

Pubblicato il 17/06/2025

N. 05289/2025REG.PROV.COLL.
N. 01061/2024 REG.RIC.



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1061 del 2024, proposto da Servizi Ambientali Provincia di Rieti (S.A.Pro.Di.R.) S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in relazione alla procedura CIG N.D. , rappresentato e difeso dagli avvocati Stefano Colombari, Tommaso Marchese, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Comune di Rieti, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Enrico Michetti, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

Azienda Servizi Municipali Rieti S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Claudio Bargellini, Francesco Barchielli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'Avv. Claudio Bargellini in Firenze, piazza dell'Indipendenza n. 10;

nei confronti

Ministero dell'Ambiente e della Sicurezza Energetica, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria *ex lege* in Roma, via dei Portoghesi, 12;
Presidenza del Consiglio dei Ministri, non costituito in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Seconda) n. 17846/2023, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Rieti e di Azienda Servizi Municipali Rieti S.p.A. e di Ministero dell'Ambiente e della Sicurezza Energetica;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 14 novembre 2024 il Cons. Luca Monteferrante e uditi per le parti gli avvocati presenti come da verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. La Servizi Ambientali Provincia di Rieti – S.A.PRO.DI.R. s.r.l. ha impugnato gli atti indicati nell'epigrafe della sentenza appellata con cui il Comune di Rieti ha affidato alla società *in house* Azienda Servizi Municipali Rieti – ASM s.p.a., ai sensi degli artt. 14 e 17 d. lgs. n. 201/22, il servizio d'igiene urbana per il periodo 2023-2027.

Si tratta in particolare dei seguenti atti:

- la deliberazione del Consiglio comunale di Rieti n. 23 del 29/05/23 recante “*Affidamento del servizio pubblico di igiene urbana per il periodo 2023-2027 alla società in house ASM Rieti S.p.A. ai sensi degli artt. 14 e 17 del D.lgs. 201/2022*”, e gli atti connessi, tra cui la relazione illustrativa ex art. 14 del d.lgs. n. 201/22;
- le “*Linee Guida per lo sviluppo industriale 2023-2027*” contenenti anche il Piano Economico Finanziario 2023 – 2027;

- l'asseverazione del PEF e il parere dell'organo di revisione economico finanziaria;
- la deliberazione del Consiglio comunale di Rieti n. 22 del 29/05/23 recante *“Modifica dello statuto di A.S.M. Rieti S.p.A. mediante introduzione delle condizioni necessarie al completamento della procedura di trasformazione della società partecipata in organismo in house del Comune di Rieti”*, il nuovo Statuto di ASM Rieti s.p.a.,
- la deliberazione del Consiglio comunale n. 63 del 29/12/22 recante *“Ricognizione periodica delle partecipazioni pubbliche al 31.12.2021 ex art. 20, d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175: approvazione”* e relativi allegati;
- la deliberazione del Consiglio comunale n. 50 del 13/12/22 recante *“Approvazione Regolamento per il controllo analogo sulle società a capitale interamente pubblico del Comune di Rieti”* e tale Regolamento;
- la deliberazione del Consiglio comunale n. 27 del 30/05/22 recante *“Razionalizzazione delle società partecipate in attuazione della deliberazione di consiglio comunale n. 50 del 27/12/2021. Determinazioni in ordine alla definizione dei presupposti funzionali alla creazione di società di cui all'art. 16 del d.lgs. n.175/2016. Modalità di organizzazione dei servizi”* e relativi allegati;
- la deliberazione del Consiglio comunale n. 50 del 27/12/21 recante *“Ricognizione periodica delle partecipazioni pubbliche al 31.12.2020 ex art. 20 d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175: approvazione”* e relativi allegati;
- la deliberazione del Consiglio comunale n. 126 del 20/12/2018 recante *“ASM Rieti s.p.a. Revoca della deliberazione di Consiglio comunale n. 26/2014. Nuovi indirizzi per la scelta delle modalità di gestione dei servizi di igiene urbana e trasporto pubblico locale. Analisi e pro-posta”* e relativi allegati.

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

A fondamento dell'interesse al gravame la ricorrente odierna appellante espone che la *“S.A.PRO.DI.R. s.r.l. è una società a capitale misto pubblico e privato*

costituita all'esito di apposita gara a doppio oggetto indetta dalla Provincia di Rieti per la selezione del socio privato operativo e per l'affidamento del servizio pubblico di gestione integrata dei rifiuti urbani per i Comuni soci.... Attualmente S.A.PRO.DI.R., anche a seguito dell'aggiudicazione di apposite gare d'appalto e dell'acquisizione di rami d'azienda, gestisce i rifiuti urbani in 56 Comuni su 73 della Provincia di Rieti... L'affidamento in house del servizio pubblico di igiene urbana disposto dal Comune di Rieti in favore della ASM Rieti s.p.a. è illegittimo per le ragioni illustrate nella seguente parte in diritto e gravemente lesivo per la ricorrente, che acquisisce la gestione di servizi pubblici anche partecipando alle apposite procedure d'appalto o di concessione indette dalle Amministrazioni competenti".

