

L'oggetto sociale esclusivo delle società miste e il divieto di partecipare alle procedure per l'affidamento di servizi pubblici locali

Angelo Bonaiti

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il divieto di “extraterritorialità” nella disciplina previgente e nell’elaborazione dottrinale e giurisprudenziale. – 2.1. L’attività *extra moenia* nelle riforme dell’art. 113 del d.lgs. n. 267/2000. – 2.2. I limiti di rilevanza dell’art. 13 del d.l. n. 223/2006 e l’utilità della sua interpretazione. – 2.3. La posizione assunta dagli organi comunitari: la comunicazione della Commissione del 2008 e la sentenza della Corte di Giustizia nel caso “*Acoset*”. – 2.4. Il divieto nell’art. 23-*bis* del d.l. n. 112/2008 e nell’art. 4 del d.l. n. 138/2011. – 3. L’esegesi dell’art. 17 del Testo unico. Il comma 5 sulla gestione di servizi “non simultaneamente assegnati”. – 4. La rilevanza degli ambiti territoriali ottimali per definire l’oggetto sociale delle società miste affidatarie di servizi pubblici locali a rete di rilevanza economica. – 5. L’assenza di “indebiti vantaggi” per il socio privato. – 6. Il confronto con la fattispecie della società *in house* e le conseguenze della violazione del divieto. – 7. Osservazioni conclusive.

1. Premessa

Due recenti pronunce del giudice amministrativo offrono l’occasione di interrogarsi sui limiti, funzionali e territoriali, imposti all’attività delle società a capitale misto pubblico-privato affidatarie della gestione di un servizio pubblico locale di rilevanza economica¹. Sebbene sia stato ritenuto vigente un divieto asso-

¹ Cons. Stato, sez. IV, 17 giugno 2025, n. 5289, che ha confermato la decisione e le motivazioni di Tar Lazio, Roma, sez. II-*bis*, 28 novembre 2023, n. 17846, con nota di J. Bercelli, *Il divieto di partecipare a gare imposto alle società miste*, in *GDA*, 2024, IV, 549. La pronuncia di appello ha definito una controversia insorta tra il Comune di Rieti e due società partecipate per l’affidamento della gestione del servizio di igiene urbana. L’ente comunale aveva deciso di affidare l’erogazione del servizio alla propria società *in house*. Tale decisione è stata contestata da una società “mista” partecipata dalla Provincia di Rieti e da altri comuni, già affidataria del servizio di gestione integrata dei rifiuti urbani nel territorio provinciale. In entrambi i gradi di giudizio è sta-

luto, per la società mista, di partecipare a procedure di affidamento indette da enti pubblici non soci², si proverà a sostenere una differente tesi.

Il problema non è nuovo, poiché in passato è stato variamente trattato in giurisprudenza e in dottrina, in relazione all'esistenza di un divieto di attività "extra moenia" o "extraterritoriale" per le società miste esercenti un servizio pubblico³. Con l'adozione dell'art. 17 del d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175 ("Testo unico"), la questione ha assunto tratti più specifici, poiché la soluzione dipende dal significato attribuito alla formula della "esclusività" dell'oggetto sociale prescritta dal comma 1 e dalle altre previsioni contenute nella medesima disposizione, la quale, più in generale, definisce le condizioni di legittimità degli affidamenti alle società miste⁴.

Prima di passare all'esegesi normativa, per un corretto inquadramento degli istituti sarà necessario esaminare la legislazione previgente e l'interpretazione datane dalla giurisprudenza, anche per comprendere, nel silenzio degli atti preparatori, il significato degli istituti in esame e la possibile intenzione del legislatore delegato (*infra* § 2). Chiarite le basi concettuali per affrontare il problema attuale, l'interpretazione letterale e sistematica dell'art. 17, comma 1, sarà integrata da due elementi: la lettura del comma 5 della medesima disposizione, che risulta cruciale per comprendere quali attività possa svolgere la società mista (*infra* § 3), e la definizione dell'ambito territoriale ottimale del servizio pubblico locale, che integra *ex lege* l'oggetto sociale della società mista (*infra* § 4)⁵. Infine, la bontà della tesi sostenuta sarà comprovata da alcune considerazioni sull'assenza di vantaggi "indebiti" per il socio privato (*infra* § 5) e dal confronto con la fattispecie *in house* e le conseguenze della violazione del requisito sull'attività "prevalente" (*infra* § 6).

2. *Il divieto di "extraterritorialità" nella disciplina previgente e nell'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale*

È noto come la legislazione sulla gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica sia stata flagellata da continue riforme, emendamenti delle rifor-

ta riconosciuta la carenza di interesse della società mista, non essendo questa legittimata a partecipare a un'eventuale procedura a evidenza pubblica indetta dall'ente non socio per l'affidamento della gestione del servizio.

² La gara, naturalmente, andrebbe indetta ai sensi dell'art. 15 del d.lgs. 23 dicembre 2022, n. 201.

³ Tra i molti, R. Villata, *Pubblici servizi. Discussioni e problemi*, Milano, 2008, 290 e ss., e gli autori citati *infra* al § 2.

⁴ Su cui cfr., in generale, V. Donativi, *Le società miste*, in C. Ibba (a cura di), *Le società a partecipazione pubblica a tre anni dal Testo Unico*, Milano, 2019, 249 e ss.; e V. Varone, *Art. 17 – Società a partecipazione mista pubblico-privata*, in G. Morbidelli (a cura di), *Codice delle società a partecipazione pubblica*, Milano, 2018, 376.

⁵ Si precisa che le considerazioni contenute in questo lavoro non valgono solamente per le società miste esercenti un servizio pubblico locale di rilevanza economica, ma questa particolare tipologia di attività ha alcune caratteristiche peculiari che incidono sull'oggetto delle società che la svolgono.

me, integrazioni degli emendamenti, abrogazioni, riscritture e infine cancellazioni delle novelle⁶; se ne tratterà nei limiti dello stretto necessario per comprendere la possibile genesi del divieto in esame.

Come detto, di ciò si era discusso ampiamente in passato, seppur in termini parzialmente differenti dovuti al differente contesto normativo vigente all'epoca⁷.

2.1. *L'attività extra moenia nelle riforme dell'art. 113 del d.lgs. n. 267/2000*

L'art. 22, c. 1, lett. e) della l. n. 142/1990 e i successivi interventi che hanno ampliato la possibilità di conferire a società miste la gestione dei servizi pubblici locali non ponevano limiti all'attività esperibile dalla società mista, assimilata, almeno da alcuni, a un soggetto imprenditoriale con "piena" capacità di diritto privato⁸. Il testo originario dell'art. 113 del d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267, che replicava le disposizioni dell'art. 22 abrogato, non prescriveva alcun divieto di attività *extra moenia* per la società titolare del servizio pubblico locale.

Superato un iniziale orientamento meno favorevole all'estensione dell'attività esercitabile dalle società miste esercenti servizi pubblici locali⁹, ispirato sin troppo ai limiti posti per le aziende speciali, non si dubitava dell'astratta possibi-

⁶ Per una ricostruzione, v. M. Dugato, *Servizi pubblici locali*, in B.G. Mattarella, M. Ramajoli (a cura di), *Enciclopedia del diritto. Funzioni amministrative*, Milano, 2022, 1086 e ss.

⁷ R. Villata, *Pubblici servizi. Discussioni e problemi*, loc. cit., ricorda che, sino all'adozione della l. 8 giugno 1990, n. 142, l'orientamento del giudice amministrativo fosse particolarmente restrittivo, nei confronti delle società partecipate come, soprattutto, delle aziende speciali o municipalizzate, considerate enti meramente "strumentali" alle esigenze delle amministrazioni pubbliche di riferimento (si riteneva che, per svolgere attività imprenditoriale al di fuori del territorio di appartenenza, gli enti pubblici avrebbero dovuto utilizzare, semmai, gli strumenti di coordinamento organizzativo di matrice convenzionale). Solo dopo la (prima) riforma della disciplina sulla gestione dei servizi pubblici locali si è registrato un graduale mutamento di indirizzo, che ha consentito di estendere l'attività dell'ente partecipato oltre i confini territoriali degli enti soci, seppur con alcuni limiti "funzionali" di cui si dirà a breve.

⁸ M. Cammelli, A. Zaroldi, *Le società a partecipazione pubblica nel sistema locale*², Rimini, 1999, 163.

⁹ F. Goisis, *I limiti dell'attività extra moenia delle società miste locali. Qualche riflessione critica anche alla luce del diritto comunitario*, in *Dir. proc. amm.*, 2001, II, 560 e ss., a commento di alcune pronunce che – mutuando i divieti applicati alle aziende – hanno circoscritto, in termini piuttosto stringenti, la possibilità di ravvisare un collegamento "funzionale" tra l'attività *extra moenia* della società e le competenze territoriali dell'ente pubblico socio, finendo per porre «significativi ostacoli» all'estensione dell'attività della società e invalidando gli atti di approvazione di statuti troppo generici. Ricorda l'A. che una buona parte della dottrina aveva invece assunto una posizione meno restrittiva, ritenendo che l'adozione del modello societario (in alternativa all'impresa-ente o all'impresa-organo) consentisse di superare i più rigidi limiti territoriali imposti alle aziende speciali, pur rispettando il vincolo funzionale (ivi, 566, nt. 13). Lo stesso A. sottolineava l'assenza di una norma su cui fondare il divieto di attività *extra moenia* o, più in generale, la limitazione di capacità giuridica della società pubblica (c.d. principio dell'*ultra vires*), tanto che «alcune delle più significative posizioni critiche nei confronti dell'attività *extra moenia* delle società miste sono state, dichiaratamente, basate più su considerazioni di politica industriale; la questione, inoltre, risentiva delle poche certezze sulla qualificazione soggettiva della società pubblica e della pretesa di far valere la "sostanza pubblicistica" sulla forma privata della società partecipata.

lità, per le società miste, di svolgere attività anche al di fuori del territorio degli enti soci, e dunque partecipare eventualmente a procedure pubbliche durante la gestione del servizio, per acquisire nuove commesse; si riteneva però necessario accertare, in concreto, la compatibilità dell'attività da svolgere con i compiti istituzionali della società, chiamata a soddisfare in via prioritaria gli interessi dell'utenza del servizio pubblico affidatole¹⁰. Il divieto *tout court*, per le società miste, di esercitare attività *extra moenia* avrebbe posto seri problemi di compatibilità con

¹⁰ Cfr. Cons. Stato, sez. V, 3 settembre 2001 n. 4586, in *Giustamm.*, 2001, IX, secondo cui, ferma la differenziazione tra società partecipata e azienda speciale, non si poneva un divieto assoluto legato all'oggetto sociale della società o alla presenza del socio privato, ma il vincolo funzionale imponeva di scongiurare la «distrazione di risorse e mezzi effettivamente apprezzabile e realisticamente in grado di arrecare pregiudizio allo svolgimento del servizio pubblico locale»; per E. Scotti, *Società miste, legittimazione extraterritoriale e capacità imprenditoriale: orientamenti giurisprudenziali e soluzioni legislative al confronto*, in *Riv. it. dir. pubb. comunit.*, 2002, IV, 777 e ss., la sentenza avrebbe scelto un'apprezzabile «terza via» tra il divieto assoluto (com'era per le aziende speciali) e la totale de-funzionalizzazione della società (con la parificazione a un qualsiasi operatore privato). Nello stesso senso, Cons. Stato, sez. VI, 7 settembre 2004, n. 5843, in *Foro it.*, 2005, III, 385: «non si può a priori escludere la possibilità di svolgimento di attività c.d. extraterritoriali, ma occorre, caso per caso, verificare, con specifiche indagini e studi, che l'espletamento di tali attività, da un lato contribuisca al migliore perseguimento dell'interesse della collettività, locale, e, dall'altro lato, non si traduca in un aumento di costi per tale collettività, in termini di aumento di tasse o tariffe, o peggioramento del servizio»; inoltre, era necessario verificare che la «partecipazione al mercato» della società mista non si traducesse nella costituzione di una posizione di privilegio «derivante dalla possibilità di usufruire, in violazione delle norme comunitarie e nazionali sugli aiuti pubblici alle imprese, di una dote economico – finanziaria costituita da denaro pubblico e, dunque, in definitiva, a carico della collettività». Sotto il profilo concorrenziale, dunque, si voleva evitare che il conferimento di attività pubblica (in via latamente diretta) attribuisse alla società un vantaggio su altre commesse. In termini non dissimili, la sussistenza di un «rapporto» tra «lo strumento finanziario (capitale sociale versato dall'ente locale nella società mista) e la collettività (o, meglio, il perseguimento degli interessi pubblici propri di tale collettività) costituisce la condizione indispensabile perché in concreto una società mista possa concretamente agire in ambito extraterritoriale», ed eventualmente partecipare a gare indette da altri enti, secondo Cons. Stato, sez. IV, 3 ottobre 2005, n. 5204, che nel caso di specie aveva censurato la mancata verifica, da parte dell'amministrazione aggiudicatrice, della funzionalizzazione dell'attività appaltata ai bisogni della collettività, di cui il socio della società mista è, per definizione, ente esponenziale. La capacità di svolgere attività ulteriore, oggetto del nuovo affidamento con gara, senza distogliere mezzi e risorse dall'attività già svolta rappresenta(va) un requisito soggettivo di qualificazione, che la società mista doveva dimostrare di possedere (C.G.A.R.S., 21 marzo 2007, n. 197). Ancora, Cons. Stato, sez. V, 30 maggio 2005, n. 2756, poneva a carico della società l'onere di offrire, «in positivo», gli elementi di valutazione della propria capacità di onorare i nuovi impegni compatibilmente con il vincolo funzionale con l'ente di riferimento; cfr. la nota critica di M. Dugato, *La concorrenza e la extraterritorialità nell'azione delle società a partecipazione pubblica locale*, in *GDA*, 2005, 1054 e ss., secondo cui l'ormai consolidata giurisprudenza sul «limite dinamico» all'attività *extramoenia* delle società miste – questione invero ereditata dalle aziende speciali – rappresentava un apprezzabile tentativo di compromesso, sicché «l'operazione interpretativa saggiamente si svincola dal nodo gordiano della prevalenza delle norme funzionalizzanti su quelle civilistiche e, al contempo, appare in sintonia con il nuovo ordinamento delle società, assai attento al rapporto sostanziale tra socio e società». Tuttavia, l'onere di dimostrare, volta per volta, la «utilità dell'azione extraterritoriale», oltre a non essere supportato da alcuna norma, poneva il grave problema di stabilire quale fosse lo *standard* minimo richiesto agli operatori per soddisfare tale adempimento. Pareva invece mantenere un approccio più restrittivo Tar Emilia-Romagna, Parma, sez. I, 2 maggio 2002, n. 240, con nota di G. Caia, *L'attività imprenditoriale delle società a prevalente capitale pubblico locale al di fuori del territorio degli enti soci*, in *Foro amm. – TAR*, 2002, II, 1565 e ss., su cui si tornerà *infra*.

il riconoscimento della generale capacità di diritto privato della società mista¹¹, tanto più che la scelta del socio privato con procedura a evidenza pubblica, richiesta ormai da tempo¹², escludeva l'attribuzione di "ingiustificati" privilegi anticoncorrenziali¹³.

