

**LA SOCIETA' MISTA PUBBLICO-PRIVATO NON PUO' PARTECIPARE
AGLI APPALTI PUBBLICI**

[TAR Lazio, sez. II-bis, 28.11.2023 n. 17846](#)

Massime

<< L'art. 26 comma 1 d. lgs. n. 175/16 stabilisce, poi, che *“le società a controllo pubblico già costituite all'atto dell'entrata in vigore del presente decreto adeguano i propri statuti alle disposizioni del presente decreto entro il 31 luglio 2017. Per le disposizioni dell'articolo 17, comma 1, il termine per l'adeguamento è fissato al 31 dicembre 2017”*.

Nello stesso senso l'art. 16 d. lgs. n. 201/22 prevede che *“gli enti locali e gli altri enti competenti possono affidare i servizi di interesse economico generale di livello locale a società a partecipazione mista pubblico-privata, come disciplinate dal decreto legislativo 19 agosto 2016, n. 175. In tali casi, il socio privato è individuato secondo la procedura di cui all'articolo 17 del decreto legislativo n. 175 del 2016”*.

Dalle disposizioni in esame emerge che le società miste costituite per la scelta del socio privato e per l'affidamento di un servizio pubblico, quale è la ricorrente, 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.

Depone, in questo senso, l'art. 17 d. lgs. n. 175/16, espressamente richiamato dall'art. 16 d. lgs. n. 201/22, in quanto:

- prevede che l'affidamento del contratto di appalto di concessione costituisca *“l'oggetto esclusivo della società mista”* (comma 1);
- disciplina i requisiti di partecipazione alla gara *“in relazione alla prestazione per cui la società è stata costituita”* (comma 2), espressione che palesa una stretta funzionalizzazione tra società e servizio oggetto di affidamento in relazione al quale sono, infatti, parametrare le regole di svolgimento della gara;

- a conferma del fatto che la strumentalità della società mista rispetto al servizio per il quale l'ente è stato costituito debba essere intesa in termini di esclusività dell'oggetto della società stessa, il comma 3 collega indissolubilmente la durata della partecipazione privata alla società alla durata dell'appalto o della concessione prescrivendo, altresì, meccanismi statutari di *“scioglimento del rapporto societario in caso di risoluzione del contratto di servizio”*. Ove si ammettesse la possibilità delle società miste di partecipare a gare indette da altre amministrazioni si perverrebbe all'incongruo risultato per cui la legittimazione a tale partecipazione sarebbe, in fatto, condizionata dalla durata del contratto di servizio affidato in sede di costituzione della società; inoltre, l'esecuzione degli appalti affidati all'esito delle gare indette da amministrazioni diverse da quelle socie finirebbe per essere risolutivamente condizionata allo scioglimento del rapporto societario della società mista conseguente alla risoluzione del contratto di servizio il che sarebbe ovviamente inammissibile per i principi di economicità e buon andamento dell'azione amministrativa che, ai sensi degli artt. 30 d. lgs. n. 50/16 e 1 d. lgs. n. 36/23, sono riferibili anche agli appalti pubblici;

- nella stessa ottica va riguardata la possibilità che i patti parasociali, pur potendo avere durata superiore a cinque anni, in deroga all'articolo 2341-bis comma 1 c.c., devono, comunque, essere contenuti *“entro i limiti di durata del contratto per la cui esecuzione la società è stata costituita”* (comma 4): ciò proprio a confermare il nesso indissolubile tra durata del servizio e durata della partecipazione privata alla società mista;

- il nesso di esclusività esistente tra costituzione della società mista e svolgimento del servizio affidato dagli enti pubblici soci è confermato dal comma 6 allorché disciplina particolari modalità *“per la realizzazione dell'opera pubblica o alla gestione del servizio per i quali [le società] sono state specificamente costituite”* (significativo è il termine *“specificamente”*).

La disciplina in esame è ispirata dall'esigenza di tutelare la concorrenza.

