qualifica il contratto d'appalto o di concessione che fa seguito alla gara a doppio oggetto come "oggetto esclusivo dell'attività della società mista") sia nei commi successivi (che disciplinano i documenti di gara, le caratteristiche del socio privato, la durata dei patti parasociali e della partecipazione societaria del privato, gli appalti della società mista) imponga una funzionalizzazione della società mista, rispetto all'attività ad essa affidata dai soci pubblici con la gara a doppio oggetto, a tal punto intensa da comportare l'impossibilità di svolgere attività ulteriore.

Inoltre, il comma 4 dell'art. 17 attribuirebbe al socio privato "particolari diritti e vantaggi non coerenti con l'effettiva entità della sua partecipazione", che gli permetterebbe di "gestire la società con criteri diversi da quelli a cui si attengono gli altri operatori economici finendo, in tal modo, per acquisire requisiti e risorse da spendere ai fini della partecipazione ad ulteriori future gare indette da altre stazioni appaltanti, così alterando il fisiologico meccanismo della concorrenza". Da qui un'esigenza di tutela della concorrenza che imporrebbe il vincolo per le società miste di occuparsi esclusivamente delle attività affidate dai soci sulla base della gara a doppio oggetto. Proprio dal punto di vista della tutela della concorrenza, l'art. 17 TUSP si porrebbe "nel solco" del previgente art. 13, D.L. 4 luglio 2006, n. 223 conv. in L. 4 agosto 2006, n. 248, il quale imponeva l'"oggetto sociale esclusivo" per le società (miste o a capitale interamente pubblico) affidatarie di servizi strumentali (3).

Il supposto divieto per le società miste di partecipare alle gare di Enti non soci sarebbe, infine, coerente

(1) Sul tema delle società a partecipazione pubblica alla luce del testo unico del 2016, cfr. G. Rossi, *Le società partecipate fra diritto privato e diritto pubblico*, in *ww.ridiam.it*; B.G. Mattarella, *Burocrazia e riforme*, Bologna, 2017, 173 ss.; V. Donativi, *Le società a partecipazione pubblica*, Milano, 2016; M. Dugato, *Le società a partecipazione pubblica tra efficienza e responsabilità*, in *Munus*, 2016, 521 ss.; AA.VV., *Le società a partecipazione pubblica: commentario tematico ai D.lgs. 175/2016 e 100/2017*, diretto da C. Ibbia - I. De muro, Bologna, 2018. Sia consentito altresì rinviare alle osservazioni avanzate in J. Bercelli, *Le società a partecipazione pubblica. La centralità degli atti deliberativi e la loro sindacabilità nell'attuazione del Testo Unico, in Procedimento e servizi pubblici nel diritto amministrativo in trasformazione*, a cura di G. Sala - G. Sciuillo, Napoli, 2017, 213 ss., ed in J. Bercelli, *Prevalenza dei principi di diritto amministrativo e nozione di società a controllo pubblico nel testo unico in materia di società a partecipazione pubblica*, in *Diritto amministrativo e società civile*, I - Studi introduttivi, Bologna, 2018, 449 ss.

(2) La sentenza del T.A.R. Veneto, Sez. I, 4 dicembre 2018, n. 1114 citata in apertura come precedente difforme affronta in effetti la questione in maniera molto rapida e soprattutto la risolve principalmente sulla base dell'art. 4, comma 9-bis, TUSP ("Nel rispetto della disciplina europea, è fatta salva la possibilità per le amministrazioni pubbliche di acquisire o mantenere partecipazioni in società che producono servizi economici di interesse generale a rete, di cui all'articolo 3-bis del decreto-legge 13 agosto 2011, n. 138, convertito, con modificazioni, dalla legge 14 settembre 2011, n. 148, anche fuori dall'ambito territoriale della collettività di riferimento, in deroga alle previsioni di cui al comma 2, lettera a), purché l'affidamento dei servizi, in corso e nuovi, sia avvenuto e avvenga tramite procedure ad evidenza pubblica. Per tali partecipazioni, trova piena applicazione l'articolo 20, comma 2, lettera e). Resta fermo quanto previsto dall'articolo 1"). Tuttavia, la norma non riguarda espressamente le società a capitale misto pubblico e privato e comunque appare troppo generale per essere risolutiva.

(3) I primi due commi dell'art. 13, D.L. n. 223/2006 recitavano: "Al fine di evitare alterazioni o distorsioni della concorrenza e del

con l'ordinamento eurounitario, proprio perché sarebbe fondato su ragioni di tutela della concorrenza.

Insufficienza degli argomenti testuali e necessità di un approfondimento sistematico

La sentenza poggia su diversi argomenti i quali sono di carattere testuale più che sistematico, e dunque, pur essendo apparentemente convincenti, ad un più approfondito esame si rivelano infondati (4).

Già sotto il profilo testuale, comunque, si può affermare che il testo dell'art. 17 TUSP non sia univoco. Esso contiene un riferimento all'"oggetto esclusivo dell'attività della società mista", ma - a differenza del previgente art. 13, richiamato dal T.A.R. - né impone alla società un "oggetto sociale esclusivo" né riporta il divieto di operare con soggetti diversi dai soci.

È palese e va valorizzata la differenza di formulazione sul punto dell'art. 17 TUSP rispetto all'art. 13, D.L. n. 223/2006 richiamato dal T.A.R. (5).

L'art. 13, comma 2 si riferiva all'"oggetto sociale esclusivo" della società; l'art. 17, comma 1 si riferisce invece all'affidamento del contratto di appalto o di concessione, di cui alla gara a doppio oggetto, quale "oggetto esclusivo dell'attività della società mista". Quindi l'art. 17, comma 1 (a differenza dell'art. 13, comma 2) non pone limiti di oggetto sociale; per l'art. 17, comma 1, l'oggetto esclusivo ha, invece, a che fare con l'attività della società e più precisamente - e qui è il passaggio decisivo - con l'attività di cui la società mista può essere affidataria in ragione della gara a doppio oggetto.

mercato e di assicurare la parità degli operatori nel territorio nazionale, le società, a capitale interamente pubblico o misto, costituite o partecipate dalle amministrazioni pubbliche regionali e locali per la produzione di beni e servizi strumentali all'attività di tali enti in funzione della loro attività, con esclusione dei servizi pubblici locali, dei servizi di committenza o delle centrali di committenza apprestati a livello regionale a supporto di enti senza scopo di lucro e di amministrazioni aggiudicatrici di cui all'articolo 3, comma 25, del codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, nonché, nei casi consentiti dalla legge, per lo svolgimento esternalizzato di funzioni amministrative di loro competenza, devono operare con gli enti costituenti o partecipanti o affidanti, non possono svolgere prestazioni a favore di altri soggetti pubblici o privati, né in affidamento diretto né con gara, e non possono partecipare ad altre società o enti aventi sede nel territorio nazionale. Le società che svolgono l'attività di intermediazione finanziaria prevista dal testo unico di cui al decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, sono escluse dal divieto di partecipazione ad altre società o enti. 2. Le società di cui al comma 1 sono ad oggetto sociale esclusivo e non possono agire in violazione delle regole di cui al comma 1".

(4) Sull'importanza dell'interpretazione sistematica in diritto amministrativo attuale, cfr. M. Ramajoli, *L'esigenza sistematica*

Quindi sotto il profilo testuale esiste un margine interpretativo, che sollecita un approfondimento sistematico da condurre alla luce della storia della società mista nel nostro ordinamento.