Quando poi la disposizione è stata riscritta dall'art. 35, comma 1, l. n. 448/2001¹⁴, che ha permesso l'affidamento a società a partecipazione pubblica maggioritaria della *gestione delle reti e delle infrastrutture* (non già dell'erogazione del servizio, che andava affidato a terzi, con gara)¹⁵, alle società già affidatarie della gestione di servizi pubblici "in via diretta", o comunque con procedure non a evidenza pubblica (o a seguito di rinnovi), è stata vietata la partecipazione alle gare per il conferimento della *titolarità* dei servizi pubblici posti in gara¹⁶. Il comma 2 dell'art. 35 poneva un'ulteriore limitazione alle società a partecipazione pubblica "prevalente", già affidatarie di servizi "in via diretta": allo scadere del periodo transitorio per l'adeguamento alla disciplina appena introdotta, era vietata qualsiasi attività imprenditoriale «al di fuori del proprio territorio»¹⁷.

Lo scenario è mutato ancora quando l'art. 113 del d.lgs. n. 267/2000 è stato emendato dal d.l. n. 269/2003¹⁸, che ha incluso tra le modalità di conferimento della titolarità del servizio la gestione *in house providing* e l'affidamento a società mista – il socio privato della quale da selezionare con gara, non (ancora) "a dop-

¹¹ S. Valaguzza, *Gli affidamenti a terzi e a società miste*, in R. Villata (a cura di), *La riforma dei servizi pubblici locali*, Torino, 2011, 207, nt. 423, sulla giurisprudenza delle Sezioni Unite in tali termini.

¹² Cfr. l'art. 12, co. 1, l. 23 dicembre 1992, n. 498, il secondo periodo del quale così recitava: «Gli enti interessati [alla costituzione di società di capitali, *n.d.r.*] provvedono alla scelta dei soci privati e all'eventuale collocazione dei titoli azionari sul mercato con procedure di evidenza pubblica».

¹³ Nel precedente contesto normativo, così G. Rossi, *L'ambito territoriale e i rapporti della società con i soci terzi*, in F. Trimarchi (a cura di), *Le società miste per i servizi locali*, Milano, 1999, 173 ss. Il tema, comunque, era particolarmente avvertito in dottrina, come osserva M. Dugato, *La concorrenza e la extraterritorialità*, cit., 1058, ove la nota bibliografica sui diversi contributi relativi alla extraterritorialità delle società miste e, ancor prima, delle aziende speciali.

¹⁴ L. 28 dicembre 2001, n. 448. Sulla riforma dei servizi pubblici locali, cfr. G. Piperata, *Tipicità e autonomia nei servizi pubblici locali*, Milano, 2005, 223; nonché L.R. Perfetti, *I servizi pubblici locali. La riforma del settore operata dall'art. 35 della l. n. 448/2001 ed i possibili effetti evolutivi*, in *Dir. amm.*, 2002, 375 e ss.

¹⁵ Tuttavia, non era prescritta la scelta del socio privato con gara, tantomeno a doppio oggetto.

¹⁶ Mentre il c. 5 dell'art. 113 d.lgs. n. 267/2000, riscritto dall'art. 35, l. n. 448/2001, contemplava l'affidamento con gara come unica modalità di conferimento della titolarità del servizio (non menzionando, dunque, né l'*in house providing* né il p.p.p.i.), il c. 6 così disponeva: «Non sono ammesse a partecipare alle gare di cui al comma 5 le società che, in Italia o all'estero, gestiscono a qualunque titolo servizi pubblici locali in virtù di un affidamento diretto, di una procedura non ad evidenza pubblica, o a seguito dei relativi rinnovi; tale divieto si estende alle società controllate o collegate, alle loro controllanti, nonché alle società controllate o collegate con queste ultime. Sono parimenti esclusi i soggetti di cui al comma 4». La disposizione riecheggiava i divieti già previsti dall'art. 14, c. 5, d.lgs. 23 maggio 2000, n. 164, per il settore del gas naturale, e dall'art. 18, c. 2, d.lgs. 19 novembre 1997, n. 422, per il trasporto pubblico locale.

¹⁷ Così disponeva l'art. 35, c. 2, ultimo periodo, l. n. 448/2001: «A far data dal termine di cui al primo periodo, è comunque vietato alle società di capitali in cui la partecipazione pubblica è superiore al 50 per cento, se ancora affidatarie dirette, di partecipare ad attività imprenditoriali al di fuori del proprio territorio».

¹⁸ D.l. 30 settembre 2003, n. 269, convertito con modificazioni in l. 24 novembre 2003, n. 326.

pio oggetto” – accanto alla procedura a evidenza pubblica per la concessione a terzi. È stato soppresso il “divieto di extraterritorialità” prescritto dall’art. 35, comma 2, l. n. 448/2001, ma è stato ribadito il divieto di partecipare alle gare per le “società” che gestissero «a qualunque titolo servizi pubblici locali in virtù di un affidamento diretto, di una procedura non ad evidenza pubblica, o a seguito dei relativi rinnovi»¹⁹, e per le società dello stesso gruppo²⁰.

Dunque, si trattava di capire se la nozione di «affidamento diretto», quale presupposto per applicare il divieto “soggettivo” rimasto in vigore, fosse applicabile alla società mista che gestiva il servizio senza gara, ma era partecipata da un socio privato selezionato con procedura a evidenza pubblica (ancorché non ancora definita a doppio oggetto)²¹.

2.2. *I limiti di rilevanza dell’art. 13 del d.l. n. 223/2006 e l’utilità della sua interpretazione*

L’adozione dell’art. 13, c. 1 e 2, del d.l. n. 223/2006²², che ha prescritto l’esclusività dell’oggetto delle società “strumentali” e il divieto di svolgere attività affidata da enti pubblici diversi da quelli controllanti o partecipanti, non ha giovato (né giova) alla soluzione del problema, per due ordini di ragioni.

In primo luogo, il c. 1 non si riferiva solamente alle società affidatarie in via diretta o senza gara, ma a qualsiasi società strumentale²³. In secondo luogo, come

¹⁹ L.R. Perfetti, *Società affidatarie di servizi pubblici locali, partecipazione a gare e tutela della concorrenza*, in *Foro Amm. - CdS*, 2005, XI, 3343, riteneva il divieto contrario alle previsioni dei Trattati europei sulle libertà economiche degli operatori che ricevono affidamenti diretti.

²⁰ Invero, la l. 24 dicembre 2003, n. 350, aveva successivamente aggiunto all’art. 113 d.lgs. n. 267/2000 il comma 15-*quater*, ai sensi del quale il divieto si applicava solo al termine di un periodo transitorio con termine il 31 dicembre 2006, e comunque non avrebbe riguardato le «prime gare aventi ad oggetto i servizi forniti dalle società partecipanti alla gara stessa»; su quest’ultima deroga, cfr. F.A. Giordanengo, *I soggetti affidatari diretti di servizi pubblici locali e la partecipazione alla “prima gara”*, in *UeA*, 2011, VII, 838.

²¹ Confermava tali dubbi R. Villata, *Pubblici servizi. Discussioni e problemi*, cit., 313 e s. La questione si era posta in termini diversi per l’art. 113 riformato dall’art. 35, d.l. n. 448/2001, che non contemplava la società mista tra le forme di gestione del servizio; infatti, G. Caia, *L’attività imprenditoriale delle società a prevalente capitale pubblico locale al di fuori del territorio degli enti soci*, cit., 1576, ed E. Scotti, *Società miste, legittimazione extraterritoriale e capacità imprenditoriale: orientamenti giurisprudenziali e soluzioni legislative al confronto*, cit., 702 e s., ritenevano che il divieto di extraterritorialità non si applicasse alle società miste conformi al nuovo regime, cioè alle società affidatarie del servizio con gara.

²² Spec., art. 13 d.l. 4 luglio 2006, n. 223, convertito con modificazioni in l. 4 agosto 2006, n. 248.

²³ È pur vero che la disposizione era dichiaratamente finalizzata a «evitare alterazioni o distorsioni della concorrenza e del mercato e di assicurare la parità degli operatori», e che all’epoca non erano in vigore disposizioni generali sull’affidamento di attività a “società strumentali” *in house* o miste (l’art. 1, c. 2, d.lgs. n. 163/2006 operava un mero rinvio alle norme speciali; l’art. 113 d.lgs. n. 267/2000 riguardava solo la gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica), sicché molti affidamenti diretti di attività strumentali erano in aperta violazione dei principi concorrenziali (peraltro, chiariti solo poco prima dalla giurisprudenza comunitaria). Tuttavia, la disposizione non limita il proprio ambito di applicazione alle società affidatarie dirette.

è stato più volte rilevato, la disposizione escludeva dal proprio ambito di applicazione le società esercenti *servizi pubblici locali*, che quindi nemmeno allora subivano una limitazione di attività così stringente²⁴. La *ratio* dell'esclusione è stata chiarita dal giudice costituzionale, secondo il quale la disposizione intendeva evitare la commistione tra attività amministrativa in forma privata (cioè, l'attività affidata alla società "strumentale") e attività imprenditoriale (anche consistente in servizi pubblici resi all'utenza)²⁵. Si voleva evitare, in altri termini, che «soggetti dotati di privilegi operino in mercati concorrenziali» e «costituiscano fattori di distorsione della concorrenza», in quanto titolari di attività pubblica²⁶, non il contrario²⁷. Chiamata a pronunciarsi sulla corretta interpretazione dell'art. 13 con riferimento alle società partecipate da una società mista esercente servizi pubblici locali, nella sentenza n. 17/2011 l'Adunanza plenaria ha poi ribadito che la disposizione non era applicabile alla società controllante né alla società controllata, poiché non erano società strumentali²⁸.

²⁴ Dunque, il divieto non era teoricamente opponibile alle società miste esercenti un pubblico servizio che intendessero aggiudicarsi un contratto per un servizio strumentale a favore di altro ente (sempre a condizione che dimostrassero l'utilità di tale attività per la "propria" collettività), poiché l'art. 13 non gli si applicava. In tal senso, cfr. Cons. Stato, ad. plen., 4 agosto 2011, n. 17, con nota di F. Della Sbarba, *L'art. 13 del decreto Bersani e le società di terzo grado tra servizi strumentali e servizi pubblici locali*, in *UeA*, 2011, XII, 1416 e ss.; ancor prima, oltre alle sentenze citate *infra*, Cons. Stato, sez. V, 12 giugno 2009, n. 3767, e Id., 22 marzo 2010, n. 1651. *Contra* Cons. Stato, sez. V, 25 agosto 2008, n. 4080 (citato, infatti, nella sentenza di primo grado richiamata in premessa), che al § 7.6 lascia intendere che la disposizione fosse applicabile «venendo in rilievo [nell'affidamento in questione] non la concessione di un servizio pubblico ma l'aggiudicazione di un appalto di servizi»: dunque, indipendentemente dal tipo di attività già svolta dalla società mista.

²⁵ Corte cost., n. 326/2008 (su cui v. R. Ursi, *La Corte costituzionale traccia i confini dell'art. 13 del decreto Bersani*, in *GDA*, 2009, I; F. Fracchia, *I servizi pubblici e la retorica della concorrenza*, in *Foro it.*, 2011) che ha dichiarato in parte inammissibili e in parte infondate le questioni di legittimità costituzionale con le quali era stata censurata l'invasione della potestà normativa regionale sulla disciplina delle società a partecipazione pubblica regionale (o locale). Rimaneva comunque molto incerta la nozione di strumentalità, necessaria per delimitare l'ambito di applicazione della disposizione, secondo C. Contessa, *Ancora sul divieto di attività extra moenia delle società degli Enti locali: verso una nuova nozione di "strumentalità"*, in *UeA*, 2010, IV, 459 e ss.

²⁶ Infatti, Cons. Stato, sez. VI, 16 gennaio 2009, n. 215 (con commento di A. Bartolini, *Società di gestione dei servizi pubblici locali tra art. 13 del "decreto Bersani" ed art. 23-bis del D.L. 112/2008*, in *UeA*, 2009, VI, 741 e ss.), conferma l'esclusione delle società esercenti servizi pubblici locali dall'oggetto della disposizione, che si applicava solo alle società costituite per produrre beni o servizi «a supporto di funzioni amministrative di cui resta titolare l'ente di riferimento e con i quali questo provvede al perseguimento dei suoi fini istituzionali e sono rivolte, quindi, essenzialmente alla pubblica amministrazione e non al pubblico», mentre le prime svolgono prestazioni a beneficio dell'utenza (§ 4).

²⁷ In senso favorevole alla partecipazione di società miste esercenti s.p.l. alle procedure indette da altri enti per l'affidamento di attività "strumentali", cfr. Cons. Stato, sez. V, 7 luglio 2009, n. 4346, che – sulla base delle disposizioni vigenti e della giurisprudenza anteriore alla sentenza della Corte di giustizia resa nel caso *Acoset* – non riteneva che le società miste dovessero avere oggetto esclusivo (§§ 10 e 12); in ogni caso, non erano viste come fattore distorsivo della concorrenza, essendo un soggetto privato operante sul mercato in regime di concorrenza (§§ 12 e 14). Analogamente, Cons. Stato, sez. V, 11 gennaio 2011, n. 77, § 4, con nota di M. Mattalia, *Società miste e "distorsione" della concorrenza*, in *UeA*, 2011, VI, 723 e ss.