Nella fattispecie, infatti, vengono in rilievo enti che presentano o possono presentare, in ragione delle consentite modifiche statutarie, previsioni che alterano la disciplina ordinaria delle società con l'attribuzione di poteri particolari all'ente pubblico o al socio privato partecipante a scapito degli altri organi sociali.

In particolare, l'art. 17 d. lgs. n. 175/16, la cui applicabilità ai servizi pubblici locali è stata espressamente prevista dal recente art. 16 d. lgs. n. 201/22, mira ad evitare che, attraverso la deroga alla disciplina societaria prevista dal comma 4 della disposizione e la conseguente attribuzione al socio privato di particolari diritti e vantaggi non coerenti con l'effettiva entità della sua partecipazione, proprio il socio privato possa beneficiare di tali deroghe per 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.

Proprio gli indebiti vantaggi che potrebbe conseguire il socio privato hanno indotto il legislatore a differenziare la situazione delle società miste, in cui l'art. 17 d. lgs. n. 175/16 prevede un oggetto esclusivo, da quella delle società *in house* nelle quali l'assenza di soci privati giustifica l'astratta possibilità di tali enti di partecipare ad altre gare, fermo restando il limite massimo di fatturato riferibile a compiti espletati per conto di soggetti non soci, previsto dall'art. 16 comma 3 d. lgs. n. 175/16>>

<< Il Tribunale ritiene che la ricorrente non possa partecipare alle gare di appalto e, quindi, non sia titolare dell'interesse che la legittima alla proposizione del gravame finalizzato all'affidamento del servizio d'igiene urbana attraverso l'esternalizzazione dello stesso>>

Pubblicato il 28/11/2023

N. 17846/2023 REG.PROV.COLL.

N. 09896/2023 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Seconda Bis)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 9896 del 2023, proposto da SERVIZI AMBIENTALI PROVINCIA DI RIETI (S.A.PRO.DI.R.) S.R.L., in persona del legale rappresentante p.t., con domicilio digitale presso gli indirizzi di posta elettronica certificata, come risultanti dai registri di giustizia, degli avvocati Stefano Colombari e Tommaso Marchese che la rappresentano e difendono nel presente giudizio

contro

- COMUNE DI RIETI, in persona del Sindaco p.t., con domicilio digitale presso l'indirizzo di posta elettronica certificata, come risultante dai registri di giustizia, dell'avv. Enrico Michetti che lo rappresenta e difende nel presente giudizio;
- AZIENDA SERVIZI MUNICIPALI RIETI S.P.A., in persona del legale rappresentante p.t., con domicilio digitale presso gli indirizzi di posta elettronica certificata, come risultanti dai registri di giustizia, degli avvocati Claudio Bargellini e Francesco Barchielli che la rappresentano e difendono nel presente giudizio;

- MINISTERO DELL'AMBIENTE E DELLA SICUREZZA ENERGETICA, in persona del Ministro p.t., con domicilio digitale presso l'indirizzo di posta elettronica certificata, come risultante dei registri di giustizia, dell'Avvocatura Generale dello Stato che ex lege lo rappresenta e difende nel presente giudizio;
- PRESIDENZA DEL CONSIGLIO DEI MINISTRI, in persona del Presidente p.t., con domicilio digitale presso l'indirizzo di posta elettronica certificata, come risultante dei registri di giustizia, dell'Avvocatura Generale dello Stato che ex lege la rappresenta e difende nel presente giudizio;

per l'annullamento

previa concessione di idonea misura cautelare,

dei seguenti atti:

- deliberazione del Consiglio comunale di Rieti n. 23 del 29/05/23 recante *“Affidamento del servizio pubblico di igiene urbana per il periodo 2023-2027 alla società in house ASM Rieti S.p.A. ai sensi degli artt. 14 e 17 del D.lgs. 201/2022”*;
- atti connessi, tra cui la relazione illustrativa ex art. 14 del d.lgs. n. 201/22, le *“Linee Guida per lo sviluppo industriale 2023-2027”* contenenti anche il Piano Economico Finanziario 2023 – 2027, l'asseverazione del PEF e il parere dell'organo di revisione economico finanziaria;
- deliberazione del Consiglio comunale di Rieti n. 22 del 29/05/23 recante *“Modifica dello statuto di A.S.M. Rieti S.p.A. mediante introduzione delle condizioni necessarie al completamento della procedura di trasformazione della società partecipata in organismo in house del Comune di Rieti”*;
- nuovo Statuto di ASM Rieti s.p.a.;
- deliberazione del Consiglio comunale n. 63 del 29/12/22 recante *“Ricognizione periodica delle partecipazioni pubbliche al 31.12.2021 ex art. 20, d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175: approvazione”* e relativi allegati;

- deliberazione del Consiglio comunale n. 50 del 13/12/22 recante “*Approvazione Regolamento per il controllo analogo sulle società a capitale interamente pubblico del Comune di Rieti*” e tale Regolamento;
- deliberazione del Consiglio comunale n. 27 del 30/05/22 recante “*Razionalizzazione delle società partecipate in attuazione della deliberazione di consiglio comunale n. 50 del 27/12/2021. Determinazioni in ordine alla definizione dei presupposti funzionali alla creazione di società di cui all'art. 16 del d.lgs. n.175/2016. Modalità di organizzazione dei servizi*” e relativi allegati;
- deliberazione del Consiglio comunale n. 50 del 27/12/21 recante “*Ricognizione periodica delle partecipazioni pubbliche al 31.12.2020 ex art. 20 d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175: approvazione*” e relativi allegati;
- deliberazione del Consiglio comunale n. 126 del 20/12/2018 recante “*ASM Rieti s.p.a. Revoca della deliberazione di Consiglio comunale n. 26/2014. Nuovi indirizzi per la scelta delle modalità di gestione dei servizi di igiene urbana e trasporto pubblico locale. Analisi e pro-posta*” e relativi allegati.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio degli enti in epigrafe indicati;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 21 novembre 2023 il dott. Michelangelo Francavilla e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con ricorso notificato il 28/06/23 e depositato il 12/07/23 la Servizi Ambientali Provincia di Rieti - S.A.PRO.DI.R. s.r.l. ha impugnato gli atti, in epigrafe meglio indicati, con cui il Comune di Rieti ha affidato alla società in house Azienda Servizi

Municipali Rieti – ASM s.p.a., ai sensi degli artt. 14 e 17 d. lgs. n. 201/22, il servizio d'igiene urbana per il periodo 2023-2027.

Il Ministero dell'ambiente e della sicurezza energetica e la Presidenza del Consiglio dei ministri, costituitisi in giudizio con comparsa depositata il 12/07/23, hanno concluso per la reiezione del gravame.

Anche l'Azienda Servizi Municipali di Rieti s.p.a. ed il Comune di Rieti, costituitisi in giudizio con comparse depositate entrambe il 13/07/23, hanno chiesto il rigetto del ricorso.

Con ordinanza n. 4106/23 del 19/07/23 il Tribunale ha preso atto della rinuncia di parte ricorrente alla domanda cautelare ed ha fissato, per la definizione del giudizio, la pubblica udienza del 21/11/23.

Alla pubblica udienza del giorno 21/11/23 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

Il ricorso è inammissibile per difetto d'interesse.

La Servizi Ambientali Provincia di Rieti S.A.PRO.DI.R. s.r.l. impugna la deliberazione del Consiglio comunale di Rieti n. 23 del 29/05/23 recante *“Affidamento del servizio pubblico di igiene urbana per il periodo 2023-2027 alla società in house ASM Rieti S.p.A. ai sensi degli artt. 14 e 17 del D.lgs. 201/2022”*, e gli atti connessi, tra cui la relazione illustrativa ex art. 14 del d.lgs. n. 201/22, le *“Linee Guida per lo sviluppo industriale 2023-2027”* contenenti anche il Piano Economico Finanziario 2023 – 2027, l'asseverazione del PEF e il parere dell'organo di revisione economico finanziaria, la deliberazione del Consiglio comunale di Rieti n. 22 del 29/05/23 recante *“Modifica dello statuto di A.S.M. Rieti S.p.A. mediante introduzione delle condizioni necessarie al completamento della procedura di trasformazione della società partecipata in organismo in house del Comune di Rieti”*, il nuovo Statuto di ASM Rieti s.p.a., la deliberazione del Consiglio comunale n. 63 del 29/12/22 recante