Il superamento delle società miste "aperte": la gara a doppio oggetto

Il modello della società mista è stato previsto in via generale, quale forma di gestione di servizi pubblici locali, dall'art. 22, comma 3, lett. e), L. 8 giugno 1990, n. 142, poi divevuto l'art. 113, comma 5, lett. b), D.Lgs. 18 agosto 2000, n. 267 (TUEL). La norma, che si riferiva alle "società per azioni a prevalente capitale pubblico locale", non descriveva però le modalità di selezione del socio privato e quelle per l'affidamento dell'attività in favore della società (6).

Fu, quindi, la giurisprudenza a definire più precisi contorni dell'istituto (7).

Per quanto riguarda le modalità di scelta del socio privato (anche di minoranza), si è presto consolidato l'orientamento secondo cui i principi di concorrenzialità e di *par condicio* impongono la selezione con gara, anche ove non stabilita espressamente da norme puntuali (8).

Per quanto riguarda l'affidamento alla società mista, una tesi più radicale affermava che, a prescindere dalle modalità di scelta del socio privato, la costituzione della società non legittimava l'Ente socio ad attribuirle lo svolgimento di attività, occorrendo invece un'apposita gara cui la società mista avrebbe partecipato al pari di ogni altro operatore economico interessato (9). Questa posizione rimase tuttavia minoritaria perché il Consiglio di Stato chiarì che

nel diritto amministrativo attuale, in *Riv. Trim. dir. pubbl.*, 2, 2010. Sugli argomenti sistematici dell'interpretazione in generale, cfr. V. Velluzzi, *Le preleggi e l'interpretazione*, Pisa, 2013, 46 ss.

(5) Anche perché di questo supposto divieto generale per le società miste di operare a favore di altri soggetti non vi è traccia né nella Relazione illustrativa del Governo allo schema del TUSP e del successivo correttivo (D.Lgs. 16 giugno 2017, n. 100), né nei due pareri resi dalla Commissione speciale del Cons. Stato 21 aprile 2016, n. 968 e Cons. Stato 14 marzo 2017, n. 638.

(6) Solo per le società miste "senza il vincolo della proprietà maggioritaria" pubblica, l'art. 12, L. 23 dicembre 1992, n. 498 aveva previsto la scelta dei soci privati "con procedure di evidenza pubblica".

(7) Per un'analisi dell'evoluzione giurisprudenziale, cfr. S. Colombari, *Caratteri della gestione societaria dei servizi pubblici locali (in attesa delle riforme di settore)*, in *Il Diritto dell'economia*, 1999, 95 ss.

(8) Cons. Stato, Sez. V, 28 ottobre 2008, n. 5392; Cons. Stato 4 marzo 2008, n. 889. In dottrina A. Lolli, *La costituzione di società miste: i contratti associativi*, in F. Mastragostino (a cura di), *La collaborazione pubblico privato e l'ordinamento amministrativo*, Torino, 2011, 319.

(9) Cons. Giust. amm. Sicilia., Sez. giurisd., 27 ottobre 2006, n. 589.

la società mista era legittimata a ricevere affidamenti diretti da parte degli Enti pubblici soci, purché il socio privato venisse selezionato con procedura di evidenza pubblica (10). Anche la Corte di giustizia UE rilevò che una doppia gara non sarebbe compatibile con l'economia delle procedure propria dei partenariati pubblico-privati istituzionalizzati, che riuniscono la scelta del socio privato e l'aggiudicazione della concessione alla società mista (11).

Rimaneva ancora da definire un profilo rilevante: se vi fossero limiti agli affidamenti diretti da parte degli Enti soci in favore della società mista. Secondo un orientamento meno rigoroso, gli Enti soci avrebbero potuto affidare alla società mista attività anche diversa da quella espressamente considerata nella gara per la selezione del socio privato, purché contenuta nell'oggetto sociale descritto dallo statuto (12). Questa tesi venne ben presto superata: il Giudice amministrativo evidenziò le criticità della società mista c.d. generalista, intesa come società cui affidare attività non ancora identificate al momento della gara per la selezione del socio privato (13). Infatti, è necessario che l'affidamento di attività da parte degli Enti pubblici soci in favore della società mista rispetti il principio di concorrenza; perciò si è ritenuto che occorra "una unica gara per la scelta del socio e l'individuazione del determinato servizio da svolgere (delimitato in sede di gara sia temporalmente che con riferimento all'oggetto)" (14) e cioè la gara c.d. a doppio oggetto. Il corollario di questa regola generale è che "la società mista opera nei limiti dell'affidamento iniziale e non può ottenere senza gara ulteriori missioni che non siano già previste nel bando originario" (15).

Quindi la gara a doppio oggetto è stata individuata dal Giudice amministrativo - in coerenza anche con

la Comunicazione interpretativa della Commissione sull'applicazione del diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni ai partenariati pubblico-privati istituzionalizzati (PPPI) del 12 aprile 2008 (16) - quale strumento giuridico idoneo ad assicurare la legittima costituzione e operatività della società mista. Essa infatti, da un lato, permette la scelta del socio privato nel rispetto della *par condicio* dei possibili aspiranti; dall'altro lato, assicura l'affidamento alla società mista da parte degli Enti soci nel rispetto del principio di concorrenza perché i documenti di gara specificano l'oggetto di tale affidamento; in terzo luogo, ove gli Enti soci intendano affidare alla società ulteriori appalti, dovranno svolgere una nuova gara.

La gara a doppio oggetto è conforme anche alla giurisprudenza della Corte di giustizia UE, secondo cui è sottoposto ai principi fondamentali di libertà di stabilimento e di libera circolazione di capitali un contratto misto il cui oggetto principale è l'acquisizione da parte di un'impresa privata di una parte del capitale di un'impresa pubblica e il cui oggetto accessorio (indissolubilmente connesso a quello principale) è la fornitura di servizi e l'esecuzione di lavori (17); e secondo cui "l'attribuzione di un appalto pubblico ad una società mista pubblico-privata senza indizione di gara pregiudicherebbe l'obiettivo di una concorrenza libera e non falsata ed il principio della parità di trattamento, nella misura in cui una procedura siffatta offrirebbe ad un'impresa privata presente nel capitale di detta società un vantaggio rispetto ai suoi concorrenti" (18).

A livello normativo, il riferimento alla gara a doppio oggetto non compariva nell'art. 113, comma 5, lett. b), TUEL (19). Tuttavia, anche nella vigenza dell'art. 113, comma 5, lett. b), non si dubitava che

(10) Così già Cons. Stato, Sez. V, 19 febbraio 1998, n. 192 e in seguito, tra le altre, Cons. Stato, Sez. V, 3 febbraio 2005, n. 272 e Cons. Stato 18 settembre 2007, n. 4862.

(11) Cfr. la sentenza Corte di Giustizia UE 15 ottobre 2009, n. C-196/08.

(12) Cons. Stato, Sez. V, 18 settembre 2007, n. 4862.

(13) Per questa definizione di società mista generalista o aperta, cfr. Cons. Stato, Sez. V, 4 agosto 2010, n. 5214.

(14) Così Cons. Stato, Sez. V, 30 settembre 2010, n. 7214, anche sulla scorta del parere del Cons. Stato, Sez. II, 18 aprile 2007, n. 456 ove si afferma che l'affidamento alla società mista sulla base della gara a doppio oggetto non è un affidamento diretto ma è l'affidamento con procedura di evidenza pubblica dell'attività operativa della società mista al partner privato.

(15) Cons. Stato, Sez. V, 13 febbraio 2009, n. 824, richiamata anche di recente dal parere dell'ANAC n. 44 del 19 settembre 2023.