²⁸ Osservando che «[l]a limitazione alla legittimazione negoziale delle società strumentali si riferisce a qualsiasi prestazione a favore di soggetti terzi rispetto agli enti costituenti, partecipanti o affidanti, senza che a nulla rilevi la qualificazione di tale attività. La qualificazione differenziale tra attività strumentale e gestione dei

Nondimeno, le riflessioni spese sugli effetti dell'art. 13 sono utili per l'interpretazione dell'attuale disciplina. In particolare, nel noto parere del Consiglio di Stato n. 456/2007²⁹, è stata proposta un'esegesi rigorosa della disposizione, dalla quale emergono due elementi: da un lato, l'esclusione esplicita dall'ambito di applicazione della disposizione delle società esercenti servizi pubblici locali; dall'altro lato, la distinzione tra il divieto di operare con soggetti diversi dagli enti (già costituenti, partecipanti o affidanti, anche dopo aver partecipato a una gara (profilo soggettivo), e l'esclusività dell'attività della società mista (profilo oggettivo). Sotto il secondo profilo, si accedeva a un'interpretazione ben definita dell'esclusività dell'oggetto sociale, che non vietava le aziende *multiutility* (a patto che, si intendesse, fossero tali *ab origine*), ma evitava solo che la società, dopo il primo affidamento, "andasse a fare altro" rispetto all'attività già affidata e definita con il bando della gara a doppio oggetto. Erano infatti espresse forti perplessità sulla possibilità di costituire società miste "aperte", cioè dalla vocazione "generalista", nelle quali il socio privato potesse svolgere qualsiasi attività affidata dai soci e non soci, anche via diretta, in un momento successivo alla prima gara e contraddicendone i contenuti³⁰. L'esclusività dell'oggetto sociale, però, nella lettura del giudice, non ateneva

servizi pubblici deve essere riferita non all'oggetto della gara, bensì all'oggetto sociale delle imprese partecipanti ad essa» e che il «divieto di fornire prestazioni a enti terzi colpisce le società pubbliche strumentali alle amministrazioni regionali e locali, che esercitano attività amministrativa in forma privatistica, non anche le società destinate a gestire servizi pubblici locali che esercitano attività d'impresa di enti pubblici» (§ 1), il Collegio aderisce alla prospettiva indicata da Corte cost. n. 326/2008, cui si era conformato Cons. Stato, sez. V, 16 novembre 2010, n. 8069, §§ 10 e 17. Analogamente, la disposizione non era applicabile alle società partecipate esercenti altre attività economiche rivolte al mercato, secondo Cons. Stato, sez. V, 5 marzo 2010, n. 1282, § 14 e ss.

²⁹ Cons. Stato, sez. II, 18 aprile 2007, n. 456. Va detto che la sezione consultiva doveva risolvere la preliminare e ben più grave questione della legittimità dell'affidamento di attività a una società mista senza effettuare una procedura per scegliere il "contraente", già individuato nella società, ma indicando solo la gara per scegliere il socio privato. Com'è noto, nel parere si è optato per l'opzione (poi definita dall'Adunanza plenaria) "intermedia" della gara "a doppio oggetto", pur richiedendosi una disposizione di legge speciale autorizzativa (oggi superata dall'art. 17 del Testo unico, che ha efficacia generale). Per un commento, cfr. G. Guzzo, *Società miste e affidamenti* in house, Milano, 2009, 35 e ss.

³⁰ Il requisito della specificità dell'oggetto sociale è stato recepito dalla giurisprudenza sull'affidamento di servizi pubblici locali di rilevanza economica, proprio sulla scorta del parere n. 456/2007 (ancorché riguardasse l'affidamento di un servizio strumentale): cfr. Cons. Stato, sez. VI, 23 settembre 2008, n. 4603, che ha censurato l'aggiudicazione di opere pubbliche a una società mista "generalista", senza cioè la precisa individuazione delle opere che la società stessa avrebbe dovuto realizzare grazie alle risorse e all'esperienza conferite dal socio privato. Nello stesso senso, Cons. Stato, sez. VI, 16 marzo 2009, n. 1555 (con nota di G. Fraccastoro, F. Colapinto, *I servizi pubblici fra società mista e in house providing*, in *UeA*, 2009, VI, 705 e ss.), che riassume le condizioni affinché l'affidamento di attività pubblica, sia essa un servizio pubblico ovvero una commessa strumentale all'attività dell'ente affidante (per realizzare un'opera, un servizio o una fornitura), possa dirsi conforme ai principi concorrenziali comunitari e alla disciplina statale. Cons. Stato, sez. V, 16 giugno 2009, n. 3845, aveva invece escluso la possibilità di affidare a una società mista il servizio di farmacia comunale nel territorio di un altro comune poiché tale estensione non era contemplata dallo statuto. A commento della disciplina della società mista e dei servizi pubblici locali, sostiene S. Antoniazzi, *Società miste e servizi pubblici locali. Esperienze nazionali e modello europeo*, Napoli, 2017, 180, che la giurisprudenza amministrativa avesse riconosciuto, tra l'altro, che l'affidamento di attività a società miste è legittimo se «l'ambito di attività coincide con il territorio

tanto ai soggetti (pubblici o privati) con cui intrattenere rapporti contrattuali o al territorio in cui operare, quanto al *tipo* di attività svolta dalla società mista.

La successiva sentenza dell'Adunanza plenaria n. 1/2008, che peraltro si è mostrata piuttosto attendista sulle conclusioni raggiunte nel parere circa l'ammissibilità del modello generale della società mista³¹, aveva incidentalmente recepito la lettura dell'art. 13 offerta nel parere. Pur ritenendolo sostanzialmente irrilevante ai fini della decisione³², si è evidenziato che dall'art. 13 erano desumibili tre distinte regole: la possibilità di operare esclusivamente con i soci «costituenti o partecipanti o affidanti»; il divieto di svolgere prestazioni a favore di terzi, in affidamento diretto o con gara; l'esclusività dell'oggetto sociale³³.

Si noti che l'art. 13 del d.l. n. 223/2006 è stato abrogato dal Testo unico, il quale non ha riproposto il divieto di attività *extra moenia* per le società miste. Definito il vincolo di attività, tra cui rientrano quelle "strumentali" ai sensi dell'art. 4, c. 2, lett. d), il c. 3 dello stesso art. 4 predica l'esclusività dell'oggetto sociale per le società *in house* in generale, tenute a operare *in via prevalente* – quindi, non esclusiva – con gli enti "costituenti o partecipanti o affidanti" ai sensi dell'art. 16. Il c. 5 dell'art. 4, invece, riprende l'art. 13 abrogato solo nella parte in cui vieta alle società strumentali *a controllo pubblico* di costituire nuove società o acquisire partecipazioni in società, a meno che si tratti di società *holding* a oggetto esclusivo.

In sintesi, l'art. 13: - non era in principio applicabile alle società esercenti servizi pubblici locali; - distingueva l'esclusività dell'oggetto sociale dai divieti soggettivo e territoriale; - è stato abrogato e non sono stati riproposti i divieti assoluti di attività *extramoenia* e di partecipazione a gare, tantomeno per le società miste.

degli enti locali soci e se l'affidamento riguarda uno specifico servizio»; inoltre, «l'oggetto sociale deve consistere nell'esecuzione del contratto stipulato con l'ente locale».

³¹ Cons. Stato, ad. plen., 3 marzo 2008, n. 1, § 12: «L'adunanza plenaria ritiene che, allo stato e in mancanza di indicazioni precise da parte della normativa e della giurisprudenza comunitaria, non sia elaborabile una soluzione univoca o un modello definitivo. Si corre il rischio di dar luogo a interpretazioni "praeter legem", che potrebbero non trovare l'avallo della Corte di giustizia». Ad ogni modo, la soluzione adottata dalla sezione consultiva non era ritenuta applicabile al caso di specie, perché la società in questione non rispettava i requisiti individuati nel parere: tra gli altri, i soci privati non erano stati scelti mediante una gara a doppio oggetto «nella quale la gestione del servizio sia stata definitiva e precisata»; i soci erano stati scelti anni prima del nuovo affidamento, disposto da un ente che non aveva selezionato i soci privati; lo statuto non prevedeva la possibilità di estendere l'attività della società (esercente un servizio sociosanitario) all'ambito territoriale dell'azienda sanitaria divenuta socia in un secondo momento; la società non era stata costituita per «quella specifica attività in seguito oggetto di affidamento», ma aveva un oggetto «variegato e di ampie dimensioni». Per tali ragioni, era stato dunque ritenuto illegittimo l'affidamento diretto del servizio alla società mista, che non poteva essere "giustificato" solo dall'acquisto della partecipazione sociale da parte dell'azienda affidante (cfr. la nota di R. Caranta, *Ancora in salita la strada per le società miste*, in *GDA*, 2008, XI, 1119 e ss.).

³² L'art. 13 citato è stato esaminato solo per osservare che, per qualificare come "*in house*" il rapporto tra ente socio e società strumentale, non era sufficiente la "prevalenza" dell'attività in favore del socio pubblico prescritta dalla disposizione, difettando l'altro requisito rappresentato dal controllo analogo.

³³ Anche Cons. Stato n. 4080/2008, che pure ha ritenuto applicabile l'art. 13 a una società attiva nei servizi pubblici locali (assunto che verrà smentito da Cons. Stato, a.p., n. 17/2011 cit., e sez. V, n. 1651/2010), riferiva l'esclusività, distintamente, ai soggetti con cui operare e all'oggetto sociale (cfr. § 7.2).

2.3. *La posizione assunta dagli organi comunitari: la comunicazione della Commissione del 2008 e la sentenza della Corte di Giustizia nel caso "Acoset"*

La partecipazione delle società miste affidatarie di lavori, prestazioni strumentali o servizi di interesse economico generale (SIEG) ad altre gare non era ritenuta vietata nemmeno dagli organi comunitari, tanto più considerando l'assenza di una disciplina sovranazionale sul partenariato pubblico-privato istituzionale. Nelle varie comunicazioni riguardanti l'istituto, anche in relazione al diritto comunitario degli appalti pubblici, non si riteneva che la società mista fosse tenuta a realizzare in via esclusiva l'attività affidata *una tantum*.

Anzi, nella Comunicazione interpretativa n. 2008/C 91/02, la Commissione europea ha precisato che la società mista può ricevere *ulteriori* commesse, compatibilmente con il proprio oggetto sociale e con l'evidenza pubblica di ogni affidamento³⁴. Sotto il profilo concorrenziale, non solo l'unica preoccupazione attiene all'esistenza di una qualche forma di gara per gli affidamenti ulteriori, ma la stessa Commissione ha riconosciuto che «l'entità a capitale misto è libera, come qualsiasi altro operatore economico, di partecipare a gare di appalto pubbliche» (§ 3).

Su una linea di pensiero non dissimile, nella ben nota sentenza pronunciata dalla Corte di Giustizia nel caso "Acoset"³⁵, che ha definitivamente ammesso il modello generale della società mista per la gestione di attività amministrativa o servizi pubblici resi all'utenza, si è ritenuto compatibile con il diritto comunitario l'affidamento diretto di un servizio pubblico a una società mista costituita «specificamente al fine della fornitura di detto servizio [pubblico] e con oggetto sociale esclusivo», a condizione che la società mantenga lo «stesso oggetto sociale» durante l'intera durata della concessione³⁶. Insomma, è necessario evitare che alla medesima società siano affidate, senza gara, altre attività non dichiarate nella selezione del socio privato.

Dunque, il diritto comunitario, nel significato che hanno potuto trarre la Corte di Giustizia e la Commissione, richiede sì un oggetto sociale esclusivo (c.d. *single corporate purpose*), ma non esclude che, lasciando invariato l'oggetto e coe-

³⁴ Cfr. la «Comunicazione interpretativa della Commissione sull'applicazione del diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni ai partenariati pubblico-privati istituzionalizzati (PPP)», n. 2008/C 91/02 (pubblicata ufficialmente in Gazzetta ufficiale dell'Unione europea il 12 aprile 2008, ma già resa nota come Comunicazione n. C(2007)6661 del 5 febbraio 2008).

³⁵ CGCE, sez. III, 15 ottobre 2009, c-196/08, con commento di G.F. Nicodemo, *Società miste: il giudice europeo detta le condizioni per l'affidamento diretto*, in *UeA*, 2010, II, 158 e ss.

³⁶ Qualsiasi modifica sostanziale del contratto implica l'obbligo di indire una nuova procedura, al pari di quanto è richiesto, in generale, se non sono integrati i presupposti per disporre una variante e una modifica di un contratto di appalto o di concessione in corso di esecuzione.

rentemente con esso, la società mista possa ricevere altre commesse analoghe, con gara. Non sembra che la questione sia stata sottoposta di nuovo, in tali termini, alla Corte sovranazionale.

2.4. *Il divieto nell'art. 23-bis del d.l. n. 112/2008 e nell'art. 4 del d.l. n. 138/2011*

Ciò detto, i successivi sviluppi normativi e giurisprudenziali tendono a confermare l'assenza di un divieto assoluto in senso soggettivo o territoriale.

L'art. 113 del d.lgs. n. 267/2000 è stato abrogato dall'art. 23-bis del d.l. 25 giugno 2008, n. 112³⁷, che nella formulazione originaria nemmeno includeva le società miste tra le modalità di gestione del servizio, contemplando solo l'affidamento al mercato con gara. Il comma 9 dell'art. 23-bis riprendeva la formulazione del comma 6 dell'art. 113, vietando la partecipazione alle procedure alle società già affidatarie del servizio senza gara³⁸.

Le società miste sono riapparse tra le modalità di gestione del servizio dopo le modifiche introdotte dall'art. 15 del d.l. n. 135/2009³⁹, poco prima dell'adozione della sentenza *Acoset* pubblicata nell'ottobre 2009 (ma dopo le conclusioni dell'Avvocato Generale⁴⁰). Entrava per la prima volta nel dettato normativo il concetto di "gara a doppio oggetto" – e non già di semplice procedura a evidenza

³⁷ Convertito nella l. 6 agosto 2008, n. 133, che ha inserito l'art. 23-bis stesso. Sulla prima formulazione della disposizione, cfr. A. Muratori, *Servizi pubblici locali: una riforma «strisciante»*, in *Ambiente&Sviluppo*, 2008, XII, 1045. Naturalmente il problema principale sollevato dalla nuova disciplina atteneva al confinamento dell'affidamento *in house* a ipotesi residuale. Si soprassiede, ora, sulla nota e complessa questione che ha condotto all'abrogazione dell'art. 23-bis all'esito della consultazione referendaria del 2011, su cui v. R. Villata, S. Valaguzza, *Pubblici servizi*, cit.; nonché S. Antoniazzi, *Società miste e servizi pubblici locali*, cit.

³⁸ B. Giliberti, *Servizi pubblici locali: durata degli affidamenti, periodo transitorio e divieto di partecipazione alle gare*, in *UeA*, 2009, II, 146 e ss., riteneva che il divieto fosse contrario alla libertà di circolazione dei capitali sancita dai Trattati, ponendo restrizioni simili a quelle già dichiarate incompatibili con il diritto europeo dalla Corte di giustizia in un caso non del tutto dissimile. Più scettico su tale incompatibilità, invece, era A. Bartolini, *Società di gestione dei servizi pubblici locali tra art. 13 del "decreto Bersani" ed art. 23-bis del D.L. 112/2008*, cit., 746. F. Cintioli, *I servizi pubblici locali tra perentoria privatizzazione e incerta liberalizzazione. Note sull'art. 23-bis*, in *www.giustamm.it*, segnalava il pregiudizio alla posizione del socio privato dato dall'applicazione rigida del divieto, che pregiudica l'investimento operato nella società mista stessa.

³⁹ Il d.l. 25 settembre 2009, n. 135, è stato convertito, con modificazioni, in l. 20 novembre 2009, n. 166, e ha modificato, tra gli altri, il comma 2 dell'art. 23-bis d.l. n. 112/2008 sulle modalità di gestione del servizio pubblico.