“Ricognizione periodica delle partecipazioni pubbliche al 31.12.2021 ex art. 20, d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175: approvazione” e relativi allegati, la deliberazione del Consiglio comunale n. 50 del 13/12/22 recante “Approvazione Regolamento per il controllo analogo sulle società a capitale interamente pubblico del Comune di Rieti” e tale Regolamento, la deliberazione del Consiglio comunale n. 27 del 30/05/22 recante “Razionalizzazione delle società partecipate in attuazione della deliberazione di consiglio comunale n. 50 del 27/12/2021. Determinazioni in ordine alla definizione dei presupposti funzionali alla creazione di società di cui all'art. 16 del d.lgs. n.175/2016. Modalità di organizzazione dei servizi” e relativi allegati, la - deliberazione del Consiglio comunale n. 50 del 27/12/21 recante “Ricognizione periodica delle partecipazioni pubbliche al 31.12.2020 ex art. 20 d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175: approvazione” e relativi allegati, la deliberazione del Consiglio comunale n. 126 del 20/12/2018 recante “ASM Rieti s.p.a. Revoca della deliberazione di Consiglio comunale n. 26/2014. Nuovi indirizzi per la scelta delle modalità di gestione dei servizi di igiene urbana e trasporto pubblico locale. Analisi e pro-posta” e relativi allegati.

Con gli atti in esame il Comune di Rieti, ai sensi degli artt. 14 e ss. d. lgs. n. 201/22, ha affidato alla società in house Azienda Servizi Municipali Rieti s.p.a. il servizio d'igiene urbana per il periodo 2023-2027.

A fondamento dell'interesse al gravame la ricorrente espone che la *“S.A.PRO.DI.R. s.r.l. è una società a capitale misto pubblico e privato costituita all'esito di apposita gara a doppio oggetto indetta dalla Provincia di Rieti per la selezione del socio privato operativo e per l'affidamento del servizio pubblico di gestione integrata dei rifiuti urbani per i Comuni soci.... Attualmente S.A.PRO.DI.R., anche a seguito dell'aggiudicazione di apposite gare d'appalto e dell'acquisizione di rami d'azienda, gestisce i rifiuti urbani in 56 Comuni su 73 della Provincia di Rieti...L'affidamento in house del servizio pubblico di igiene urbana disposto dal Comune di Rieti in favore della ASM Rieti s.p.a. è illegittimo per le ragioni illustrate nella seguente parte in diritto e gravemente lesivo per la ricorrente, che acquisisce la gestione di servizi*

pubblici anche partecipando alle apposite procedure d'appalto o di concessione indette dalle Amministrazioni competenti?'

Il Tribunale ritiene che la ricorrente non possa partecipare alle gare di appalto e, quindi, non sia titolare dell'interesse che la legittima alla proposizione del gravame finalizzato all'affidamento del servizio d'igiene urbana attraverso l'esternalizzazione dello stesso.

Viene, in proposito in rilievo l'art. 17 d. lgs. n. 175/16 secondo cui:

“1. Nelle società a partecipazione mista pubblico-privata la quota di partecipazione del soggetto privato non può essere inferiore al trenta per cento e la selezione del medesimo si svolge con procedure di evidenza pubblica a norma dell'articolo 5, comma 9, del decreto legislativo n. 50 del 2016 e ha 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.