(16) La Comunicazione della Commissione afferma, infatti, che "il partner privato è selezionato nell'ambito di una procedura trasparente e concorrenziale, che ha per oggetto sia l'appalto

pubblico o la concessione da aggiudicare all'entità a capitale misto, sia il contributo operativo del partner privato all'esecuzione di tali prestazioni e/o il suo contributo amministrativo alla gestione dell'entità a capitale misto".

(17) Cfr. sentenza Corte di Giustizia UE 6 maggio 2010, n. C-149/08.

(18) Cfr. sentenza Corte di Giustizia UE 22 dicembre 2010, n. C-215/09.

(19) La norma (dopo la modifica introdotta dall'art. 14, comma 1, lett. d), D.L. 30 settembre 2003, n. 269 conv. con modificazioni in L. 24 novembre 2003, n. 326) più genericamente recitava: "L'erogazione del servizio avviene secondo le discipline di settore e nel rispetto della normativa dell'Unione europea, con conferimento della titolarità del servizio: ... b) a società a capitale misto pubblico privato nelle quali il socio privato venga scelto attraverso l'espletamento di gare con procedure ad evidenza pubblica che abbiano dato garanzia di rispetto delle norme interne e comunitarie in materia di concorrenza secondo le linee di indirizzo emanate dalle autorità competenti attraverso provvedimenti o circolari specifiche".

dovesse trattarsi di una gara a doppio oggetto: è stata ravvisata la violazione dell'art. 113, comma 5, lett. b), TUEL nel caso di affidamento da parte del socio pubblico alla società mista in difetto di gara a doppio oggetto (20).

La previsione della gara a doppio oggetto è stata introdotta nell'art. 23-bis, comma 2, lett. b), D.L. 25 giugno 2008, n. 112 conv. in L. 6 agosto 2008, n. 133, come sostituito dall'art. 15, comma 1, lett. b), D.L. 25 settembre 2009, n. 135 conv. in L. 20 novembre 2009, n. 166 (21) e poi ripetuta dall'art. 4, comma 12, D.L. 13 agosto 2011, n. 138 conv. in L. 14 settembre 2011, n. 148.

Il Consiglio di Stato è arrivato a definire ulteriori caratteri della società mista, strettamente dipendenti dalla gara a doppio oggetto (22): il socio privato deve essere operativo (23) e quindi i criteri di scelta del ridotto socio privato si devono riferire non solo al capitale da quest'ultimo conferito ma anche alle sue capacità tecniche (24); la presenza del socio privato nel capitale deve coincidere con la durata dell'affidamento alla società mista, con la conseguenza che fin dalla predisposizione degli atti di gara occorre stabilire l'obbligo di cessione della quota da parte del privato a condizioni predeterminate (25). Si tratta di conclusioni conformi anche alla già citata Comunicazione interpretativa della Commissione relativa ai PPPI (26).

L'oggetto sociale esclusivo nelle società miste strumentali

È nel contesto sopra descritto che il Consiglio di Stato talora ha fatto riferimento all'oggetto sociale esclusivo delle società miste (27).

Tuttavia, queste pronunce riguardavano non le società miste in generale, ma unicamente quelle peculiari società (miste o interamente pubbliche) - "costituite o partecipate dalle amministrazioni pubbliche regionali e locali per la produzione di beni e servizi strumentali all'attività di tali enti in funzione

della loro attività, con esclusione dei servizi pubblici locali, dei servizi di committenza o delle centrali di committenza ... nonché, nei casi consentiti dalla legge, per lo svolgimento esternalizzato di funzioni amministrative di loro competenza" - disciplinate dall'art. 13, D.L. n. 223/2006 che, come sopra anticipato, precludeva loro di operare per Enti terzi (comma 1) e inoltre ne sanciva l'oggetto sociale esclusivo (comma 2) (28).

Quindi, quando la sentenza dell'Ad. Plen. n. 1/2008 e il parere della Sez. II del Cons. Stato n. 456/2007 affermano che la previsione normativa dell'oggetto sociale esclusivo "rafforza la regola dell'esclusività [di cui al comma 1] evitando che dopo l'affidamento la società possa andare a fare altro", si esprimono con specifico riferimento alle società miste dell'art. 13, D.L. n. 223/2006 e non anche con riferimento a quelle operanti nel settore dei servizi pubblici locali, in effetti espressamente escluse dal campo di applicazione del ridotto art. 13 (e allora disciplinate dall'art. 113, comma 5, lett. b), T.U.E.L. e art. 23-bis, comma 2, lett. b), D.L. n. 112/2008).

Peraltro, si è anche chiarito che la locuzione "oggetto sociale esclusivo" discendeva dalla natura strumentale dei servizi: trattandosi di servizi resi all'Amministrazione, si veniva a creare un rapporto esclusivo tra Ente pubblico e società partecipata (29).

Del resto, l'art. 13, D.L. n. 223/2006 è stato qualificato "disposizione dal carattere eccezionale, che non può che essere interpretata in stretta aderenza al suo dato letterale, senza possibilità alcuna di applicazione oltre i casi in essa previsti" (30); come chiarito dalla Corte costituzionale (31), la finalità di tale disposizione era di distinguere tra attività amministrativa in forma privatistica e attività d'impresa di enti pubblici e di separare le due sfere di attività per evitare che un soggetto, che svolge attività amministrativa, eserciti allo stesso tempo attività d'impresa, beneficiando dei privilegi dei quali esso può godere in quanto Pubblica Amministrazione.

(20) Cons. Stato, Sez. V, 15 ottobre 2010, n. 7533.

(21) La norma così recitava: "Il conferimento della gestione dei servizi pubblici locali avviene, in via ordinaria: ... b) a società a partecipazione mista pubblica e privata, a condizione che la selezione del socio avvenga mediante procedure competitive ad evidenza pubblica, nel rispetto dei principi di cui alla lettera a), le quali abbiano ad oggetto, al tempo stesso, la qualità di socio e l'attribuzione di specifici compiti operativi connessi alla gestione del servizio e che al socio sia attribuita una partecipazione non inferiore al 40 per cento".

(22) E. Codazzi, *Le Società miste*, in C. Ibba - I. De Muro, *Le società a partecipazione pubblica*, Bologna, 2018, 277 ss.

(23) Cons. Stato, Sez. II, 18 aprile 2007, n. 456.

(24) Per tutte. Cons. Stato, Sez. V, 15 marzo 2016, n. 1028.

(25) Cons. Stato, Sez. V, 30 settembre 2010, n. 7214.

(26) La Commissione evidenziava tra l'altro che occorre formulare lo statuto in modo tale che sia possibile cambiare il partner privato alla scadenza dell'appalto o della concessione assegnati alla società mista all'esito della gara a doppio oggetto.

(27) Cons. Stato, Ad. Plen., 3 marzo 2008, n. 1; Cons. Stato, Sez. III, 25 settembre 2007, n. 322; Cons. Stato, Sez. II, 18 aprile 2007, n. 456.

(28) Per un'analisi delle società strumentali nel contesto del TUSP, cfr. G. Sciallo, *A proposito di società pubbliche strumentali*, in www.ridiam.it, 9 gennaio 2017.

(29) Cons. Stato, Sez. V, 3 giugno 2013, n. 3022.

(30) Cons. Stato, Sez. IV, 25 luglio 2014, n. 3963 con richiamo di precedenti conformi.

(31) Corte cost. 1° agosto 2008, n. 326.

Quindi, le società (interamente pubbliche o miste) cui l'art. 13, D.L. n. 223/2006 impediva di operare per Enti terzi e che avevano oggetto sociale esclusivo erano solo quelle che espletavano attività amministrativa e non anche quelle esercenti attività d'impresa (32).