⁴⁰ Nelle sue conclusioni del 2 giugno 2009, l'Avvocato Generale aveva ritenuto compatibile con i Trattati e le direttive in materia di appalti l'affidamento di attività a una società mista con l'espletamento di una "gara unica con duplice finalità", verificando non solo l'adeguatezza del capitale conferito dal socio privato, ma anche le capacità tecniche ed economiche dell'operatore selezionato. A tal fine, si richiedeva che, come suggerito dal giudice nazionale (Tar Catania), la società mantenesse l'oggetto sociale esclusivo durante tutta la sua esistenza.

pubblica – chiarito nel parere n. 456/2007⁴¹ e confermato dalla Corte di Giustizia di lì a poco, seguendo l'opinione dell'Avvocato Generale.

Ad ogni modo, era stata modificata anche la formulazione del comma 9 dell'art. 23-*bis*, il quale non solo aveva ridefinito l'ambito soggettivo di applicazione dello specifico “divieto di partecipazione” alle gare per l'affidamento della gestione del servizio, ma aveva reintrodotta, per i medesimi soggetti, il più generale “divieto di extraterritorialità” già previsto dall'art. 35 l. n. 448/2001⁴².

Tuttavia, non era chiaro se la novella avesse o meno esteso entrambi i divieti alle società miste⁴³, poiché la formulazione era effettivamente ambigua: le preclusioni si applicavano a «Le società, [...] che, in Italia o all'estero, gestiscono di fatto o per disposizioni di legge, di atto amministrativo o per contratto servizi pubblici locali in virtù di affidamento diretto, di una procedura non ad evidenza pubblica ovvero ai sensi del comma 2, lettera b)»; per inciso, la lett. b) del c. 2 disciplinava proprio l'affidamento a società mista con gara a doppio oggetto⁴⁴.

L'ambiguità era tale da provocare due letture opposte da parte dei giudici amministrativi.

Secondo una prima opinione, il divieto di partecipare a gare non si applicava alle società miste nella vigenza dell'originaria formulazione del comma 9, poiché solo la nuova formulazione avrebbe equiparato l'affidamento a società mista

⁴¹ Cfr., in particolare, il § 8, ove è altrettanto conosciuta la nozione di “controllo interno”, attualmente richiamato (ma non definito) dall'art. 17, c. 4, lett. a) del Testo unico.

⁴² Il c. 9 così disponeva: «Le società, le loro controllate, controllanti e controllate da una medesima controllante, anche non appartenenti a Stati membri dell'Unione europea, che, in Italia o all'estero, gestiscono di fatto o per disposizioni di legge, di atto amministrativo o per contratto servizi pubblici locali in virtù di affidamento diretto, di una procedura non ad evidenza pubblica ovvero ai sensi del comma 2, lettera b), nonché i soggetti cui è affidata la gestione delle reti, degli impianti e delle altre dotazioni patrimoniali degli enti locali, qualora separata dall'attività di erogazione dei servizi, non possono acquisire la gestione di servizi ulteriori ovvero in ambiti territoriali diversi, né svolgere servizi o attività per altri enti pubblici o privati, né direttamente, né tramite loro controllanti o altre società che siano da essi controllate o partecipate, né partecipando a gare. Il divieto di cui al primo periodo opera per tutta la durata della gestione e non si applica alle società quotate in mercati regolamentati. I soggetti affidatari diretti di servizi pubblici locali possono comunque concorrere alla prima gara svolta per l'affidamento, mediante procedura competitiva ad evidenza pubblica, dello specifico servizio già a loro affidato».

⁴³ Cfr., però, S. Valaguzza, *Gli affidamenti a terzi e a società miste*, cit., 203 e ss., secondo la quale i divieti in parola erano stati estesi alle società miste, ancorché non fosse condivisibile, per la *ratio* della disposizione, l'equiparazione di tale modello all'affidamento diretto in senso stretto. Si sottolineava infatti che il regime della società mista, nella quale il socio privato operativo – cioè, materialmente gestore del servizio – è individuato con gara a doppio oggetto, dovesse essere equiparato all'affidamento al mercato con procedura a evidenza pubblica. Sicché si ponevano gravi dubbi di compatibilità del divieto assoluto lì previsto con il diritto comunitario.

⁴⁴ Per un esame completo della disposizione, anche rispetto alla disciplina previgente, cfr. G. Bassi, *Il modello della società mista nella gestione dei servizi pubblici locali: presupposti giuridici, requisiti economici, vincoli e criticità di una scelta strategica*, in *Appalti e Contratti*, 2011, V, 66.

(ai sensi del c. 2, lett. *b*)–) all'affidamento diretto o comunque senza procedura a evidenza pubblica⁴⁵.

Secondo un'interpretazione speculare, proprio la formulazione originaria – e non già quella derivante dalla sostituzione del comma da parte dell'art. 15 d.l. n. 135/2009 – sembrava includere nel divieto le società miste (poiché faceva generico riferimento alle società affidatarie in via diretta), mentre il “nuovo” comma 9 ha escluso dal divieto le società miste, equiparando tale forma di affidamento al conferimento della gestione a terzi a seguito di una procedura a evidenza pubblica⁴⁶.

Anche se tale divergenza di opinioni, rimasta tale per qualche tempo, era destinata ad essere risolta da un nuovo intervento normativo, l'Adunanza plenaria aveva già incidentalmente ritenuto che i divieti e i limiti posti dalla disposizione in esame *non* fossero applicabili alle società miste, che non ricevono “affidamenti diretti” in senso stretto⁴⁷.

Dopo l'abrogazione dell'art. 23-*bis* all'esito positivo della consultazione referendaria, la disciplina dei servizi pubblici locali a rilevanza economica è stata introdotta, di nuovo, dall'art. 4 del d.l. n. 138/2011⁴⁸.

Sebbene, inizialmente, il comma 33 dell'art. 4 avesse riproposto l'ambigua formulazione dell'art. 23-*bis*, c. 9, la disposizione è stata subito modificata escludendo dai divieti lì previsti, questa volta in modo non equivocabile, le società

⁴⁵ Cons. Stato, sez. V, 4 agosto 2010, n. 5214: «È solo con il ricordato d.l. n. 135 del 2009, il cui art. 15 ha modificato il detto comma 9, che il divieto di assumere servizi per altri enti e in ambiti territoriali diversi viene esteso alle “società a partecipazione mista pubblica e privata,” in cui “la selezione del socio avvenga mediante procedure competitive ad evidenza pubblica”. Ma la norma non è applicabile, *ratione temporis*, alla presente controversia». Di questa opinione anche F. Guerrera, *Lo statuto della nuova società “a partecipazione mista” pubblico-privata*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, IV, 550 e ss., secondo il quale l'applicazione del divieto avrebbe connotato le società miste di un «ulteriore elemento di specialità, se pure “in senso debole”», rispetto alle società di mercato.

⁴⁶ Così Cons. Stato, sez. V, 11 aprile 2011, n. 2222, secondo cui l'affidamento a società mista ai sensi del novellato art. 23-*bis*, c. 2, lett. *b*), rientrava pacificamente nel concetto di evidenza pubblica. Analogamente, Tar Calabria, Reggio Calabria, 16 giugno 2010, n. 561, secondo cui l'affidamento a società mista, ai sensi del novellato c. 2, «si appalesa, ai fini della tutela della concorrenza e del mercato, del tutto equivalente a quello mediante pubblica gara, sicché i divieti posti dal comma 9 del medesimo articolo non risultano ad esse applicabili» (e l'oggetto sociale non doveva essere nemmeno esclusivo, non applicandosi l'art. 13 d.l. n. 223/2006; cfr. il commento di M. Scarpino, *Le società miste e i divieti previsti dall'art. 23-bis comma 9 d.l. n. 112 del 2008*, in *Giur. mer.*, 2010, XI, 2870 e ss.).

⁴⁷ Cfr. Cons. Stato, ad. plen., n. 17/2011 cit., secondo cui l'art. 23-*bis* «pone anche divieti e limiti di partecipazione a gare pubbliche in materia di servizi pubblici locali e a garanzia del principio di concorrenza, peraltro precisando che tali limiti operano nei confronti di tutti i soggetti che siano effettivamente titolari di affidamenti diretti di servizi pubblici locali, circostanza che, nella fattispecie, per quanto già detto, deve ritenersi insussistente», poiché la società illegittimamente esclusa dalla gara era partecipata da una società a capitale misto costituita ai sensi del previgente art. 113, c. 5, lett. *b*), d.lgs. n. 267/2000, ed era affidataria del servizio idrico integrato e del servizio di gestione dei rifiuti solidi urbani per i Comuni-soci dopo aver espletato «idonea procedura ad evidenza pubblica per la selezione del socio privato con gara pubblica a doppio oggetto» (§ 3).

⁴⁸ D.l. 13 agosto 2011, n. 138, convertito con modificazioni in l. 14 settembre 2011, n. 148, su cui v. G. Piperata, *Il lento e incerto cammino dei servizi pubblici locali dalla gestione pubblica al mercato liberalizzato*, in *Munus*, 2011, I, 33 e ss.

miste partecipate da un socio privato selezionato con gara a doppio oggetto⁴⁹. I divieti di extraterritorialità e di partecipare a procedura a evidenza si applicavano alle società – anche miste – che gestivano a qualsiasi titolo servizi pubblici locali «in virtù di affidamento diretto, di una procedura non ad evidenza pubblica ovvero non ai sensi del comma 12»: l'aggiunta dell'avverbio «non» dopo la congiunzione «ovvero» ha escluso l'applicazione dei divieti alle società miste con socio privato selezionato mediante gara a doppio oggetto.

La vicenda normativa passata si è chiusa con la nota sentenza della Corte cost. n. 199/2012, che ha dichiarato incostituzionale l'intero art. 4 poiché riproponeva il contenuto delle disposizioni abrogate con referendum, specialmente sull'eccezionalità dell'affidamento *in house* della gestione del servizio. Di lì innanzi si sono applicati i principi comunitari e le disposizioni costituzionali⁵⁰, sino all'adozione dei d.lgs. n. 175/2016 e n. 201/2022.

In conclusione, le ultime disposizioni in vigore nell'ordinamento che vietavano alle società pubbliche la partecipazione a gare per aggiudicarsi altre commesse non erano applicabili alle società miste diverse da quelle strumentali⁵¹. In materia di servizi pubblici locali a rilevanza economica, il divieto è stato riservato, come detto, alle società titolari di affidamenti diretti in senso stretto, con espresa esclusione delle società miste. Per di più, l'oggetto sociale esclusivo, imposto solo alle società strumentali, non implicava il divieto di partecipare a gare, che era espressamente specificato accanto al divieto di extraterritorialità⁵².

⁴⁹ L'art. 4 è stato modificato dall'art. 9, c. 2, lett. h), della l. 12 novembre 2011, n. 183.

⁵⁰ Cfr. Cons. Stato, sez. V, 18 luglio 2017, n. 3554, sulla cessazione delle restrizioni lì previste. Sul punto, cfr. M. Dugato, *L'imperturbabile stabilità dei servizi pubblici e l'irresistibile forza dell'ente pubblico*, in *Munus*, 2012, III, 505 ss., sulle ragioni sostanziali dell'incostituzionalità della riforma; L.R. Perfetti, *La disciplina dei servizi pubblici locali ad esito del referendum ed il piacere dell'autonomia locale*, in *UeA*, 2011, VIII, 906 e ss.: avvedo Corte cost. n. 24/2011 già escluso la reviviscenza delle norme previgenti a quelle abrogate in via referendaria, «le decisioni della Corte di Giustizia e le norme costituzionali forniscono indicazioni più che sufficienti per chiarire quali modalità operative siano da prediligere una volta individuato il modello che si intende applicare», sicché non era richiesto «alcun intervento normativo perché esso sarebbe [stato] inutile».

⁵¹ Tar Lazio, Roma, sez. II-bis, 11 marzo 2015, n. 4010 (con nota di F. Botteon, *Società mista con socio individuato con gara a doppio oggetto e affidamenti successivi*, in *I Contratti dello Stato e degli Enti pubblici*, 2015, II, 56 e ss.), che ha ritenuto legittima la decisione dell'amministrazione comunale di affidare il servizio di acquedotto e del ciclo integrato dei rifiuti mediante una gara pubblica, e non direttamente alla società mista costituita, in origine, per la sola gestione del servizio di trattamento e depurazione delle acque reflue (tale era l'attività descritta nel bando della gara a doppio oggetto), non ha affrontato la questione della legittimazione della società mista a partecipare alla procedura.

⁵² Sotto questo profilo, dunque, non si rinviene quella continuità «storica» del divieto ravvisata da Cons. Stato n. 5289/2025 (cfr. § 8.4. sentenza).

3. *L'esegesi dell'art. 17 del Testo unico. Il comma 5 sulla gestione di servizi "non simultaneamente assegnati"*

Colmando il vuoto normativo, l'art. 17, c. 1, del Testo unico, ha circoscritto l'«oggetto esclusivo» dell'attività della società mista al «contratto di appalto o di concessione» affidato all'esito della selezione del socio, disponendo che l'attività esercitabile da una società mista – che forma il suo oggetto sociale – debba essere definita dal bando della procedura di selezione del socio⁵³.

Tale disposizione può consentire tre diverse soluzioni argomentative.

La prima tesi, cui aderisce la recente giurisprudenza citata in premessa, ritiene che la (pacifica) esclusività dell'oggetto sociale implichi di per sé il divieto di svolgere qualsiasi prestazione diversa dall'adempimento del “contratto” affidato dagli enti che hanno indetto la gara a doppio oggetto. Gli altri commi dell'art. 17 confermano che la società non potrebbe svolgere alcuna attività o comunque prestazione diversa⁵⁴.

⁵³ Sul punto, v. anche Cons. Stato, sez. V, 15 marzo 2016, n. 1028.