2. Il socio privato deve possedere i requisiti di qualificazione previsti da norme legali o regolamentari in relazione alla prestazione per cui la società è stata costituita. All'avviso pubblico sono allegati la bozza dello statuto e degli eventuali accordi parasociali, nonché degli elementi essenziali del contratto di servizio e dei disciplinari e regolamenti di esecuzione che ne costituiscono parte integrante. Il bando di gara deve specificare l'oggetto dell'affidamento, i necessari requisiti di qualificazione generali e speciali di carattere tecnico ed economico-finanziario dei concorrenti, nonché il criterio di aggiudicazione che garantisca una valutazione delle offerte in condizioni di concorrenza effettiva in modo da individuare un vantaggio economico complessivo per l'amministrazione pubblica che ha indetto la procedura. I criteri di aggiudicazione possono includere, tra l'altro, aspetti qualitativi ambientali, sociali connessi all'oggetto dell'affidamento o relativi all'innovazione.

3. 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.

4. Nelle società di cui al presente articolo:

a) gli statuti delle società per azioni possono contenere clausole in deroga delle disposizioni dell'articolo 2380-bis e dell'articolo 2409-novies del codice civile al fine di consentire il controllo interno del socio pubblico sulla gestione dell'impresa;

b) gli statuti delle società a responsabilità limitata possono prevedere l'attribuzione all'ente o agli enti pubblici partecipanti e ai soci privati di particolari diritti, ai sensi dell'articolo 2468, terzo comma, del codice civile, e derogare all'articolo 2479, primo comma, del codice civile nel senso di eliminare o limitare la competenza dei soci;

c) gli statuti delle società per azioni possono prevedere l'emissione di speciali categorie di azioni e di azioni con prestazioni accessorie da assegnare al socio privato;

d) i patti parasociali possono avere durata superiore a cinque anni, in deroga all'articolo 2341-bis, primo comma, del codice civile, purché entro i limiti di durata del contratto per la cui esecuzione la società è stata costituita.

5. 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'.

6. Alle società di cui al presente articolo che non siano organismi di diritto pubblico, costituite per la realizzazione di lavori o opere o per la produzione di beni o servizi non destinati ad essere collocati sul mercato in regime di concorrenza, per la realizzazione dell'opera pubblica o alla gestione del servizio per i quali sono state specificamente costituite non si applicano le disposizioni del decreto legislativo n. 50 del 2016, se ricorrono le seguenti condizioni:

a) la scelta del socio privato è avvenuta nel rispetto di procedure di evidenza pubblica;

b) il socio privato ha i requisiti di qualificazione previsti dal decreto legislativo n. 50 del 2016 in relazione alla prestazione per cui la società è stata costituita;

c) la società provvede in via diretta alla realizzazione dell'opera o del servizio, in misura superiore al 70% del relativo importo”.

L'art. 26 comma 1 d. lgs. n. 175/16 stabilisce, poi, che *“le società a controllo pubblico già costituite all'atto dell'entrata in vigore del presente decreto adeguano i propri statuti alle disposizioni del presente decreto entro il 31 luglio 2017. Per le disposizioni dell'articolo 17, comma 1, il termine per l'adeguamento è fissato al 31 dicembre 2017”.*

Nello stesso senso l'art. 16 d. lgs. n. 201/22 prevede che *“gli enti locali e gli altri enti competenti possono affidare i servizi di interesse economico generale di livello locale a società a partecipazione mista pubblico-privata, come disciplinate dal decreto legislativo 19 agosto 2016, n. 175. In tali casi, il socio privato è individuato secondo la procedura di cui all'articolo 17 del decreto legislativo n. 175 del 2016”.*

Dalle disposizioni in esame emerge che le società miste costituite per la scelta del socio privato e per l'affidamento di un servizio pubblico, quale è la ricorrente, 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.