Le società miste che svolgono servizi pubblici quali soggetti imprenditoriali, non sottoposti a limitazioni territoriali

Alla luce di quanto detto sulle società strumentali costituite per lo svolgimento di attività amministrativa, si spiega perché, anche nella vigenza dell'art. 13, D.L. n. 223/2006, non si è posta in dubbio la possibilità di concorrere a gare presso Enti non soci per le società miste costituite per svolgere servizi pubblici: la giurisprudenza ha osservato che la società mista "è innanzitutto un soggetto imprenditoriale, rientrando nello schema organizzativo gestionale proprio delle società di capitali e, pertanto, non sottoposto alle limitazioni territoriali" (33); dunque, solo l'Ente di riferimento potrebbe inibire (tramite apposite clausole statutarie) l'attività extra territoriale della società mista (34).

Anzi, si è sottolineato che la società mista, costituita od operante all'esito di una gara a doppio oggetto, non è neanche propriamente titolare di affidamenti diretti bensì di affidamenti a seguito di pubblica gara; di conseguenza nei confronti della società mista non poteva scattare nemmeno la preclusione dell'accesso alle gare allora stabilita (in caso di titolarità di affidamenti diretti) dal comma 9 dell'art. 23-bis, D.L. n. 112/2008 (35).

L'art. 17 del TUSP in una visione sistematica, alla luce della "storia della società mista"

Dunque, la "storia della società mista" evidenzia che la preoccupazione del legislatore e della

giurisprudenza è sempre stata di conformare il modello in maniera coerente con i principi del diritto dell'UE: da qui in particolare la definizione di quella peculiare procedura rappresentata dalla gara a doppio oggetto, che da un lato garantisce la *par condicio* nella scelta del socio privato, dall'altro lato definisce il perimetro invalicabile dell'affidamento alla società mista da parte degli Enti soci, scongiurando il rischio di ulteriori affidamenti diretti incontrollati in loro favore (36).

Da ciò non deriva, però, la conseguenza che la società mista può effettuare solo le attività di appalto o concessione di cui alla gara a doppio oggetto.

Infatti, si è illustrato che la giurisprudenza non dubitava che le società miste potessero svolgere attività ulteriori rispetto all'appalto o concessione discendenti dalla gara a doppio oggetto; quanto disposto dall'art. 13, D.L. n. 223/2006, peraltro oggi abrogato, costituiva un'eccezione riguardante le sole società esercenti attività amministrativa (seppure in forma privatistica).

L'art. 17 TUSP costituisce l'approdo normativo della "storia della società mista" sopra brevemente riassunta (37): evidenzia che la società mista si fonda su una gara a doppio oggetto che definisce il perimetro dell'affidamento disposto dagli Enti pubblici soci (comma 1); che il socio privato è selezionato come partner operativo industriale (comma 2); che la presenza del socio privato nella società non può essere superiore alla durata dell'appalto o della concessione oggetto della gara (comma 3).

Non appare coerente con una visione sistematica che deriva dalla "storia della società mista", affermare che l'art. 17 pone il divieto della società mista di operare anche per Enti non soci (38).

Certo l'art. 17 avrebbe potuto essere formulato in maniera meno criptica (39). Tuttavia, esso è diretto a ribadire quanto maturato nel corso della "storia della società mista" e cioè che la società non può beneficiare nel corso della sua vita di successivi affidamenti

(32) M. Calcagnile, *Principi e norme amministrative sui limiti di azione delle società a partecipazione pubblica locale*, in *Foro amm. T.A.R.*, 2012, 3713 ss.

(33) Cons. Stato, Sez. V, 12 giugno 2009, n. 3767. Anche Cass. Civ., SS.UU., 22 dicembre 2011, n. 28338 rilevava come in base ai principi generali devono escludersi, salvi espliciti divieti, limitazioni alla facoltà dei soggetti pubblici o a partecipazione pubblica di concorrere a gare di evidenza pubblica.

(34) Cons. Stato, Sez. V, 4 agosto 2010, n. 5214.

(35) Cons. Stato, Sez. V, 4 agosto 2010, n. 5214.

(36) Ancora di recente Cons. Stato, Sez. IV, 20 novembre 2023, n. 9933 ha ribadito come la gara a doppio oggetto costituisca "un meccanismo considerato del tutto conforme alle regole eurounitarie". In tal senso già Corte cost. 16 luglio 2014, n. 199 e Corte cost. 17 novembre 2010, n. 325. La gara a doppio oggetto è

inderogabile anche se la conformazione la società mista deriva da operazioni societarie di fusione e scissione tra operatori preesistenti (Cons. Stato, Sez. V, 1° settembre 2021, n. 6142).

(37) Così, tra gli altri, C.F. Giampaolino - F. Panetti, *Le società a partecipazione pubblica*, in *Giur. comm.*, 2023, II, 549 ss.

(38) In dottrina si è osservato che l'art. 17 non disciplina specificamente l'attività extraterritoriale delle società miste e che alla possibilità per esse di operare al di fuori del territorio degli Enti soci si perviene in via ermeneutica: R. Villata - S. Valaguzza, *Pubblici servizi*, Torino, 2021, 275.

(39) Sarebbe bastato che il comma finisse, invece che con l'espressione "oggetto esclusivo dell'attività della società mista" con l'espressione "oggetto esclusivo dell'attività svolta dalla società mista a favore degli enti pubblici soci".

diretti di attività, da parte degli Enti soci, diversi da quelli per i quali la gara a doppio oggetto è stata celebrata. L'art. 17, infatti: non porre limiti di oggetto quanto allo statuto della società mista (non si riferisce mai allo statuto); fa riferimento all'oggetto limitatamente a ciò che concerne il rapporto tra attività della società e gara a doppio oggetto (quando stabilisce che la gara deve avere "a oggetto, al contempo, la sottoscrizione o l'acquisto della partecipazione societaria da parte del socio privato e l'affidamento del contratto di appalto o di concessione oggetto esclusivo dell'attività della società mista").

Il punto è stato esplicitato dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato, quando ha affermato che "per le società miste, che rientrano nella categoria del partenariato pubblico-privato inerente alla realizzazione e gestione di un'opera pubblica ovvero all'organizzazione e gestione di un servizio di interesse generale, l'esclusività concerne non l'oggetto sociale, bensì l'attività svolta dalla società mista in virtù di contratto di appalto o concessione affidatole all'esito di gara a doppio oggetto (art. 17, comma 1, d.lgs. n. 175-2016)" (40). Coerentemente, la medesima sentenza evidenzia che l'oggetto sociale della società mista può non essere immutabile in pendenza del rapporto sociale perché una simile immutabilità sarebbe "sproporzionata per una società privata per azioni poiché sensibilmente limitativa dell'autonomia negoziale della medesima, tanto che di tale limitazione non vi è traccia né nella Direttiva sulle concessioni n. 23-2014 né nel d.lgs. n. 175-2016". Al contrario, l'eventuale maggiore ampiezza dell'oggetto sociale rispetto all'attività affidata alla società mista con la gara a doppio oggetto "rientra nel novero delle ordinarie dinamiche societarie non derogate dalla disciplina pubblicistica".

L'importante è che il bando cristallizzi l'attività affidata dagli Enti soci alla società mista in forza della gara a doppio oggetto; fermo questo aspetto, la società mista può effettuare altre attività, se previste dallo statuto e non precluse dai documenti della gara a doppio oggetto (41).