⁵⁴ Tar Roma n. 17846/2023 cit. ha fondato il proprio convincimento sull'interpretazione delle disposizioni contenute nell'art. 17 d.lgs. n. 175/2016, osservando che: - la società mista ha per “oggetto esclusivo” il contratto di appalto o di concessione affidato con la gara a doppio oggetto (c. 1); - i requisiti di partecipazione alla gara a doppio oggetto sono stabiliti «in relazione alla prestazione per cui la società è stata costituita» (c. 2); - la permanenza del socio privato e l'esistenza della società sono vincolate alla durata del contratto di servizio con l'ente affidante, sicché se si consentisse alla società di partecipare ad altre gare si giungerebbe all'innammissibile risultato di condizionare i successivi affidamenti al primo, da cui non può non dipendere la durata della società (c. 3); - analogamente, la durata dei patti parasociali è vincolata ai limiti di durata del contratto affidato (c. 4, lett. d); - anche le società miste “strumentali”, non impegnate nell'erogazione di servizi pubblici, sono costituite “specificamente” per la realizzazione di un'opera o un servizio *una tantum* (c. 6), confermando che il modello della società mista affidataria di attività con la gara a doppio oggetto è funzionalizzato allo svolgimento di una (sola) attività. Condividendo l'opinione del giudice di primo grado, Cons. Stato n. 5289/2025 ritiene che l'art. 17 del Testo unico, richiamato dall'art. 16 del d.lgs. n. 201/2022, renda la società mista a tutti gli effetti una “società di scopo”, «finalizzata alla gestione dello specifico servizio oggetto della gara», e non una società “generalista”. L'esercizio di attività ulteriori sarebbe vietato non solo dal sintagma appena citato, presente al comma 1, ma anche dall'interpretazione letterale dei commi 2, 3, 4 e 6 dell'art. 17, sulla cui esegesi il Collegio aderisce alla lettura del Tar Lazio: la società è funzionalizzata, sin dalla fase costitutiva, alla sola gestione del servizio pubblico locale nella titolarità degli enti locali partecipanti; tale scopo delimita la capacità giuridica e di agire della società. Inoltre, entrambe le pronunce ritengono che il divieto, così ricavato dall'interpretazione letterale, si giustifichi con l'esigenza di evitare che il socio privato benefici di indebiti vantaggi anticoncorrenziali (su tale aspetto si tornerà meglio *infra* al § 5), e sarebbe comunque confermata dall'interpretazione storica delle disposizioni previgenti, e, in particolare, dell'art. 13 d.l. n. 223/2006 (ma, sotto questo profilo, si è già visto *supra* al § 2 come tale opinione non sia condivisibile). Per inciso, la società ricorrente era stata costituita prima dell'entrata in vigore del Testo unico; essendo qualificabile come società “a controllo pubblico congiunto”, i soci erano tenuti, ai sensi dell'art. 26, c. 1, ad adeguare le previsioni dello statuto alle disposizioni sopravvenute. Sicché, le più permissive previsioni statutarie previgenti, contrarie all'art. 17 (interpretato restrittivamente dal giudice), sarebbero comunque inefficaci. Per un primo commento critico alla sentenza del Consiglio di Stato, su cui poi si tornerà, cfr. M. Clarich, *Possibile il conflitto tra le due norme, interna più rigida ed europea più larga*, in *Guida al diritto*, 2025, XXVII, 98 ss. R. Renzi, *Società miste e limiti esterni all'azione: l'equilibrio tra concorrenza e partenariato pubblico-privato nella giurisprudenza del Consiglio di Stato*, in *italiaius.it*, 2025, ritiene invece che l'o-

Una seconda tesi, di indirizzo opposto, nega che l'art. 17 imponga un oggetto sociale esclusivo, poiché l'esclusività sarebbe riferita solo alle attività affidabili in via diretta. La società potrebbe ricevere in via diretta unicamente le prestazioni individuate nel bando della gara a doppio oggetto, rimanendo però libera di svolgere le altre attività previste dall'oggetto sociale e farsi assegnare – “anche non simultaneamente”, ai sensi del c. 5 – ulteriori servizi all'esito di successive procedure eventualmente a doppio oggetto⁵⁵.

Secondo una terza lettura, che si cercherà di sostenere in questa sede, la disposizione impone l'esclusività dell'oggetto sociale, ma non prescrive il divieto di partecipare a gare⁵⁶. Questa tesi “intermedia” poggia sia sul dettato normativo sia su elementi teleologico-sistematici.

rientamento restrittivo sia «coerente con la finalità di evitare vantaggi concorrenziali indebitamente acquisiti e di garantire un uso selettivo e proporzionato delle deroghe all'evidenza pubblica».

⁵⁵ Cfr. Cons. Stato, sez. V, 31 gennaio 2018, n. 655 (con nota di S. Sorrentino, *La proceduralizzazione della decisione di gestire i servizi pubblici locali mediante la società mista*, in *Mumus*, 2018, II, 715 e ss.), che ha ritenuto legittima una gara a doppio oggetto il cui bando prevedeva l'affidamento solo di alcune delle attività individuate dall'oggetto sociale, posto che le ulteriori attività permesse dallo statuto avrebbero potuto essere affidate in un secondo momento, indicendo una nuova gara a doppio oggetto. A differenza delle società *in house*, per le quali l'oggetto sociale esclusivo è prescritto dall'art. 4, c. 4 del Testo unico, per le società miste «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», vietando l'affidamento diretto di ulteriori attività (non ancillari); perciò, non essendo esclusivo, l'oggetto sociale non è nemmeno “immutabile”, poiché per garantire il rispetto delle regole concorrenziali è sufficiente che il bando sia determinato, ancorché preveda un'attività meno ampia rispetto all'oggetto sociale: «la possibile maggior ampiezza di contenuti dell'oggetto sociale rispetto all'attività in concreto svolta dalla società (nel caso di società mista, rispetto all'attività affidatole con contratto di appalto o concessione) rientra nel novero delle ordinarie dinamiche societarie non derogate dalla disciplina pubblicistica». Si comprenderebbe, dunque, perché l'art. 17, c. 5, consente l'affidamento “anche non simultaneo” di più servizi all'esito di differenti gare. Aderendo alla prospettiva citata, N. Aicardi, *Società miste e affidamento di contratti pubblici*, in *Giur. comm.*, 2020, IV, 780 e ss., osserva che «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». Della medesima opinione, a commento di Tar Lazio n. 17846/2023, J. Bercelli, *Il divieto di partecipare a gare imposto alle società miste*, cit., 551, secondo il quale non solo gli argomenti di carattere testuale su cui poggiano le conclusioni del Tribunale di per sé sono smentiti da un approfondimento sistematico, ma ancor prima l'art. 17, c. 1 – la cui lettura non è per nulla univoca – non pone “limiti di oggetto sociale”, e l'esclusività ha a che fare (solo) «con l'attività di cui la società mista può essere affidataria in ragione della gara a doppio oggetto». Al riguardo, se è vero che solidi argomenti sistematici (come si vedrà oltre) consentono di criticare l'affermazione pretorile del divieto di partecipare a gare pubbliche, pare meno agevole sostenere che l'art. 17 non imponga l'esclusività dell'oggetto sociale della società mista. Il punto è che, come si proverà a sostenere *infra*, l'esclusività dell'oggetto sociale non implica il divieto di partecipare a gare.

⁵⁶ Tale tesi non è esplicitata da TAR Veneto (Venezia), sez. I, 4 dicembre 2018, n. 1114, ove però si osserva che l'art. 17, c. 1, del Testo unico «non contiene, diversamente dall'ora visto art. 23-bis, comma 9, un divieto esplicito ed inequivoco dell'attività “*extra moenia*” della società mista. Il Tribunale ha ritenuto ammissibile l'attività extraterritoriale (o a favore di enti non soci) sulla base della previsione dell'art. 4, c. 9-bis, del Testo unico, ai sensi del quale le amministrazioni possono acquisire o mantenere partecipazioni in società che producono servizi economici di interesse generale a rete «anche fuori dell'ambito territoriale della collettività di riferimento [...] purché l'affidamento dei servizi, in corso e nuovi, sia avvenuto e avvenga tramite procedure ad evidenza pubblica». Secondo il giudice, ancorché l'art. 17 sia una disposizione speciale (e, dunque, astrattamente potrebbe porre un divieto in deroga alla regola generale dell'ammissione degli operatori alle gare), l'in-

Le osservazioni contenute in sentenza sulla «stretta funzionalizzazione», sul «nesso di esclusività» e sulla «strumentalità» tra la costituzione della società e il servizio oggetto di affidamento sono conformi alla lettera della norma. Risulta dunque difficile sostenere, come fa la seconda delle tre tesi, che l'esclusività di cui all'art. 17 *non* riguardi l'oggetto sociale, ma le attività affidabili in via diretta in forza della gara a doppio oggetto. Questa posizione ermeneutica appare contraria sia al dato letterale, poiché il c. 1 circoscrive al "contratto" affidato con la gara a doppio oggetto il perimetro dell'attività della società, sia al significato della nozione desumibile dalle disposizioni e dalla giurisprudenza previgenti, per le quali l'esclusività configura un limite normativo alle attività realizzabili dalla società, evitando che "vada a fare altro" dopo il primo affidamento.

Analogamente, però, è smentito dalla lettera della legge e dal significato storico dell'istituto il passaggio argomentativo, voluto dalla tesi più restrittiva, dall'esclusività dell'oggetto sociale al divieto assoluto di partecipare a gare, pubbliche o private: si desume con sicurezza un precetto di *non facere* (divieto) che, in realtà, non è predicato dalla disposizione interpretata⁵⁷. L'ermeneutica dell'art. 17, c. 1 sulla base dell'interpretazione definita "storica" porta a escludere l'esistenza, oggi, del divieto riconosciuto nelle due recenti decisioni citate, poiché quando in passato il legislatore ha voluto imporre tale restrizione lo ha fatto con una disposizione specifica, distinta da quella che prescrive l'oggetto sociale "esclusivo"⁵⁸.

Pur nel silenzio degli atti preparatori, la prescrizione sull'esclusività è rivolta anzitutto ai soci che costituiscono la società e indicano la procedura pubblica, i quali debbono prescrivere nel bando della gara a doppio oggetto e, soprattutto, nello statuto che la società stessa non potrà svolgere attività diverse da quelle concretamente oggetto della gara. Indirettamente, il divieto è rivolto alla società e ai suoi amministratori, cui è precluso intraprendere attività diverse da quelle indicate nello statuto della società, che è imm modificabile per tali aspetti.

roduzione postuma del comma 9-*bis* dell'art. 4 avrebbe tacitamente abrogato tutte le disposizioni incompatibili (anche un ipotetico divieto desumibile dall'art. 17). In realtà, dal comma citato non è desumibile la possibilità per le società miste di partecipare a procedure a evidenza pubblica, poiché la disposizione si limita ad attribuire alle amministrazioni la facoltà di acquisire una partecipazione nelle società pubbliche operanti anche al di fuori del contesto territoriale di appartenenza, ma non legittima di per sé l'espansione dell'attività delle società miste già costituite e partecipate dai soci pubblici. Ad ogni modo, la pronuncia offre un primo spunto per ritenere non incompatibili l'esclusività dell'oggetto sociale e la partecipazione a gare bandite da enti diversi dai soci.

⁵⁷ Sarebbe invece ammissibile l'operazione concettuale contraria, desumendo dal divieto la necessità di circoscrivere l'oggetto sociale, come aveva ipotizzato F. Guerrero, *Lo statuto della nuova società "a partecipazione mista" pubblico-privata*, op. loc. cit., relativamente all'art. 23-*bis* cit.

⁵⁸ M. Clarich, *Possibile il conflitto tra le due norme, interna più rigida ed europea più larga*, cit., ritiene invece che la sentenza Cons. Stato n. 5289/2025 presenti «una motivazione robusta» e sia «difficilmente opinabile con riferimento all'esegesi dell'art. 17 del TUSP e al divieto che ne è stato ricavato»; tuttavia, secondo l'A. appare dubbio che la «portata limitativa» della disposizione «così cristallizzata possa essere indenne da rilievi sul piano del diritto europeo».

La formula della “esclusività” ha dunque il doppio effetto di imporre l’*obbligo* di circoscrivere l’oggetto sociale ad attività sufficientemente determinate e il *divieto* di modificare la clausola statutaria in un momento successivo alla gara a doppio oggetto, precludendo così attività *ulteriori* a quelle già oggetto del bando della procedura di selezione. Essa, tuttavia, non prescrive l’esercizio di una sola attività (essendo ammesse le c.d. *multiutilities*), né che la società possa contrarre solo con certi soggetti ovvero entro limiti territoriali assolutamente invalicabili⁵⁹. L’oggetto sociale descrive piuttosto il *tipo* di attività da svolgere, il suo contenuto *prestazionale*. L’art. 17, comma 1, non pone limitazioni “spaziali” all’attività sociale, rinviando al bando, che, secondo il comma 2, deve appunto individuare la «prestazione» da svolgere e la coerenza tra i requisiti di qualificazione e l’oggetto del contratto di servizio. È doveroso definire i limiti tipologici o merceologici dell’attività, proprio per evitare la costituzione di una società “generalista”, che svolga prestazioni di natura o tipo diversi da quello o quelli previsti tassativamente nel bando e nel contratto.

Questo significato dell’esclusività, che non comprende il divieto per la società mista di partecipare a gare pubbliche, appare l’unico compatibile, allo stesso tempo, sia con il comma 1, che – come si è ampiamente detto – connette e limita *verbatim* l’attività sociale allo svolgimento del contratto affidato, sia con il comma 5, secondo il quale: «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». La disposizione individua tre strumenti per agevolare la realizzazione di “più opere e servizi” «anche non simultaneamente assegnati»: se la società potesse svolgere solo ed esclusivamente la commessa affidata con la (prima) gara a doppio oggetto, non avrebbe alcun senso prevedere la possibilità di scindere patrimonialmente una diversa attività da quella principale, ovvero riservare ad alcuni azionisti i diritti patrimoniali sul risultato economico di una seconda attività, in un momento “non simultaneo” alla prima assegnazione, e cioè *successivo* all’affidamento coperto dalla gara a doppio oggetto⁶⁰.

⁵⁹ S. Valaguzza, *Gli affidamenti a terzi e a società miste*, cit., 210, con riferimento alla giurisprudenza che richiedeva tale esclusività pur in assenza di una disposizione di legge, già riteneva di «escludere che per oggetto sociale esclusivo debba intendersi ad esempio “gestione dei rifiuti nel Comune di X per il periodo 2012-2017”».

⁶⁰ In tal senso, C. Pecoraro, *Le società miste*, in G. D’Attorre, V.A. Guccione, C. Pecoraro, F. Vella, *Le società di diritto speciale*, Milano, 2022, 385 e s., per il quale «proprio la formulazione testuale – l’attenzione cade sul riferimento all’inciso “anche non simultaneamente assegnati” – lascerebbe intendere la facoltà di continuare a gestire la partecipata come *multi-utilities*». V. anche E. Codazzi, *Le società miste*, in C. Ibba, I. Demuro (diretto da), *Le società a partecipazione pubblica. Commentario tematico al d.lgs. 175/2016 e 100/2017*, Bologna, 2018, 289 e s., sulla costituzione di patrimoni destinati e sull’emissione di azioni correlate.

Certamente qualche ulteriore dubbio è sollevato dalla clausola di salvezza inserita al principio del comma 5, che prescrive il «rispetto delle disposizioni del presente articolo»⁶¹. Ciò potrebbe significare che: - i successivi affidamenti alla società debbano avvenire almeno con gara a doppio oggetto (cioè, non in via diretta), eventualmente allargando la compagine sociale a nuovi soci selezionati con una procedura comparativa, oppure mediante la partecipazione (della società mista) a una gara pubblica; - il nuovo socio abbia i requisiti richiesti dal c. 2; - la nuova partecipazione rispetti la durata fissata dal c. 3; - i patti parasociali tra i nuovi soci non superino il termine prescritto al c. 4. Tuttavia, l'inciso iniziale non può avere un significato contrario alle frasi successive, che permettono affidamenti successivi.