Depone, in questo senso, l'art. 17 d. lgs. n. 175/16, espressamente richiamato dall'art. 16 d. lgs. n. 201/22, in quanto:

- prevede che l'affidamento del contratto di appalto di concessione costituisca *“l'“oggetto esclusivo della società mista”* (comma 1);
- disciplina i requisiti di partecipazione alla gara *“in relazione alla prestazione per cui la società è stata costituita”* (comma 2), espressione che palesa una stretta funzionalizzazione tra società e servizio oggetto di affidamento in relazione al quale sono, infatti, parametrare le regole di svolgimento della gara;
- a conferma del fatto che la strumentalità della società mista rispetto al servizio per il quale l'ente è stato costituito debba essere intesa in termini di esclusività dell'oggetto della società stessa, il comma 3 collega indissolubilmente la durata

della partecipazione privata alla società alla durata dell'appalto o della concessione prescrivendo, altresì, meccanismi statutari di *“scioglimento del rapporto societario in caso di risoluzione del contratto di servizio”*. Ove si ammettesse la possibilità delle società miste di partecipare a gare indette da altre amministrazioni si verrebbe all'incongruo risultato per cui la legittimazione a tale partecipazione sarebbe, in fatto, condizionata dalla durata del contratto di servizio affidato in sede di costituzione della società; inoltre, l'esecuzione degli appalti affidati all'esito delle gare indette da amministrazioni diverse da quelle socie finirebbe per essere risolutivamente condizionata allo scioglimento del rapporto societario della società mista conseguente alla risoluzione del contratto di servizio il che sarebbe ovviamente inammissibile per i principi di economicità e buon andamento dell'azione amministrativa che, ai sensi degli artt. 30 d. lgs. n. 50/16 e 1 d. lgs. n. 36/23, sono riferibili anche agli appalti pubblici;

- nella stessa ottica va riguardata la possibilità che i patti parasociali, pur potendo avere durata superiore a cinque anni, in deroga all'articolo 2341-bis comma 1 c.c., devono, comunque, essere contenuti *“entro i limiti di durata del contratto per la cui esecuzione la società è stata costituita”* (comma 4): ciò proprio a confermare il nesso indissolubile tra durata del servizio e durata della partecipazione privata alla società mista;

- il nesso di esclusività esistente tra costituzione della società mista e svolgimento del servizio affidato dagli enti pubblici soci è confermato dal comma 6 allorché disciplina particolari modalità *“per la realizzazione dell'opera pubblica o alla gestione del servizio per i quali [le società] sono state specificamente costituite”* (significativo è il termine *“specificamente”*).

La disciplina in esame è ispirata dall'esigenza di tutelare la concorrenza.

Nella fattispecie, infatti, vengono in rilievo enti che presentano o possono presentare, in ragione delle consentite modifiche statutarie, previsioni che alterano

la disciplina ordinaria delle società con l'attribuzione di poteri particolari all'ente pubblico o al socio privato partecipante a scapito degli altri organi sociali.

In particolare, l'art. 17 d. lgs. n. 175/16, la cui applicabilità ai servizi pubblici locali è stata espressamente prevista dal recente art. 16 d. lgs. n. 201/22, mira ad evitare che, attraverso la deroga alla disciplina societaria prevista dal comma 4 della disposizione e la conseguente attribuzione al socio privato di particolari diritti e vantaggi non coerenti con l'effettiva entità della sua partecipazione, proprio il socio privato possa beneficiare di tali deroghe per 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.

Proprio gli indebiti vantaggi che potrebbe conseguire il socio privato hanno indotto il legislatore a differenziare la situazione delle società miste, in cui l'art. 17 d. lgs. n. 175/16 prevede un oggetto esclusivo, da quella delle società *in house* nelle quali l'assenza di soci privati giustifica l'astratta possibilità di tali enti di partecipare ad altre gare, fermo restando il limite massimo di fatturato riferibile a compiti espletati per conto di soggetti non soci, previsto dall'art. 16 comma 3 d. lgs. n. 175/16.

Ne consegue che, contrariamente a quanto affermato dalla ricorrente nella memoria conclusionale depositata il 04/11/23, ove si richiama anche la sentenza del Consiglio di Stato n. 444/2020, la disciplina della società *in house* non costituisce idoneo parametro di legittimità alla luce del quale valutare la presente fattispecie.