In senso diverso non è la sentenza della Corte di Giustizia UE 15 ottobre 2009, n. C-196/08. La Corte afferma la compatibilità con l'ordinamento europeo dell'affidamento del servizio pubblico alla società mista costituita all'esito di gara a doppio oggetto e avente oggetto sociale esclusivo. Il riferimento all'oggetto sociale esclusivo deriva dal carattere concreto degli atti oggetto di controversia: in quel caso gli atti della gara a doppio oggetto prevedevano esplicitamente l'oggetto sociale esclusivo. Peraltro, la sentenza evidenzia che l'elemento risolutivo rimane la gara: anche il contratto oggetto di affidamento alla società mista da parte dei soci può subire modifiche sostanziali (ad esempio con l'introduzione di nuovi servizi) se interviene una nuova gara. Quindi, se la gara è la misura della legittimità degli affidamenti alla società mista, non vi è ragione per ritenere che la società mista non possa concorrere alle gare di Enti non soci (a meno che l'oggetto sociale esclusivo sia stabilito negli atti della gara a doppio oggetto).

Per completezza, si rileva che l'art. 17 TUSP non pare avere accolto quell'orientamento della giurisprudenza che individuava il socio privato (e non la società mista) come il concessionario o appaltatore (42): al contrario, l'art. 17 ripetutamente evidenzia che, in base alla gara a doppio oggetto, l'affidamento viene disposto in favore della società mista. Così ad esempio il comma 1 che si riferisce all'affidamento del contratto di appalto o di concessione quale oggetto esclusivo dell'attività della società mista; e il comma 6, lett. c) che si riferisce alla circostanza per cui "la società provvede in via diretta alla realizzazione dell'opera o del servizio". In sostanza, il socio privato deve garantire un apporto manageriale e operativo (anche attraverso le prestazioni accessorie cui si riferisce il comma 4, lett. c), ma l'art. 17 individua nella società mista l'affidatario ed esecutore dell'appalto o della concessione (43). Questo elemento non smentisce, ma casomai conferma, che la società mista è un'impresa a tutti gli effetti e che, pertanto, può rientrare tra i suoi obiettivi anche

(40) Così Cons. Stato, Sez. V, 31 gennaio 2018, n. 655.

(41) N. Aicardi, *Società miste e affidamento di contratti pubblici*, in *Giur. comm.*, 2020, 780 ss. rileva: "Il fatto che l'attività della società mista abbia a 'oggetto esclusivo' il contratto pubblico a essa in concreto assegnato in esito alla gara non significa, in ogni caso, che tale debba essere l'unico oggetto sociale della società stessa". Perciò, "alla società mista non è in astratto precluso, dall'art. 17 t.u.s.p., lo svolgimento di attività ulteriori, purché queste non si sostanzino - come detto - nell'esecuzione di contratti pubblici in favore della stazione appaltante socia diversi da quello/i che quest'ultima ha alla stessa assegnato in esito alla gara (o gare) a doppio oggetto".

(42) Così, ad esempio Cons. Stato, Sez. V, 20 aprile 2012, n. 2348; Cons. Stato, Sez. VI, 23 settembre 2008, n. 4603. R. Caranta, *Le società pubbliche al vaglio dell'adunanza plenaria - ancora in salita la strada per le società miste*, in questa *Rivista*, 2008, 1119 ss.

(43) Nella più recente sentenza del Consiglio di Stato sulle società miste (Cons. Stato, Sez. V, 17 ottobre 2023, n. 9034) si evidenzia che il socio privato deve essere operativo e non un mero socio di capitale, ma si descrive il suo ruolo come finalizzato a concorrere all'attuazione dell'oggetto sociale e non come quello del reale concessionario o appaltatore. Del resto, Cons. Stato, Ad. Plen., 3 marzo 2008, n. 1 rilevava come il modello di società mista che presuppone la fungibilità tra contratto di appalto e contratto

l'espansione territoriale (salvi eventuali limiti fissati con la gara a doppio oggetto o con lo statuto). Del resto, anche il comma 5 (44) descrive una (possibile) organizzazione imprenditoriale della società mista articolata, come accade per ogni impresa, sulla base del Codice civile. Peraltro, questa organizzazione imprenditoriale è prefigurata per "ottimizzare la realizzazione e la gestione di più opere e servizi, anche non simultaneamente assegnati". Il fatto che i servizi alla società mista possano venire assegnati anche "non simultaneamente" conferma che il comma 1 (quando si riferisce all'affidamento del contratto di appalto o di concessione quale oggetto esclusivo dell'attività della società mista) non intende impedire alla società mista di eventualmente evolvere nel tempo, come è proprio di ogni impresa. E ciò può accadere anche concorrendo a ulteriori gare indette sia dagli Enti soci che degli Enti non soci.

Una prima conclusione parziale

L'art. 17 TUSP non pare diretto a limitare l'attività della società mista all'appalto o concessione affidati a seguito della gara a doppio oggetto.

Del resto, il T.A.R. (per sostenere il contrario) è costretto ad una forzatura, quando afferma che in base all'art. 17 l'affidamento del contratto di appalto o di concessione costituirebbe l'oggetto esclusivo della società mista: l'art. 17 non si riferisce mai all'oggetto della società mista (tanto meno esclusivo), ma - cosa diversa, come evidenzia la già citata sentenza del Cons. Stato n. 655/2018 - all'oggetto del contratto che può venire legittimamente affidato alla società mista in forza della gara a doppio oggetto. Questo al fine di evitare che gli Enti soci affidino in via diretta alla società mista anche attività diverse da quelle considerate nella gara a doppio oggetto, violando così i principi della *par condicio* e della concorrenza.

La ragione della costituzione della società mista è l'affidamento dell'attività che gli Enti soci esplicitano nei documenti della gara a doppio oggetto; ma questo non significa che tale affidamento debba costituire, per sempre, l'unica attività della società mista.

D'altra parte, in una lettura sistematicamente coerente dell'art. 17, il comma 3 (45) è il corollario del comma 1: il socio privato non può rimanere nella società mista per un tempo superiore a quello indicato negli atti della gara a doppio oggetto. La disposizione non stabilisce però affatto la liquidazione della società, che potrà continuare a esistere e operare come società mista (a seguito di una nuova gara a doppio oggetto) o come società totalmente pubblica e *in house* (46). Questo esclude che eventuali attività ulteriori della società mista debbano necessariamente cessare (come paventa la sentenza in commento) alla scadenza dell'affidamento della gara a doppio oggetto. Al più, ove si ritenga che le qualità del privato siano determinanti per l'operatività della società mista, si potrebbe affermare che la società mista è legittimata ad acquisire attività ulteriori nei limiti di durata dell'affidamento derivante dalla gara a doppio oggetto; ma è cosa ben diversa dal ritenere sempre preclusa l'acquisizione di attività ulteriore da parte della società mista.

Peraltro, l'art. 1, comma 3. TUSP (47), che riprende l'art. 4, comma 13. D.L. 6 luglio 2012, n. 95 conv. in L. 7 agosto 2012, n. 135, afferma il principio secondo cui (anche) alle società a partecipazione pubblica si applicano le norme generali sulle società di capitali (48); si è rilevato che una simile previsione "si pone quale architrave della regolamentazione di settore" (49) e "impone all'interprete (il quale dubiti dell'interpretazione di disposizioni, anche di carattere speciale, in materia di società a totale o parziale partecipazione pubblica) di optare comunque per

sociale non possa considerarsi un "modello definitivo". A sua volta M. Dugato, *Le società a partecipazione pubblica*, in questa *Rivista*, 2013, 855 ss. già evidenziava la possibilità di modulare i compiti assegnati al socio privato.