L'esegesi sistematica dell'art. 17, e in particolare dei suoi commi 1 e 2, suggerisce quindi di accedere alla posizione (già detta) intermedia, per la quale l'oggetto sociale della società mista deve essere definito sin dalla prima gara a doppio oggetto ed è immutabile, ma non impedisce l'affidamento, con gara, di attività identiche o comunque analoghe a quelle già assegnate in via diretta, mantenendo una sorta di "vincolo di omogeneità" delle prestazioni svolte dalla società a capitale misto. Per accogliere tale conclusione è necessario interpretare il termine "contratto" presente al comma 1 come la prestazione che forma oggetto dell'obbligazione contrattuale, e non come singolo negozio formale eseguibile dalla società; altrimenti, si torna nell'equivoco di rendere impossibili le assegnazioni non simultanee permesse, e anzi favorite, dal comma 5.

La tesi qui proposta si concilia pure con la *ratio* della riforma delle società a partecipazione pubblica e con il presumibile intento del legislatore. Da un lato, l'esclusività dell'oggetto sociale è un tratto che caratterizza, in generale, qualsiasi società disciplinata dal Testo unico, che all'art. 4 impone un "vincolo di scopo" e un "vincolo di attività" piuttosto circoscritti⁶², sicché non sono più ammesse per definizione società pubbliche "generaliste". Se davvero si consentisse alle società miste di svolgere qualsiasi attività a prescindere dalle prestazioni affidate con la procedura a doppio oggetto, come propugna la tesi meno restrittiva, l'esclusività dell'oggetto sociale prescritta dall'art. 17, c. 1, non avrebbe alcun effetto ulteriore rispetto alle prescrizioni generali dell'art. 4⁶³.

⁶¹ Alludono a tale aspetto M. Maltoni, A. Ruotolo, *La costituzione di nuova società a partecipazione mista pubblica-privata: statuti delle s.p.a., delle s.r.l., speciali categorie di azioni e patti parasociali (art. 17 TU società a partecipazione pubblica)*, in *notariato.it*, n. 298-2016/I, § 7 (anche in *Studi e Materiali*, 2017, I-II, 231 e ss.).

⁶² Cfr., al riguardo, E. Tedeschi, *Il "vincolo di scopo" nelle società a partecipazione pubblica. Riflessioni sui limiti funzionali delle società a partecipazione pubblica e sulla capacità giuridica della Pubblica Amministrazione*, Napoli, 2025.

⁶³ Mentre l'art. 17, c. 1, rende esclusiva l'attività prevista dal "contratto" posto alla base della gara per la selezione del socio operativo, l'art. 4, c. 2, individua le attività che possono essere svolte da qualsiasi società pubblica cui si applica il Testo unico. L'art. 4, c. 4, ha il più semplice effetto di impedire la costituzione di società *in house* per realizzare partenariati istituzionali, cioè proprio le società miste *ex art. 17*, che sono ontologicamente incompatibili con la partecipazione pubblica totalitaria richiesta dall'art. 16.

Dall'altro lato, se davvero le società miste non potessero ricevere più alcuna commessa ulteriore alla prima, essendo vietata la partecipazione a qualsiasi gara successiva, sarebbero frustrate le ragioni di economicità dell'attività amministrativa alla base del Testo unico. L'ente pubblico che volesse affidare un servizio già svolto dalla società mista a condizioni più favorevoli di quelle offerte dal mercato (in tesi, poiché realizzato nei territori contigui, beneficiando di economie di scala), senza esternalizzare completamente l'attività, sarebbe costretto a costituire una nuova società *in house* o una nuova società mista, producendo quella moltiplicazione di enti partecipati che il Testo unico intende evitare e la Corte dei conti ha più volte stigmatizzato⁶⁴.

Per il vero, l'opinione giurisprudenziale più restrittiva non esclude la possibilità di allargare la compagine sociale a nuovi soci pubblici, per estendere il servizio al territorio di altri comuni⁶⁵. Tale soluzione raggiungerebbe lo stesso risultato della partecipazione della società alla procedura di gara indetta dall'ente pubblico, senza, però, effettuare alcun confronto competitivo tra gli operatori, poiché – in via di fatto – il servizio verrebbe affidato alla società mista con la sottoscrizione o l'acquisto della quota da parte del nuovo socio pubblico⁶⁶. E infatti l'Adunanza plenaria, nella sentenza n. 1/2008, aveva escluso la possibilità di allargare la compagine sociale per estendere territorialmente il servizio già svolto⁶⁷.

Per linearità interpretativa, il termine "assegnare" di cui al comma 5 andrebbe dunque inteso nel senso di affidare alla società un servizio (o altra prestazione) a seguito di una gara cui partecipa la società stessa⁶⁸, ovvero a seguito di una gara a doppio oggetto; per realizzare la nuova commessa può essere creato un patrimonio destinato (ove, per esempio, sia necessario conferire o trasferire un ramo d'azienda) o possono essere emesse azioni correlate che remunerano separatamente

⁶⁴ V. già, al riguardo, A. Bartolini, *Società di gestione dei servizi pubblici locali tra art. 13 del "decreto Bersani" ed art. 23-bis del D.L. 112/2008*, cit., 745: «Il giudice contabile, in una situazione in cui vi era un obbligo normativo di costituire una società di gestione farmaceutica ad oggetto sociale esclusivo, ha evidenziato come detta prescrizione possa essere superata "al fine di salvaguardare i costi pubblici e di limitare il proliferare di nuove ed onerose società", tramite il conferimento dei vari servizi in un'unica partecipata «mantenendo ben distinte le rispettive contabilità» (cfr. Corte Conti, sez. Controllo, Lombardia, parere 13 novembre 2008, n. 85). Sulla separazione contabile, B. Caravita di Toritto, *È veramente pro-concorrenziale l'art. 13 del decreto Bersani I?*, in *federalismi.it*, 2007, 8.

⁶⁵ Cfr. § 9.2. sentenza n. 5289/2025.

⁶⁶ La giurisprudenza amministrativa ha precisato che «l'acquisizione di una partecipazione azionaria di una società costituita in precedenza, ancorché avente ad oggetto la gestione dei rifiuti, non è sufficiente a legittimare l'affidamento diretto e ad escludere la necessità della gara» (Cons. Stato, sez. V, 15 ottobre 2010, n. 7533; v., a commento, B. Boschetti, *I confini della nozione di società mista*, in *UeA*, 2011, II, 182 e ss.).

⁶⁷ Cfr. *supra* nt. 31.

⁶⁸ Nel caso del servizio pubblico locale, dunque, una gara svolta ai sensi dell'art. 15 d.lgs. n. 201/2022.

alcuni soci (anche gli eventuali nuovi soci) per quell'affare (se, ad esempio, sia più redditizio degli altri)⁶⁹.

In definitiva, il dato normativo sconta una certa approssimazione, a tratti contraddittoria, utilizzando termini tra loro poco compatibili e oscuri, ma l'inciso contenuto al comma 5 non può essere obliterato con una lettura troppo rigida del comma 1, poiché esso produce – anzi, deve produrre – un significato preceptivo al pari delle altre disposizioni dell'articolato normativo.

4. *La rilevanza degli ambiti territoriali ottimali per definire l'oggetto sociale delle società miste affidatarie di servizi pubblici locali a rete di rilevanza economica*

La questione può essere ulteriormente chiarita esaminando la disciplina statale e regionale sull'esercizio dei servizi pubblici locali “a rete” di rilevanza economica, che è bene tenere distinta dalla disciplina, appena esaminata, sulle modalità di affidamento degli stessi. L'estensione del servizio dipende infatti dall'individuazione, per legge, degli “ambiti territoriali ottimali” (o dei “bacini territoriali omogenei”), in base a quanto previsto, in generale, dall'art. 3-*bis* del d.l. n. 138/2011 citato⁷⁰, e dalle disposizioni settoriali relative alle specifiche tipologie di servizio⁷¹.

⁶⁹ L'ipotesi della gara a doppio oggetto non è priva di criticità. In caso di ingresso nella compagine sociale di un nuovo socio pubblico, il comma 1 imporrebbe che gli affidamenti disposti dall'ente avvengano selezionando anche un “nuovo” socio privato. Dunque, un ente – non ancora socio – potrebbe indire una gara a doppio oggetto, mettendo in palio la sottoscrizione delle azioni di nuova emissione (in caso di s.p.a.) o la sottoscrizione delle quote (in caso di s.r.l.) in seguito all'aumento di capitale (ovvero l'acquisto delle partecipazioni già detenute dagli attuali soci) della società mista esistente, e tale gara potrebbe essere aggiudicata sia a un imprenditore terzo, sia all'operatore che è già socio della società mista. Quest'ultimo, invero, avrebbe molte possibilità di aggiudicarsi la partecipazione, poiché rispetterebbe i requisiti richiesti e sarebbe in grado di presentare un'offerta competitiva (avendo svolto proprio quell'attività nella medesima compagine sociale). Non si rinviene una disposizione che vieti tale operazione, che però realizzerebbe un non indifferente garbuglio burocratico per assegnare la commessa al medesimo soggetto.

⁷⁰ L'art. 3-*bis* è stato aggiunto dal d.l. 24 gennaio 2012, n. 1, convertito con modificazioni in l. 24 marzo 2012, n. 27; il c. 1-*bis*, che impone di conferire all'ente di governo dell'ambito o del bacino le «funzioni di organizzazione dei servizi pubblici locali a rete di rilevanza economica, compresi quelli appartenenti al settore dei rifiuti urbani, di scelta della forma di gestione, di determinazione delle tariffe all'utenza per quanto di competenza, di affidamento della gestione e relativo controllo», è stato aggiunto dall'art. 34, c. 23, d.l. n. 179/2012 cit. La disposizione è stata emendata dal d.lgs. n. 201/2022 per i profili attinenti alla competenza degli “enti di governo dell'ambito”, rimanendo invariato il resto ai sensi dell'art. 4, c. 5.

⁷¹ Gli a.t.o. per il servizio di gestione integrata dei rifiuti sono attualmente disciplinati dall'art. 200 del d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152, ma erano già stati previsti dall'art. 23 d.lgs. 5 febbraio 1997, n. 22, in attuazione delle direttive comunitarie in materia, individuando nella Provincia l'ambito territoriale ottimale, salve eccezionali «esigenze tecniche o di efficienza nella gestione dei rifiuti urbani». Per il servizio idrico integrato, l'art. 147 del d.lgs. n. 152/2006 prescrive che il servizio sia “organizzato” sulla base degli a.t.o. già definiti dalle Regio-

Senza entrare nel merito delle alterne fortune conosciute dal sistema degli a.t.o., specialmente dopo la soppressione delle “autorità d’ambito” e il conseguente conferimento all’ente provinciale delle funzioni di governo dell’ambito⁷², occorre notare che, attuando l’art. 117 della Costituzione, tali disposizioni perseguono l’obiettivo della suddivisione del servizio in ambiti territoriali tendenzialmente coincidenti con l’estensione provinciale, o di respiro comunque sovracomunale, se non addirittura regionale⁷³, salve le eccezioni consentite dalla disciplina statale⁷⁴.

Tali previsioni devono essere coordinate con l’art. 17 del Testo unico. L’interpretazione restrittiva della prescrizione sull’oggetto sociale esclusivo impedirebbe di gestire il servizio a livello d’ambito, se il primo affidamento alla società mista fosse di ampiezza territoriale inferiore o non fosse disposto da tutti gli enti compresi nell’ambito stesso. Si potrebbe così ipotizzare che l’art. 17, disciplinando un particolare modello di gestione del servizio, deroghi alle regole generali sull’estensione ottimale dell’attività, a favore di una maggior rigidità nell’affidamento della gestione. Tuttavia, l’ipotizzato effetto derogatorio è presto smentito per due ragioni: da un lato, l’art. 3-*bis* cit. è stato recentemente modificato dal d.lgs. n. 201/2022 mantenendo, senza eccezioni, il sistema degli a.t.o. appena descritto; dall’altro lato, la disposizione del Testo unico regola le modalità di affidamento dell’attività, mentre le disposizioni sugli a.t.o. disciplinano le modalità di esercizio del servizio: il diverso ambito oggettivo di applicazione impedisce di ritenere le prime “speciali” rispetto alle seconde.

Esclusa una deroga normativa, l’interpretazione delle disposizioni sull’affidamento non può ignorare le disposizioni sull’estensione territoriale della gestione del servizio, che deve essere assegnata a un operatore in grado di garantire le efficienze gestionali, per dimensione territoriale e capacità organizzativa, volute

ni in attuazione della l. 5 gennaio 1994, n. 36, prescrivendo che, di norma, la delimitazione dell’a.t.o. non sia inferiore all’ambito provinciale.

⁷² Dopo la soppressione delle autorità d’ambito in forza dell’art. 2, c. 186-*bis*, l. 23 dicembre 2009, n. 191 (aggiunto dall’art. 1, c. 1-*quinquies* d.l. 25 gennaio 2010, n. 2, convertito con modificazioni in l. 26 marzo 2010, n. 42), le funzioni di “ente di governo dell’ambito” sono state conferite, di norma, alle Province. Già l’art. 2, c. 28, l. 24 dicembre 2007, n. 244, aveva imposto la «valutazione prioritaria dei territori provinciali quali ambiti territoriali ottimali ai fini dell’attribuzione delle funzioni in materia di rifiuti alle province e delle funzioni in materia di servizio idrico integrato di norma alla provincia corrispondente ovvero, in caso di bacini di dimensioni più ampie del territorio provinciale, alle regioni o alle province interessate, sulla base di appositi accordi».

⁷³ L’art. 3-*bis*, c. 1, cit., stabilisce che il perimetro degli a.t.o. è definito per «consentire economie di scala e di differenziazione idonee a massimizzare l’efficienza del servizio». Anche l’art. 200 cit., per il servizio di gestione integrata dei rifiuti, e l’art. 147, c. 2, cit., per il servizio idrico integrato, prevedono analoghi criteri di delimitazione degli a.t.o. per garantire il superamento della frammentazione delle gestioni e il conseguimento di adeguate dimensioni gestionali, sulla base di parametri oggettivi e adeguati al territorio interessato.

⁷⁴ È il caso del diverso modello di organizzazione del servizio di gestione dei rifiuti adottato in Regione Lombardia con l.r. n. 26/2003: avvalendosi della facoltà di derogare al sistema degli a.t.o., ai sensi dell’art. 200, c. 7, d.lgs. n. 152/2006, le funzioni organizzative sono affidate ai Comuni in via pressoché esclusiva. Ciò non toglie che la gestione del servizio possa essere affidata a livello sovracomunale (e infatti spesso lo è).

dal legislatore e dal pianificatore⁷⁵. L'interpretazione restrittiva delle disposizioni sull'affidamento della gestione sembra dunque preclusa dalle norme, altrettanto valide ed efficaci, sulla gestione stessa: le regole sulla scelta del gestore dipendono dalle caratteristiche del servizio, non valendo l'opposto.