Che la disciplina di cui all'art. 17 d. lgs. n. 175/16 sia ispirata dall'esigenza di tutelare la concorrenza è confermato dal fatto che la disposizione si pone nel solco del previgente art. 13 d. lgs. n. 223/06, emanato nell'ambito di una serie di norme

finalizzate proprio alla tutela della concorrenza (come specificato dall'art. 1 d. lgs. n. 223/06).

La disposizione prevedeva che:

“Al fine di evitare alterazioni o distorsioni della concorrenza e del 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 esclusivamente con gli enti costituenti o partecipanti o affidanti, non possono svolgere prestazioni a favore di altri soggetti pubblici o privati, nè in affidamento diretto nè 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”.

L'art. 13 d. lgs. n. 223/06, che ha un ambito applicativo più ridotto di quello del vigente art. 17 d. lgs. n. 175/16 il quale ricomprende anche i servizi pubblici locali per effetto del richiamo operato dall'art. 16 d. lgs. n. 201/22, è dichiaratamente ispirato alla tutela della concorrenza; in relazione a tale disposizione la giurisprudenza ha avuto modo di affermare che:

- *“l'oggetto sociale esclusivo non va inteso come divieto delle società così dette multiutilities, ma rafforza la regola dell'esclusività evitando che dopo l'affidamento la società possa andare a fare*

altro” (così Adunanza Plenaria n. 1/08 che richiama Cons. Stato, sez. III, 25 settembre 2007, n. 322 e sez. II, 18 aprile 2007, n. 456);

- l'art. 13 d. lgs. n. 223/06 stabilisce “*a carico delle società pubbliche che producono beni o servizi strumentali al funzionamento delle amministrazioni regionali e locali (non, quindi, le società di gestione dei servizi pubblici locali), un vero e proprio vincolo di esclusività e non di «semplice» prevalenza, attraverso il rigido divieto di svolgere prestazioni a favore di soggetti pubblici e privati diversi dagli enti costituenti ed affidanti e l'obbligo di cessare entro ventiquattro mesi le attività non più consentite*” (Cons. Stato n. 4080/08; nello stesso senso Cons. Stato n. 4346/09).

Secondo parte ricorrente, la possibilità della società mista di partecipare liberamente alle gare per l'affidamento di appalti e concessioni pubbliche dovrebbe evincersi dalla Comunicazione interpretativa 2008/C 91/02 del 12/4/2008 della Commissione sull'applicazione del diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni ai partenariati pubblico-privati istituzionalizzati (PPPI) secondo cui, “*in diritto comunitario, l'entità a capitale misto è libera, come qualsiasi altro operatore economico, di partecipare a gare di appalto pubbliche*” (pag. 5 della memoria depositata il 04/11/23).

Il richiamo alla detta Comunicazione non è, però, significativo perché lo stesso atto alla nota 39 riconosce che “*il considerando 4 della direttiva 2004/18/CE 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*”.

Ne deriva che, se, da una parte, è vero che, in astratto, in base al 14 Considerando della direttiva n. 2014/24/UE e agli artt. 3 comma 1 lettera p) e 45 d. lgs. n. 50/16, la natura pubblica dell'ente non osta alla sua qualificazione come “*operatore economico*” ai fini della partecipazione alle gare, dall'altra, è pur vero che il legislatore ha inteso limitare, per le società miste, tale partecipazione proprio per le ragioni di

tutela della concorrenza di cui si è dato atto, il che deve ritenersi coerenti con le indicazioni di stampo eurounitario.