(44) "Nel rispetto delle disposizioni del presente articolo, al fine di ottimizzare la realizzazione e la gestione di più opere e servizi, anche non simultaneamente assegnati, la società può emettere azioni correlate ai sensi dell'articolo 2350, secondo comma, del codice civile, o costituire patrimoni destinati o essere assoggettata a direzione e coordinamento da parte di un'altra società".

(45) "La durata della partecipazione privata alla società,aggiudicata ai sensi del comma 1 del presente articolo, non può essere superiore alla durata dell'appalto o della concessione. Lo statuto prevede meccanismi idonei a determinare lo scioglimento del rapporto societario in caso di risoluzione del contratto di servizio".

(46) P. Acri, *Differenti profili delle società miste: figura soggettiva e attività svolta su incarico della Pubblica Amministrazione*, in *Diritto e società*, 2020, 575 rileva che l'essere il socio privato a

tempo "non deve determinare forzatamente l'estinzione del soggetto giuridico in ragione delle vicende legate al singolo contratto da eseguire"; ciò significa che "certamente dovrà terminare il rapporto societario con il privato individuato con gara ma la società in quanto tale non deve necessariamente estinguersi, potendosi al contrario prevedere diverse situazioni nelle quali l'ultrattività delle società mista (e non del rapporto societario con il socio privato) non si pone in contrasto con le norme".

(47) "Per tutto quanto non derogato dalle disposizioni del presente decreto, si applicano alle società a partecipazione pubblica le norme sulle società contenute nel codice civile e le norme generali di diritto privato".

(48) Nella prospettiva più generale del superamento della dicotomia diritto pubblico/diritto privato, auspicata da S. Cassese, *Diritto pubblico e diritto privato: gli incerti confini*, in questa *Rivista*, 2023, 433 ss.

(49) Cons. Stato, Sez. V, 1° settembre 2021, n. 6142.

l'applicazione della disciplina del codice civile in materia di società di capitali" (50). Pertanto, anche questa "clausola normativa ermeneutica generale" porta a ritenere che non sia preclusa la possibilità per le società miste di concorrere alle gare di Enti non soci, considerato che l'art. 17 non stabilisce al riguardo un esplicito divieto.

Le società miste e la tutela della concorrenza

L'interpretazione proposta dal T.A.R. non può essere condivisa neppure dall'angolo visuale della tutela della concorrenza.

Nell'evoluzione della disciplina della società mista, si è sempre trattato di evitare che la società mista benefici di affidamenti diretti per attività ulteriori rispetto a quelle affidate con la gara a doppio oggetto. Non si pone invece un problema di tutela della concorrenza se la società mista acquisisce con gara ulteriori affidamenti, da parte degli Enti soci o di Enti terzi. La tutela della concorrenza non ha mai richiesto, e tuttora non richiede, che tale modello organizzativo sia estromesso dalla partecipazione a procedure competitive: la gara a doppio oggetto esclude che società mista si avvantaggi di affidamenti diretti (51) e, quindi, di potenziali privilegi competitivi nelle procedure ad evidenza pubblica cui eventualmente concorra.

Né vantaggi competitivi lesivi della concorrenza possono essere rappresentati dalle (eventuali) clausole statutarie che siano introdotte ai sensi dell'art. 17, comma 4, TUSP.

Il comma 4, da una parte, si limita ad evidenziare come talune soluzioni offerte dal codice civile a tutte le società di capitali possano essere particolarmente adatte al modello della società mista e quindi l'opportunità che gli statuti le recepiscano: così la lett. b) quando si riferisce alla possibilità per lo statuto di attribuire ai soci particolari diritti "ai sensi dell'articolo 2468, terzo comma, del codice civile"; e la lett. c) quando si riferisce alla possibilità per lo statuto di "prevedere l'emissione di speciali categorie di azioni e di azioni con prestazioni accessorie da assegnare al

socio privato" e cioè delle azioni di cui agli artt. 2345 e 2348 c.c. Si tratta di previsioni di diritto societario comune, relative ai rapporti tra soci, che in alcun modo operano sul piano della concorrenza tra la società mista e gli altri operatori di mercato.

Dall'altra parte, anche quando il comma 4 dell'art. 17 contempla deroghe alle ordinarie norme civilistiche, esse - innanzitutto - sono solo eventuali (e dunque in concreto possono non esserci affatto, in quanto rimesse alla decisione dei soci in sede di redazione dello statuto), e poi comunque si riferiscono anch'esse ai rapporti tra i soci. Anche tali eventuali previsioni speciali non si pongono su di un piano che interferisce con la tutela della concorrenza tra imprese: la lett. c) permette agli statuti una deroga (rispetto al diritto comune delle società) alla durata dei patti parasociali, e questo certo non ha alcun rilievo dal punto di vista della concorrenza.

A sua volta, la lett. a) legittima gli statuti a derogare alle disposizioni degli artt. 2380-bis e 2409-novies c.c. "al fine di consentire il controllo interno del socio pubblico sulla gestione dell'impresa" (52). La deroga corrisponde a quella contemplata per le società *in house* dall'art. 16, comma 2, lett. a), TUSP. Siccome non si dubita che le società *in house* possano partecipare a gare (53), neanche l'art. 17, comma 4, lett. a) può venire ritenuto impeditivo dell'accesso a procedure competitive da parte delle società miste.

La lett. b), nella seconda parte, contempla una deroga al (solo) comma 1 dell'art. 2479 c.c.: pertanto, lo statuto potrebbe al più prevedere che non vengano rimessi alla decisione dei soci gli "argomenti che uno o più amministratori o tanti soci che rappresentano almeno un terzo del capitale sociale sottopongono alla loro approvazione". Rimangono invece fermi e inderogabili: la riserva ai soci delle decisioni sulle materie di cui al comma 2, il diritto di ciascun socio di concorrere alle decisioni ai sensi del comma 5, il valore attribuito al voto del socio ai sensi del comma 6 dell'art. 2479 c.c. Pertanto, anche in questo caso la previsione statutaria, solo eventuale, non è certo tale da alterare la concorrenza.

(50) Cass. Civ. 27 dicembre 2017, n. 30978.

(51) Cons. Stato, Sez. V, 11 aprile 2011, n. 2222, confermando quanto statuito dal Giudice di primo grado, afferma che l'affidamento alla società mista "riusciva, ai fini della tutela della concorrenza e del mercato, del tutto equivalente a quello attuato mediante pubblica gara, per cui sarebbe risultata irragionevole ed immotivata, anche alla luce dei principi dettati dall'U.E. in materia [v. comunicazione interpretativa della Commissione sull'applicazione del diritto comunitario degli appalti pubblici (p.p.p.i.) 2008/C91/02 in G.U. U.e. del 12 aprile 2008], l'applicazione nei confronti di società della specie del divieto di partecipazione alle gare bandite per l'affidamento di servizi diversi da quelli in atto".

(52) Si è rilevato che quella della lett. a) del comma 4 è la previsione di possibile deroga più rilevante: V. Donativi, *Le società miste*, in C. Ibba (a cura di), *Le società a partecipazione pubblica a tre anni dal testo unico*, Milano, 2019, 266. Si è anche osservato che la deroga è vantaggio del solo socio pubblico: C. Ibba, *Diritto comune e diritto speciale nella disciplina delle società pubbliche*, in *Giur. comm.*, 2018, 958 ss.

(53) Cons. Stato, Sez. V, 20 gennaio 2020, n. 444 rileva che ai fini della legittimazione della società *in house* a partecipare a gare fuori dal territorio degli Enti soci non occorre neanche verificare il rispetto dei limiti di fatturato di cui all'art. 16, commi 3 e 3-bis, TUSP.