Poiché il servizio pubblico locale deve essere organizzato e svolto unitariamente a livello d'ambito, la società mista istituita per realizzare (esclusivamente) quel servizio trova l'estensione naturale e potenziale della propria attività proprio nell'ambito territoriale individuato *a priori* come "ottimale" dalle disposizioni normative e dagli atti di piano⁷⁶: l'attività prestata all'interno dei confini spaziali dell'a.t.o. non potrebbe essere qualificata come extraterritoriale o *extra moenia*, poiché appartiene all'oggetto sociale normativamente definito, o integrato, della società. Ciò non significa che l'ente misto sia costretto ad ampliare la propria attività oltre l'originario affidamento comunale, poiché tale obbligo si imporrebbe semmai agli enti pubblici, soci e non soci, appartenenti all'ambito; piuttosto, non possono essere posti divieti all'estensione dell'attività a livello d'ambito.

Appare dunque conforme a legge che la società mista affidataria del servizio erogato nei territori di alcuni Comuni dell'ambito aspiri a realizzare tale attività anche a favore dell'utenza di altri enti locali appartenenti al medesimo ambito. Tale è l'auspicio della norma che colloca al livello provinciale l'ottimale gestione del servizio, affidando all'ente di governo d'ambito l'organizzazione del servizio sul territorio e l'aggiudicazione, spesso solo auspicata e non attuata, a un gestore unico⁷⁷.

Non c'è modo, in questa sede, di spingersi a ipotizzare l'effetto di eterointegrazione degli statuti privi di indicazioni sulla dimensione spaziale (attuale e potenziale) dell'attività⁷⁸, ma non sarebbe comunque peregrino dubitare della validità di patti sociali che impediscano l'estensione del servizio a tutti i territori appartenenti all'ambito, poiché tali previsioni sarebbero difformi dalle norme imperative sulla gestione del servizio.

⁷⁵ Secondo G. Rossi, *L'ambito territoriale e i rapporti della società con i soci terzi*, cit., 176, l'estensione territoriale dell'attività oltre gli affidamenti originari è più che giustificata dall'opportunità di conseguire economie di scala.

⁷⁶ La prospettiva era suggerita da F. Goisis, *I limiti dell'attività extra moenia delle società miste locali*, cit., 564, il quale, prendendo spunto dalla giurisprudenza pronunciata sui limiti di attività extraterritoriale delle aziende speciali, osservava che la gestione del servizio nel territorio di un Comune diverso dai soci non potrebbe portare benefici alla collettività locale di origine «se non a causa di una dimensione (ottimale) materialmente sovracomunale del servizio in questione», che suggerisce «una gestione pienamente integrata ed unitaria».

⁷⁷ Le competenze degli enti comunali cessano solo all'inizio dell'attività del soggetto aggiudicatario della gara (unica per l'intero a.t.o.) indetta dall'ente di governo d'ambito.

⁷⁸ Ciò permetterebbe di superare l'obiezione, sollevata nelle sentenze Tar Lazio n. 17846/2023 e Cons. Stato n. 5289/2025 cit., per la quale lo statuto in esame non avrebbe permesso l'estensione del servizio ai territori delle municipalità non socie, ancorché appartenenti al medesimo ambito dei comuni soci.

Senza attribuire all'art. 4, c. 9-*bis* del Testo unico un significato che ne trascende l'interpretazione estensiva⁷⁹, e pur non ritenendo che i Comuni siano stati del tutto spogliati della competenza ad affidare il servizio⁸⁰, la lettura sistematica della disciplina sui servizi pubblici locali a rete di rilevanza economica induce a ritenere insussistente, per la società mista, il divieto di partecipare alle procedure indette dagli enti pubblici che compongono l'a.t.o.

5. *L'assenza di "vantaggi indebiti" per il socio privato*

Una delle maggiori preoccupazioni manifestate dall'opinione più restrittiva attiene ai vantaggi che il socio privato potrebbe conseguire grazie alla partecipazione della società mista alla gara per l'aggiudicazione di contratti ulteriori a quello affidato con la gara a doppio oggetto⁸¹.

⁷⁹ Come si è detto *supra* (nt. 56), la disposizione legittima la partecipazione in società pubbliche che producono SIEG a rete anche fuori dall'ambito territoriale della collettività di riferimento del singolo ente, ma è stata interpretata da Tar Veneto n. 1114/2018 cit. nel senso di consentire la partecipazione della società a gare pubbliche per l'affidamento del servizio.

⁸⁰ Sulle criticità legate all'avvicendamento di competenze, cfr. G. Scarafiocca, *In house providing, società mista e Ambiti Territoriali Ottimali. A proposito della sentenza della Corte di Giustizia UE, Sez. IV, 12 maggio 2022, Causa C-719/20, Comune di Lerici*, in *federalismi.it*, 2022, XXIX, 164, spec. nt. 4, anche a commento di una complessa vicenda sull'affidamento *in house* del servizio nel Comune di Lerici: il giudice amministrativo aveva ritenuto che l'ente comunale non avesse più il potere di affidare la gestione del servizio, non essendo applicabile la normativa regionale che, in via transitoria, preservava alcune delle pregresse competenze dei Comuni poi trasferite alle Province (cfr. Cons. Stato, sez. IV, 30 ottobre 2020, n. 6655, § 26; Id., 20 novembre 2023, n. 9933, § 22.4).

⁸¹ Secondo Tar Roma n. 17846/2023 cit., infatti, l'esclusività dell'oggetto sociale (e dunque l'impossibilità di partecipare a gare pubbliche) intende evitare che, sfruttando i «particolari diritti e vantaggi non coerenti con l'effettiva entità della sua partecipazione», ottenuti derogando alla disciplina ordinaria sulle società di capitali ai sensi dell'art. 17, c. 4, del Testo unico, il socio privato possa beneficiare di tali deroghe per gestire la società mista «con criteri diversi da quelli a cui si attengono gli altri operatori economici» e dunque «acquisire requisiti e risorse da spendere ai fini della partecipazione ad ulteriori future gare indette da altre stazioni appaltanti». Se ben si è compreso, si vuole scongiurare che l'imprenditore sfrutti i «vantaggi» di essere socio della società mista partecipando indirettamente, per il tramite della società stessa, a gare pubbliche e aggiudicandosi nuove commesse proprio grazie a tali vantaggi pregressi, a detrimento del «fisiologico meccanismo della concorrenza». Analogamente, secondo Cons. Stato n. 5289/2025 le restrizioni sono «teleologicamente orientate» a garantire affidamenti concorrenziali, poiché evitano che il socio privato possa sfruttare, in altre procedure (alle quali parteciperebbe la società mista, però), il vantaggio competitivo derivante proprio dall'appartenenza a una società mista con un socio pubblico. In tal senso, le conclusioni sono «in totale coerenza» con i principi di diritto espressi nel noto parere n. 456/2007 (cfr. § 8.1). All'obiezione dell'appellante, per il quale, in realtà, al socio privato non sarebbe attribuito alcun vantaggio né in termini di risorse materiali aggiuntive né in termini di requisiti, il Collegio replica che è proprio la partecipazione alla società ad accordare, di per sé, un vantaggio competitivo al socio privato, il quale gode di una «stabilità economica e finanziaria» derivante dalla certezza sui proventi dell'attività affidata, che si traduce in «maggiore capacità competitiva». Tale vantaggio deve essere neutralizzato inibendo (alla società mista, però) la partecipazione ad altre procedure (cfr. § 8.2). Già C.G.A.R.S., n. 719/2007, cit., aveva ritenuto che il socio privato beneficerebbe delle quote di mercato stabili che consentono alla società di attenuare notevolmente l'alea del rischio dell'intrapresa economica (cfr., al riguardo, G. Bassi, *op. cit.*, 82, spec. nt. 54).

In realtà, il divieto di partecipare ad altre gare non riguarda personalmente il socio privato, ma viene applicato alla società come persona giuridica. Non essendo posta in discussione la distinzione soggettiva e patrimoniale tra il socio e la società⁸², il socio privato non potrebbe conseguire direttamente alcuna “rendita di posizione” dall’aggiudicazione della nuova commessa, che spetta pur sempre alla società; basti pensare che, nel frattempo, la partecipazione del socio privato potrebbe anche cessare per i limiti di durata⁸³.

Al più, occorrerebbe stigmatizzare un eventuale vantaggio accordato alla società mista con l’affidamento – questo sì, in via diretta – della gestione del servizio⁸⁴, ma, come si è più volte osservato, l’evidenza pubblica neutralizza ogni profilo anticoncorrenziale.

Ad ogni modo, anche ipotizzando un beneficio indiretto del socio privato, l’operatore economico che diviene socio di una società mista non acquisisce alcun vantaggio indebito o illegittimo, perché si aggiudica una gara che garantisce il rispetto della concorrenza tra i candidati. Il socio privato incassa l’eventuale dividendo o percepisce il corrispettivo dell’eventuale affitto dell’azienda prestata o altri ricavi di gestione, ma si tratta in ogni caso della remunerazione di una prestazione o di una rendita finanziaria ottenuti *secundum legem* partecipando a un confronto competitivo. L’attività del socio privato è remunerata esattamente come quella di un concessionario della pubblica amministrazione (la concessione pura e la società mista sono, d’altronde, due forme di partenariato), e il suo investimento è remunerato come un qualsiasi azionista o quotista.

Poiché la società mista è una forma di partenariato pubblico-privato istituzionale definito dall’art. 174, c. 4, del d.lgs. n. 36/2023, gli ipotetici “vantaggi” per il socio privato potrebbero addirittura essere superati dagli oneri di gestione. Anzi, il conseguimento di un vantaggio certo pare smentito proprio dall’assunzione di un «rischio operativo connesso alla realizzazione dei lavori o alla gestione dei servizi», che deve essere allocato, per definizione, in capo al soggetto privato, il quale dovrà provvedere «in misura significativa» alla «copertura dei fabbisogni finanziari connessi alla realizzazione del progetto».

Quanto alla citata Comunicazione della Commissione n. 2008/C 91/02 del 12 aprile 2008, che richiede agli stati membri di «provvedere affinché la parteci-

⁸² Essa è, a tratti, negata solo nelle società *in house*, peraltro non senza rilevanti problemi.

⁸³ Anche secondo M. Clarich, *Possibile il conflitto tra le due norme, interna più rigida ed europea più larga*, cit., andrebbe rivisitato l’assunto per cui il socio privato sia di per sé beneficiario di un privilegio.

⁸⁴ Difatti, la giurisprudenza che, prima delle riforme dell’art. 113 cit., richiedeva di accertare il rispetto del vincolo funzionale pareva preoccupata – seppur implicitamente – del possibile “vantaggio competitivo” di cui beneficiavano le società miste (non il socio privato) per gli affidamenti direttamente ricevuti, «perché avendo tale base economica possono più agevolmente concorrere presso gli enti locali non soci per l’ottenimento di altri spazi gestionali» (così G. Caia, *L’attività imprenditoriale delle società a prevalente capitale pubblico locale al di fuori del territorio degli enti soci*, cit., 1572).

pazione 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», non è detto che la società mista sia un organismo di diritto pubblico⁸⁵, poiché può difettare – e di norma dovrebbe essere così⁸⁶ – il requisito teleologico (il perseguimento di finalità istituzionali di interesse generale di natura non industriale o commerciale) e in certi casi – se la partecipazione pubblica non è maggioritaria e non sono previsti strumenti di controllo “interno” – anche il terzo requisito.

Un’ultima notazione contribuisce a escludere che il divieto sia teleologicamente orientato a inibire vantaggi per il socio privato di minoranza. Oltre che alle società costituite o partecipate dopo l’entrata in vigore del Testo unico, la preclusione si applicherebbe infatti alle sole società miste preesistenti *a controllo pubblico*. Dunque, paradossalmente, sfuggirebbe al divieto il socio privato di una società mista preesistente al Testo unico, ma *a controllo privato*, il quale potrebbe conseguire vantaggi più cospicui per il maggior valore della partecipazione. Si può quindi dubitare che il divieto ipotizzato poggi davvero sull’esigenza di impedire un beneficio indebito che non sarebbe, però, scongiurato in alcune ipotesi più gravi.

6. *Il confronto con la fattispecie della società in house e le conseguenze della violazione del divieto*

Infine, la posizione del divieto per le società miste non appare coerente con la possibilità riservata alle società *in house* – che nelle teorie più estreme sarebbe addirittura un “organo esterno” della pubblica amministrazione – di “andare a fare altro”, almeno in misura residuale⁸⁷.

⁸⁵ Il c. 6 dell’art. 17 testimonia, d’altra parte, che tale qualificazione non è per nulla scontata.

⁸⁶ Teoricamente, essendo una società mista affidataria di un servizio pubblico di rilevanza *economica* (o comunque di un servizio di interesse *economico* generale), difetterebbe anzitutto il requisito “teleologico”, posto che le finalità per cui è istituita sono generali, ma sono perseguite mediante un’attività che ha natura industriale e commerciale. Anche aderendo a una lettura più ampia del requisito teleologico, che nel tempo è stata connessa all’assunzione effettiva del rischio operativo, non pare negabile che la società mista di per sé assuma il rischio della gestione come un qualsiasi soggetto imprenditoriale privato. Le disposizioni del Testo unico che impediscono l’indiscriminato soccorso finanziario da parte degli enti soci e la “fallibilità” della società stessa confermano l’assunzione di tale rischio, che non può essere eliminato e forse nemmeno mitigato dal soggetto pubblico. Solo specifiche circostanze potrebbero attestare il contrario, come la strutturale impossibilità di svolgere il servizio senza registrare inevitabili perdite di gestione. Ciò però non può essere presunto in astratto per qualsiasi società mista, per la quale anzi varrà il contrario.

⁸⁷ Secondo M. Clarich, *Possibile il conflitto tra le due norme, interna più rigida ed europea più larga*, cit., la stessa sentenza Cons. Stato n. 5289/2025 avrebbe esaminato in modo “stringato” il raffronto tra le due fattispecie, tanto più che, attualmente, una società *in house* potrebbe essere partecipata da un socio privato, se previsto da una legge speciale.

Dal punto di vista dei rapporti giuridico-formali, la società *in house* e la società mista sono identiche, poiché in entrambi i casi la persona giuridica partecipata dall'ente riceve l'affidamento *in via diretta*, senza gara. Sotto questo profilo, non sarebbe giustificato un trattamento differenziato, trattandosi della medesima fattispecie.