Solo per esigenza di completezza, il Collegio rileva che, come noto, la normativa comunitaria riconosce espressamente, in capo alla pubblica amministrazione, la discrezionalità in ordine alla scelta di esternalizzare o meno un servizio pubblico (Libro Verde del 30/04/04 della Commissione paragrafo 1.3); nell'ambito delle opzioni praticabili dall'amministrazione, pertanto, deve ritenersi compresa anche la possibilità di esternalizzare tale servizio delimitando l'operatività esterna delle società miste al fine di preservarne la finalità per le quali le stesse sono state *“specificamente”* (come recita l'art. 17 d. lgs. n. 175/16) istituite.

Parte ricorrente richiama, a fondamento della ritenuta possibilità di partecipare alle gare indette da altre stazioni appaltanti, l'art. 3.3 della gara a doppio oggetto dell'ottobre 2013, all'esito della quale è stato scelto il socio privato e sono stati affidati i servizi pubblici ivi indicati; la disposizione prevede che *“l'ampliamento del bacino a tutti i Comuni appartenenti alla Provincia di Rieti, in conformità con i dettami di cui all'art. 200 del D.Lgs 152/2006 e s.m.i. e del vigente piano regionale per la gestione dei rifiuti (PRGR), costituisce un obiettivo della società S.A.PRO.DI.R. S.r.l.”*.

Nello stesso senso il gravame invoca l'art. 2 dello statuto dell'ente secondo cui *“la Società ha per oggetto l'esercizio, diretto e/o indiretto, tramite partecipazione a Società di qualunque tipo, ad enti, a consorzi e ad imprese, di servizi pubblici consistenti nello svolgimento delle seguenti attività nell'ambito territoriale della Provincia di Rieti e dei Comuni limitrofi”*.

Il richiamo, però, non è significativo ai fini della valutazione di fondatezza del gravame dal momento che, come già detto, le disposizioni statutarie delle società partecipate già costituite alla data di entrata in vigore del d. lgs. n. 175/16 avrebbero dovuto essere adeguate al predetto testo normativo entro il termine ultimo del 31 dicembre 2017, come previsto dall'art. 26 d. lgs. n. 175/16; ne

consegue l'irrilevanza, in senso favorevole alla ricorrente, di eventuali disposizioni sottordinate contrastanti con la disciplina di rango primario.

Per esigenza di completezza il Tribunale rileva che:

- allorché è stato emanato (ottobre 2013), il bando di gara era conforme alla normativa all'epoca vigente che, come già detto, escludeva dall'ambito applicativo dell'art. 13 d. lgs. n. 223/06 i servizi pubblici locali. Rimane, ovviamente, fermo l'obbligo della ricorrente di adeguarsi alla normativa sopravvenuta;
- l'art. 2 comma 1 dello statuto non prevede la possibilità di partecipare alle gare indette da altre stazioni appaltanti ma semplicemente *“l'esercizio, diretto e/o indiretto, tramite partecipazione a Società di qualunque tipo, ad enti, a consorzi e ad imprese”* dei servizi pubblici ivi indicati.

Da quanto fin qui evidenziato emerge che la società ricorrente non può partecipare a gare indette da amministrazioni diverse da quelle socie e, pertanto, non conseguirebbe alcun vantaggio da un'eventuale esternalizzazione del servizio pubblico di igiene urbana del Comune di Rieti cui è funzionale il gravame proposto in questa sede.

Per questi motivi deve essere dichiarata l'inammissibilità del ricorso per carenza d'interesse come pure eccepito dalle parti resistenti (da ciò la superfluità dell'avviso ex art. 73 c.p.a.).

La novità della questione giuridica oggetto di causa giustifica la compensazione delle spese sostenute dalle parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Seconda Bis), definendo il giudizio, così provvede:

- 1) dichiara l'inammissibilità del ricorso per carenza d'interesse;
- 2) dispone la compensazione delle spese processuali sostenute dalle parti.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 21 novembre 2023 con l'intervento dei magistrati:

Pietro Morabito, Presidente

Michelangelo Francavilla, Consigliere, Estensore

Salvatore Gatto Costantino, Consigliere

L'ESTENSORE
Michelangelo Francavilla

IL PRESIDENTE
Pietro Morabito

IL SEGRETARIO