In conclusione, si può affermare che la società mista non gode di vantaggi competitivi: - l'affidamento da parte dei soci non è un affidamento diretto ma segue ad apposita gara (a doppio oggetto); - le (eventuali) clausole statutarie di cui all'art. 17, comma 4 non attribuiscono alla società mista diritti e vantaggi nella competizione di mercato.

Peraltro, a essersi pronunciata in modo chiaro su questo punto è proprio la Commissione UE. Nella già citata comunicazione del 12 aprile 2008, la Commissione UE rilevava come "in diritto comunitario, l'entità a capitale misto è libera, come qualsiasi altro operatore economico, di partecipare a gare di appalto pubbliche". In nota la Commissione richiamava il considerando 4, Dir. 2004/18/CE che sollecita gli Stati membri a provvedere affinché la partecipazione di un organismo di diritto pubblico a una procedura di aggiudicazione di appalto pubblico in qualità di offerente non causi distorsioni della concorrenza nei confronti di offerenti privati. Al riguardo, la Corte di Giustizia UE ha precisato che "l'eventualità di una posizione privilegiata di un operatore economico in ragione di finanziamenti pubblici o aiuti di Stato non può giustificare l'esclusione a priori e senza ulteriori analisi di enti ... dalla partecipazione a un appalto pubblico" (54). L'affermazione della Corte trova riscontro oggi negli artt. 69, par. 4, Dir. 2014/24/UE e nell'art. 110, comma 6, D.Lgs. 31 marzo 2023, n. 36 (nuovo Codice dei contratti pubblici), ove si stabilisce che la stazione appaltante, quando accerti che un'offerta è anormalmente bassa in quanto il concorrente ha ottenuto un aiuto di Stato, può escluderla unicamente per questo motivo soltanto dopo aver consultato l'offerente e se quest'ultimo non è in grado di dimostrare, nel termine adeguato stabilito dalla stazione appaltante, che l'aiuto era compatibile con il mercato interno. Questo evidenzia che in base all'ordinamento in materia di contratti pubblici non è possibile escludere a priori dalle procedure competitive un'intera categoria di operatori in ragione di una asserita posizione privilegiata distorsiva della concorrenza; l'esclusione potrà venire inflitta unicamente al singolo operatore economico qualora nei suoi riguardi e in una specifica procedura si accerti l'effettiva esistenza di un vantaggio competitivo ingiustificato e tale da alterare gli esiti della gara.

Pertanto, si conferma che non vi sono ragioni per poter affermare in generale che le società miste non possano concorrere alle gare indette da Enti non soci: il divieto non è stabilito dall'art. 17 TUSP; non è stabilito dal diritto dell'UE; la disciplina delle società miste non è tale da attribuire loro (o al loro socio privato) ingiusti vantaggi competitivi; gli ingiusti vantaggi competitivi andrebbero comunque accertati caso per caso, in relazione al singolo operatore economico e qualunque sia la sua forma giuridica, e quindi non possono condurre all'esclusione aprioristica dalle procedure di gara di un'intera categoria di soggetti.

E certamente non può rappresentare una chiave di lettura dell'art. 17 TUSP sotto il profilo della tutela della concorrenza l'abrogato art. 13, D.L. n. 223/2006: si è già ricordato che l'art. 13 era norma eccezionale concernente solo quella particolare categoria di società (miste o a interamente pubbliche) rappresentata dalle società strumentali costituite per svolgere funzioni amministrative. Essa dunque non può avere alcun rilievo con riferimento alle società miste che operano come imprese nella gestione di servizi pubblici locali di rilevanza economica.

Le società miste e le società *in house*

L'art. 14, D.Lgs. n. 201 del 2022 conferma l'inserimento sia delle società miste sia delle società *in house* nel sistema delle modalità di gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica. Le norme relative alle società miste e alle società *in house* dunque si prestano ad essere interpretate sulla base degli argomenti sistematici della coerenza tra loro, nonché della congruenza rispetto ai principi che reggono l'impresa pubblica e la disciplina delle modalità di gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica (55).

Ebbene, la partecipazione a gare da parte dei soggetti *in house* non è messa in discussione, nonostante i vantaggi competitivi correlati agli affidamenti diretti. Infatti, i soggetti *in house*, pur venendo costituiti allo scopo precipuo di ricevere affidamenti diretti dagli Enti soci (56) e dovendo svolgere oltre l'80% del loro fatturato con tale modalità, possono realizzare la restante parte del fatturato con attività diverse (comma 3-bis dell'art. 16, attuativo delle

(54) Così la sentenza Corte di Giustizia UE 23 dicembre 2009, n. C-305/08; conforme la sentenza Corte di Giustizia UE 18 dicembre 2014, n. C-568/13.

(55) Cfr. V. Velluzzi, *Le preleggi e l'interpretazione*, cit., 48-49.

(56) G. Caia, *Le società in house: persone giuridiche private sottoposte a peculiare vigilanza e tutela amministrativa*, in *Giur. comm.*, 2020, 457 ss.; B.G. Mattarella, *Ambiguità e vicende degli affidamenti in house*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2023, 1283 ss.

direttive UE), acquisite anche mediante la partecipazione alle gare di Enti non soci.

Ciò posto, i criteri di coerenza e congruenza, oltreché il parametro costituzionale della ragionevolezza, non permettono di ritenere a priori precluso l'accesso alle gare da parte delle società miste che - a differenza dei soggetti *in house* - non ricevono affidamenti diretti neanche da parte dei soci.

L'essere costituiti specificamente per una determinata finalità non comporta che non sia possibile svolgere anche attività ulteriori. La possibilità di effettuare anche attività ulteriori risponde all'esigenza - propria di ogni impresa, anche pubblica - di ottimizzarne le risorse e la capacità: lo conferma l'art. 17, comma 3-bis, TUEL che, a proposito delle società *in house*, ammette l'attività ulteriore in quanto permette di conseguire economie di scala o altri recuperi di efficienza sul complesso dell'attività principale. Se questo vale per la società *in house* non vi è ragione perché non valga anche per le società miste, tanto più che la connotazione imprenditoriale delle società miste è più spiccata di quella dell'operatore *in house*.

L'interpretazione del T.A.R. Lazio e l'eterogenesi dei fini

Interpretare l'art. 17 TUSP nel senso di impedire a tutte le società miste di svolgere attività ulteriori rispetto a quelle ad esse affidate a seguito della gara a doppio oggetto, è anzitutto incoerente con la normativa di riferimento.

Di più, tale limitazione introduce essa stessa - paradossalmente - un'ingiustificata limitazione alla concorrenza, restringendo il novero dei soggetti legittimati a partecipare alle procedure di affidamento di contratti pubblici nel mercato dei servizi pubblici locali di rilevanza economica. Ne risulta quindi erosa la stessa nozione di operatore economico stabilita dalle Direttive del 2014 sugli appalti pubblici, invece alquanto ampia (57); ed è violato il principio di massima partecipazione che risponde invece all'interesse dell'ordinamento dell'UE (58). Peraltro, in base al diritto dell'UE, gli Stati possono introdurre misure limitative della concorrenza

quando tali misure, oltre a perseguire un obiettivo legittimo di interesse pubblico e a garantirne il conseguimento, siano rispettose del principio di proporzionalità e cioè non eccedano quanto è necessario all'obiettivo medesimo (59). Dunque, non sarebbe conforme ai principi fondamentali del diritto dell'UE una norma che sancisse in via generale il divieto per le società miste di partecipare a gare, giustificandola (come vorrebbe il T.A.R.) con l'esigenza di preservare le finalità per le quali la società mista è stata costituita. Infatti, proprio una disposizione come la sopra ricordato art. 16, comma 3-bis, TUSP dettato per le società *in house*, evidenzia che una simile esigenza può venire soddisfatta senza impedire a una intera categoria di operatori di svolgere attività ulteriori rispetto a quelle che ne hanno motivato la costituzione.