Dal punto di vista sostanziale, la società *in house* beneficia realmente del vantaggio concorrenziale dell'affidamento diretto senza alcun momento di confronto con il mercato, mentre nel modello della società mista il momento comparativo è dato dalla gara a doppio oggetto, all'esito della quale l'attività è affidata materialmente al soggetto privato; o, meglio, la società esercita l'attività grazie alle risorse e alle capacità conferite dal socio privato. Anche sotto questo profilo, dunque, non si giustifica un maggior rigore per il secondo modello, che invece dovrebbe ricevere un trattamento meno stringente.

Dal punto di vista materiale, poi, le due fattispecie sono differenziate dall'assenza o dalla presenza del socio privato. È questo l'elemento su cui insiste la tesi restrittiva, per la quale il divieto assoluto imposto alle società miste è giustificato proprio dall'esigenza di evitare un vantaggio per il socio privato, assente nella società *in house*⁸⁸. Tuttavia, da un lato, in base all'art. 16, c. 1, del Testo unico, la legge potrebbe prescrivere la partecipazione di soci privati al capitale della società *in house*, annullando la differenza materiale tra le due fattispecie; dall'altro lato, come si è visto, l'imprenditore privato azionista o quotista della società mista non "sfrutta" alcun beneficio "indebito", poiché è scelto con una procedura a evidenza pubblica: il "vantaggio" di essere socio di una società cui sono affidate commesse pubbliche è legittimato dalla gara per la scelta del socio, e non è dunque indebito. Anche sotto questo profilo, dunque, la partecipazione di una società mista a una procedura di gara non è foriera di uno squilibrio concorrenziale.

In ogni caso, la violazione del requisito dell'attività prevalente non determina l'esclusione della società *in house* da un'eventuale gara pubblica, ma causa l'invalidità sopravvenuta degli affidamenti diretti, che decadono *ex lege* se la società non rinuncia tempestivamente ai nuovi rapporti contrattuali per sanare l'irre-

⁸⁸ Tar Roma n. 17846/2023 e Cons. Stato n. 5289/2025 ritengono infatti che le due fattispecie siano differenziate proprio dal vantaggio implicito (che verrebbe) accordato al socio privato, che non è presente nelle società *in house*, la quale dunque ben può svolgere attività ulteriori a quelle affidate in via diretta, pur sempre nel limite quantitativo della quinta parte del fatturato complessivo. Finirebbero così fuori segno le censure di disparità di trattamento sollevate dalla società ricorrente, nel caso di specie, poiché il divieto per le società miste di svolgere attività ulteriore a quella affidata, anche in minima parte (come invece è consentito nelle società *in house*), risponde all'esigenza di garantire una competizione effettivamente alla pari nelle procedure indette da altre amministrazioni.

golarità, ovvero non sceglie di mantenere la nuova attività (che supera la soglia consentita del venti per cento di fatturato) rinunciando agli affidamenti diretti⁸⁹.

Mutatis mutandis, la violazione della regola dell'esclusività dell'oggetto sociale della società mista non dovrebbe comportare di per sé l'esclusione dalla procedura a evidenza pubblica⁹⁰, rimettendo piuttosto in discussione gli affidamenti già disposti dagli enti soci in forza della gara a doppio oggetto. Dunque, anche volendo ritenere vigente un divieto, esso non delegittimerebbe la partecipazione della società mista, che, quale "operatore economico", ha sempre il diritto di aspirare all'aggiudicazione della commessa se possiede la capacità economico-finanziaria e tecnico-professionale. L'amministrazione aggiudicatrice non sarebbe nemmeno tenuta a verificare la compatibilità della partecipazione alla gara con il "vincolo istituzionale" della società mista⁹¹, poiché la sua violazione non avrebbe effetti espulsivi; né la legge prevede tassativamente tale causa di esclusione⁹², o la nullità di accordi contrari al preteso divieto.

7. Osservazioni conclusive

Diversi elementi normativi e sistematici hanno consentito di rimeditare la posizione più restrittiva recentemente assunta dalla giurisprudenza amministrativa, e ritenere dunque non vigente il divieto per le società miste di candidarsi alla realizzazione di commesse ulteriori a quelle originariamente assegnate con la gara a doppio oggetto⁹³. Per non violare l'esclusività dell'oggetto sociale, pacificamente prevista dall'art. 17 del Testo unico, le attività affidate non simultaneamente alla società mista dovrebbero essere legate da un vincolo di "omogeneità".

⁸⁹ Cons. Stato, sez. V, 20 gennaio 2020, n. 444, ha infatti ritenuto che l'esclusione della società *in house* per la violazione della soglia dell'ottanta per cento del fatturato sarebbe una "sanzione", che, come tale, dovrebbe essere "tipica ed espressa", ma così non era (né è) nel codice dei contratti pubblici o nel Testo unico. Invece, osserva il giudice, l'art. 16, c. 4, del Testo unico qualifica tale violazione come "grave irregolarità" ai sensi dell'art. 2409 cod. civ., rilevante anche per l'attività di controllo ministeriale, e comunque sanabile dalla società stessa, ai sensi dell'art. 16, c. 5, optando per la rinuncia alle "altre" commesse o agli affidamenti diretti (dunque, non è detto che la società rinunci all'affidamento degli enti non soci, che, a livello imprenditoriale, potrebbe essere più interessante dell'affidamento diretto).

⁹⁰ Così come non sarebbe nullo un contratto stipulato in contrasto con la clausola statutaria sull'oggetto sociale, ai sensi degli artt. 2384 e 2475-*bis* cod. civ., a meno che la sua esecuzione modifichi radicalmente l'attività della società. Se questa rimane sostanzialmente immutata (ad es., perché il nuovo accordo si limita ad estenderne i confini territoriali), la società è obbligata a eseguire il contratto.

⁹¹ Come riteneva, invece, la giurisprudenza prima della riforma dell'art. 113 d.lgs. n. 267/2000 (v. *supra* § 2.1).

⁹² Proprio sotto tale profilo potrebbero essere sollevati i principali dubbi sulla compatibilità di un ipotetico divieto con la disciplina comunitaria sui contratti pubblici, tanto più se si condivide l'insussistenza di indebiti vantaggi per il socio privato. Ad ogni modo, l'assenza del divieto esonera l'interprete da tale verifica.

⁹³ Gli argomenti a sostegno della tesi sono stati illustrati *supra* ai §§ 3-6.

Le caratteristiche peculiari dell'attività materialmente svolta e, soprattutto, le condizioni giuridiche del suo esercizio confermano l'assenza di un divieto assoluto. Se infatti la realizzazione di un'opera pubblica può giustificare la riduzione dell'attività della società, costituita *ad hoc*, alla prestazione eseguibile *una tantum*, nella prospettiva dei servizi di interesse economico generale la società mista diviene un ente a vocazione più ampia e duratura. L'impostazione qui accolta permetterebbe dunque di superare la logica dell'ente misto quale (mera) "società di scopo".

Se si condividesse la tesi "intermedia" fra le tre accennate in premessa, si tornerebbe a ragionare in modo non dissimile a qualche tempo fa, quando – nell'assenza, come ora, di un divieto tassativo di svolgere attività extraterritoriale o ricevere ulteriori affidamenti con gara – si poneva l'unico limite del "collegamento funzionale" tra la nuova commessa e l'attività istituzionale della società mista (e, indirettamente, dei soci pubblici). Rispetto al passato, però, per quanto attiene ai servizi pubblici locali a rete, sarebbe sufficiente consentire lo svolgimento di attività identica o comunque omogenea a quella realizzata in attuazione dell'oggetto sociale esclusivo, per raggiungere l'estensione "ottimale" della prestazione affidata, sollevando l'interprete dalla scivolosa verifica "caso per caso" sulla compatibilità degli impegni ulteriori a quelli già assunti dalla società⁹⁴.

Sotto il profilo ricostruttivo, pensando alla dinamica concorsuale di cui la società mista può essere partecipe, il rapporto tra il socio privato operativo, il socio pubblico e l'ente societario potrebbe essere ricostruito in termini non dissimili da quelli valevoli per un "consorzio stabile", disciplinato dall'art. 67 del d.lgs. n. 36/2023, e le consorziate, anche se il partenariato istituzionale non avesse la forma di società consortile. La "maturazione" dei requisiti da parte della società mista potrebbe infatti funzionare analogamente a quanto avviene in un consorzio stabile: la società svolge l'attività grazie all'iniziale apporto di capacità del socio privato, ma nel corso della gestione essa acquisisce un'esperienza propria, maturando i requisiti di capacità speciale da spendere in eventuali procedure di aggiudicazione del medesimo servizio nello stesso ambito territoriale (analogamente a quanto avviene per il consorzio stabile, che dotandosi di una propria struttura grazie agli apporti delle consorziate svolge prestazioni che consentono di imputarsi l'attività svolta⁹⁵). Alla scadenza del contratto originario, la società non deve per forza essere sciolta, poiché il limite di durata riguarda solo la partecipazione del socio privato. Se non rinnova la selezione del socio privato operativo per gli affidamenti scaduti,

⁹⁴ Sarebbe in larga misura superato il rischio, ben evidenziato da M. Dugato, *La concorrenza e la extra-territorialità nell'azione delle società a partecipazione pubblica locale*, op. loc. cit., di smarrire qualsiasi prevedibilità dell'esito delle verifiche richieste dalla giurisprudenza nel periodo precedente alla riforma del settore (cfr. *supra* § 2.1).

⁹⁵ Cfr., al riguardo, A. Bonaiti, *Art. 67 – Consorzi non necessari*, in R. Villata, M. Ramajoli (a cura di), *Commentario al codice dei contratti pubblici*, Pisa, 2025, 383 e ss.

e a patto di mantenere le risorse e quindi le capacità acquisite, la società potrebbe continuare a operare divenendo una società *in house* degli enti pubblici che l'hanno costituita (e di quelli che hanno effettuato gli affidamenti successivi), ovvero ancora partecipando in autonomia alle procedure di affidamento indette dagli enti soci e non soci. In questi due ultimi casi, la società non sarebbe più mista e la matrice "consortile" sarebbe mantenuta solo tra i soci pubblici, ma ciò che rileva è la possibilità di imputare alla società l'esperienza maturata.

Le possibili questioni di costituzionalità e di compatibilità europea del presunto divieto, segnalate nei casi recentemente decisi⁹⁶, non sono state discusse poiché, non ritenendo sussistente una preclusione normativa, non occorre accertarne la conformità alle fonti sovraordinate.

Non è parso nemmeno opportuno condurre il ragionamento secondo le categorie delle scienze aziendalistiche sulla naturale inclinazione dell'impresa a espandersi e ampliare, almeno territorialmente e quantitativamente, la propria attività, anche per realizzare economie di scala e migliorare la capacità industriale a beneficio della collettività. Né si è ritenuto sufficiente notare che, su un piano politico-amministrativo, la promozione del ruolo strategico attribuito al partenariato sarebbe certamente compromessa dalla riduzione della società mista a un veicolo societario a capacità giuridica limitata. Tali considerazioni potrebbero, semmai, rendere più persuasive le conclusioni suggerite dall'interpretazione letterale e sistematica delle disposizioni applicabili.

⁹⁶ Cons. Stato n. 5289/2025 ha escluso che l'art. 17, interpretato nel senso di imporre il divieto, sia incostituzionale sotto il profilo della ragionevolezza e della proporzionalità della preclusione, o della libertà di impresa, o ancora dell'eccesso di delega (§ 8.5 sent.); allo stesso modo, il divieto non porrebbe alcun dubbio di incompatibilità con il diritto dell'Unione europea, poiché evita distorsioni della concorrenza dovute al «vantaggio competitivo» e alle «prerogative speciali» che il socio privato acquisisce grazie al partenariato. In altri termini il «vincolo di scopo limitato ad un soggetto sociale esclusivo», da cui deriva il divieto per le società miste «in controllo pubblico» di partecipare a «gare pubbliche» sarebbe coerente con le condizioni indicate nella comunicazione interpretativa della Commissione europea già citata (§ 8.6 sent.). Tuttavia, si è già detto sia che non è condivisibile la tesi per cui il socio privato beneficerebbe di vantaggi indebiti (*supra* § 5), sia che, secondo la Commissione, le società miste possono partecipare a gare pubbliche al pari di qualsiasi altro operatore (cfr. *supra* § 2.3). Ritiene M. Clarich, *Possibile il conflitto tra le due norme, interna più rigida ed europea più larga*, cit., che la sentenza non valorizzi l'interpretazione estensiva della Commissione e sia inconciliabile con la citata Comunicazione. Pur essendo vero che la partecipazione di organismi di diritto pubblico a gare non deve causare distorsioni alla concorrenza, eventuali presidi concorrenziali previsti dal diritto debbono essere ispirati al principio di proporzionalità, che è incompatibile con un divieto assoluto. Anche per questa ragione, secondo l'A., sarebbe stato opportuno ricorrere al rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia per dirimere la questione.

L'oggetto sociale esclusivo delle società miste e il divieto di partecipare alle procedure per l'affidamento di servizi pubblici locali

Il saggio esamina il significato e gli effetti della prescrizione, dettata dall'art. 17, c. 1, del d.lgs. n. 175/2016, sull'oggetto esclusivo dell'attività della società a capitale misto pubblico-privato. Secondo una recente giurisprudenza, l'esclusività dell'oggetto comporta il divieto, per la società mista stessa, di partecipare a procedure di affidamento di commesse ulteriori al contratto originariamente affidatole. Sulla base di una teoria opposta, l'oggetto sociale della società non sarebbe esclusivo; più semplicemente, la società non potrebbe ricevere in via diretta, senza gara, attività diverse da quelle affidate con la "gara a doppio oggetto". Nel presente lavoro, dopo una ricostruzione storica degli istituti interessati, si offrono alcuni argomenti di carattere letterale e sistematico per sostenere una terza tesi, che si potrebbe definire "intermedia": l'esclusività dell'oggetto sociale della società mista, chiaramente affermata dall'art. 17, c. 1, non implica un divieto assoluto di partecipare a procedure indette da enti pubblici non soci per l'affidamento della gestione di servizi "omogenei" a quelli già esercitati dalla società.

The single corporate purpose of mixed public-private companies and the prohibition on participation in award procedures for local public services

The essay examines the meaning and effects of the provision laid down in Article 17(1) of Legislative Decree No. 175/2016, concerning the "single corporate purpose" of the mixed public-private companies. According to recent case law, the exclusivity of the corporate purpose prohibits the company's participation in procurement or award procedures for further contracts than the one originally entrusted. Under an opposing theory, the company's corporate purpose would not be single; rather, the company would merely be precluded from receiving, by direct award and without a tender procedure, activities other than those entrusted through the original tender. Following a historical overview of the relevant provisions, certain textual and systematic arguments may support a third, "intermediate" thesis: the mixed-capital company's single corporate purpose does not prevent it from participating in tender procedures launched by public bodies that are not shareholders, for the award of services that are "homogeneous" with those the company already provides.