Inoltre, il diritto eurounitario stabilisce il principio di libera amministrazione delle autorità pubbliche, di modo che esse "sono libere di decidere il modo migliore per gestire l'esecuzione dei lavori e la prestazione dei servizi per garantire in particolare un elevato livello di qualità, sicurezza e accessibilità, la parità di trattamento e la promozione dell'accesso universale e dei diritti dell'utenza nei servizi pubblici" (art. 2, Dir. 2014/23/UE). Perciò, in base al diritto dell'UE spetta all'Amministrazione che la costituisce valutare, caso per caso, se sia o meno opportuno, per preservarne le finalità, porre limiti all'attività ulteriore della società mista, negli atti della gara a doppio oggetto e/o nello statuto.

Dunque, interpretare l'art. 17 TUSP nel senso di vietare alle società miste di partecipare a gare sarebbe anche in contrasto con il diritto dell'UE. A maggior ragione considerato che, come si è anticipato, la stessa Commissione europea ha affermato che, nel diritto dell'Unione, "l'entità a capitale misto è libera, come qualsiasi altro operatore economico, di partecipare a gare di appalto pubbliche".

Essendo limitativa e non ampliativa della concorrenza, la lettura dell'art. 17 TUSP compiuta dalla sentenza in commento non si potrebbe neanche giustificare sulla base dell'orientamento della Corte costituzionale secondo cui il legislatore interno è

(57) Il considerando (49) della Dir. UE 2014/23 afferma che "la nozione di 'operatori economici' dovrebbe essere interpretata in senso ampio, in modo da comprendere qualunque persona e/o ente che offre sul mercato la realizzazione di lavori, la fornitura di prodotti o la prestazione di servizi, a prescindere dalla forma giuridica nel quadro della quale ha scelto di operare. Pertanto, imprese, succursali, filiali, partenariati, società cooperative, società a responsabilità limitata, università pubbliche o private e altre forme di enti dovrebbero tutti rientrare nella nozione di

'operatore economico', indipendentemente dal fatto che siano 'persone giuridiche' o meno in qualsiasi circostanza". Disposizioni identiche sono contenute nelle Dir. UE 2014/24 e Dir. UE 2014/25.

(58) Corte di Giustizia UE 8 dicembre 2022, n. C-769/21.

(59) Corte di Giustizia UE 23 dicembre 2009, n. C-376/08. In dottrina D.U. Galetta, *Il principio di proporzionalità fra diritto nazionale e diritto europeo (e con uno sguardo anche al di là dei confini dell'Unione Europea)*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2020.

legittimato a introdurre una disciplina pro concorrenziale più rigorosa di quella stabilita dell'UE, collocandosi la norma interna nello stesso verso di quella eurounitaria (60). Al contrario, la lettura dell'art. 17 fornita dal T.A.R. si porrebbe anche in contrasto con l'art. 41 Cost., che non tollera l'introduzione di non giustificate barriere all'ingresso nel mercato (61). Pertanto, l'interpretazione dell'art. 17 TUSP di cui alla sentenza in commento non risulta neanche coerente con la doverosa lettura della norma in maniera costituzionalmente orientata e conforme al diritto dell'UE, finendo al contrario per produrre una paradossale eterogeneità dei fini.

Considerazioni finali: l'errore di metodo della sentenza in commento

Nonostante l'approvazione di un testo unico, la disciplina positiva delle società miste è tuttora obiettivamente disorganica e carente: l'art. 17 TUSP non definisce in maniera chiara e puntuale i contorni dell'istituto, di cui manca una normativa specifica nel diritto eurounitario.

Vi è dunque la necessità che la dottrina e la giurisprudenza completino il quadro, svolgendo il proprio ruolo di interpretazione ed elaborazione, mediante il ricorso ai principi e ad una visione sistematica della disciplina delle società pubbliche e dei servizi pubblici.

In particolare, è la dottrina a dover evidenziare, su di un piano ricostruttivo generale, come la disciplina speciale e derogatoria dettata dall'art. 17 non possa essere compresa e sistematizzata se non alla luce del regime generale e regolare. E che, per le società miste, come per tutte le società del TUSP iscritte al registro delle imprese come società di capitali, il regime generale e regolare è anzitutto quello dell'impresa. L'errore in cui incorre la sentenza in commento è un errore di metodo, in quanto ricostruisce il regime

delle società miste partendo dalle minute deroghe di diritto positivo disposte dall'art. 17, senza aver prima posto con chiarezza il quadro dei principi e delle regole in cui dette deroghe si inseriscono.

In questa prospettiva, si deve ricordare che la società mista è un'impresa pubblica, ossia anzitutto un'impresa, sottoposta di base alla medesima regolamentazione di quella privata (62).

Ancora, si deve ricordare che la società mista si caratterizza altresì per essere una forma di partenariato pubblico privato, e che queste forme di collaborazione - per svilupparsi - richiedono un sistema giuridico-istituzionale favorevole (63).

In contraddizione con questa nozioni ed esigenze di base, la sentenza in commento frappone ostacoli, rigidità e incertezze che snaturano la natura di impresa della società mista e rischiano di disincentivare le Pubbliche amministrazioni e gli operatori privati dal ricorrere a tale forma societaria.

Le società miste (come quelle *in house*) per risultare imprese efficienti e modalità di gestione efficaci necessitano di un bacino di riferimento adeguato, che può mutare ed evolvere nel tempo.

Poiché (come affermato dalla giurisprudenza) la scelta di un Ente di partecipare ad una società mista è sempre revocabile (64) e dunque il suo bacino si può ridurre, deve essere consentita un'analoga flessibilità in positivo, nel senso di ammettere che anche la società mista - come qualsiasi impresa - aspiri a nuove occasioni di mercato, partecipando a procedure di gara per ulteriori servizi e ambiti territoriali.

L'interpretazione proposta dalla sentenza in commento è, dunque, particolarmente insidiosa: non esaurisce i propri effetti sul piano del puro diritto (ove è comunque infondata), ma ha un potenziale impatto negativo economico e di mercato.

(60) Corte cost. 17 novembre 2010, n. 325.

(61) Corte cost. 23 gennaio 2024, n. 8. Si è rilevato che anche la società a partecipazione pubblica "deve poter essere protetta, nella propria libertà d'iniziativa economica, secondo l'enunciato dell'art. 41 della Costituzione": S. Valaguzza, *L'attività d'impresa degli enti pubblici*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2014, 83 ss.

(62) Cfr. V. Ottaviano, *Sulla sottoposizione dell'impresa pubblica alla medesima regolamentazione di quella privata*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1962, 267 ss.

(63) A. Moliterni, *Le prospettive del partenariato pubblico-privato nella stagione del PNRR*, in *Dir. amm.*, 2022, 441 ss. Per una ricostruzione aggiornata del partenariato pubblico-privato in generale, cfr. G. Santi, *Le operazioni di partenariato pubblico-privato e le concessioni di lavori e servizi*, in *Diritto dei contratti pubblici*, a cura di F. Mastragostino - G. Piperata, Torino, 2024, 434 ss.

(64) Cons. Stato, Sez. V, 12 settembre 2017, n. 4304; T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II-bis, 19 marzo 2024, n. 5452.