2. Il T.a.r. per il Lazio con sentenza 17486 del 2023 ha dichiarato il ricorso inammissibile per difetto d'interesse. In particolare il Tribunale ha ritenuto che la ricorrente non potesse partecipare alle gare d'appalto e, quindi, non fosse titolare dell'interesse che la legittima alla proposizione del gravame finalizzato all'affidamento del servizio d'igiene urbana attraverso l'esternalizzazione dello stesso, a ciò ostandovi l'art. 17 del d. lgs. n. 175/16.

3. Avverso tale sentenza ha interposto appello la S.A.PRO.DI.R. per chiederne la riforma in quanta errata in diritto.

In sintesi, lamenta che la sentenza del T.a.r. avrebbe omissso di considerare che:

- S.A.PRO.DI.R. non ricade nel campo di applicazione dell'art. 17 del d.lgs. n. 175/2016 (TUSP). Pertanto, erra il T.a.r. quando afferma che la norma impedirebbe alla Società di partecipare a gare presso Enti non soci e, in particolare, alla gara per l'affidamento del servizio di igiene urbana nel Comune di Rieti (primo motivo d'appello);
- in ogni caso, diversamente da quanto rilevato dal T.a.r., l'art. 17 del TUSP non stabilisce per le società miste ivi contemplate alcun divieto di concorrere alle gare indette da Enti non soci: l'art. 17 si limita a disciplinare la gara a doppio oggetto che gli Enti soci devono effettuare e il perimetro dell'affidamento che da tale gara consegue; non si occupa, invece, della

possibilità per la società mista di concorrere a gare bandite da Enti non soci. La gara a doppio oggetto garantisce che la società mista e i soci privati si sottomettano alla concorrenza e il comma 4 dell'art. 17 non attribuisce alcun indebito vantaggio ai soci privati (contemplando limitatissime e solo eventuali deroghe al Codice civile): quindi, non vi sarebbe alcuna ragione per escludere la società mista da gare presso Enti terzi. La possibilità per le società miste di partecipare a gare è anche sancita dalla Commissione europea e confermata dalle direttive UE in tema di appalti pubblici e concessioni nonché dal Codice dei contratti pubblici (secondo motivo d'appello);

- in attuazione della gara a doppio oggetto, lo statuto di S.A.PRO.DI.R. prevede la possibilità di gestire i rifiuti urbani in Comuni non soci della Provincia di Rieti, a seguito delle ulteriori gare che questi Enti bandiscono (terzo motivo d'appello).

Con l'atto di appello ha infine riproposto i motivi del ricorso di primo grado non esaminati dal T.a.r. che si possono sintetizzare come segue:

- l'affidamento diretto è illegittimo perché ASM Rieti non è *in house*: il 40% del capitale appartiene a un socio privato (primo motivo);
- l'affidamento diretto è illegittimo perché non è soddisfatto il requisito c.d. dell'attività prevalente (secondo motivo);
- non sono dimostrati la convenienza anche economica dell'affidamento *in house* e i benefici per la collettività rispetto al ricorso al mercato (terzo motivo);
- la convenienza economica non è dimostrata perché il Comune prende a riferimento un parametro del tutto generico qual è il costo *pro capite* del servizio nella Regione Lazio e, a maggior ragione, perché l'affidamento è stato disposto senza la previa elaborazione di un capitolato speciale e/o di un disciplinare tecnico e/o del contratto di servizio e cioè senza dettagliare i servizi affidati. In ogni caso, il costo *pro capite* dell'affidamento ad ASM Rieti è superiore a quello dei 56 Comuni della Provincia di Rieti ove opera S.A.PRO.DI.R. e a quello risultante da recenti gare nel Lazio (quarto motivo);

- il Comune ha disposto l'affidamento senza considerare la pregressa negativa gestione della ASM Rieti, il suo rilevante impatto sulla finanza pubblica e il costo per gli utenti (quinto motivo);
- l'utile d'impresa non rende l'esternalizzazione meno conveniente, al contrario l'esternalizzazione permetterebbe ribassi sul canone a carico del Comune, ferma in ogni caso la possibilità dell'Ente di definire le modalità di svolgimento del servizio e di conseguire economie di scala ben più significative rispetto all'affidamento ad ASM Rieti (sesto motivo);
- il Comune avrebbe totalmente ignorato i rilevanti costi dell'affidamento ad ASM Rieti e gli avvertimenti dell'organo di revisione economico finanziaria (settimo motivo);
- il confronto tra le possibili forme di gestione del servizio pubblico sarebbe stato condotto mediante un'analisi (SWOT) manifestamente illogica e irragionevole, tra l'altro attribuendo, per gli stessi motivi, più volte all'*in house* punteggi premianti e allo stesso modo penalizzando l'esternalizzazione (ottavo motivo);
- l'asserita preferenza dell'*in house* viene motivata per ulteriori ragioni, la cui palese illegittimità è contestata nel nono motivo di ricorso. Ad esempio, non si può dire che solo l'affidamento ad ASM Rieti garantirebbe la qualità del servizio voluta dal Comune: la Società è ben lontana dai livelli minimi di raccolta differenziata che, in base alla legge, dovevano essere raggiunti già alla fine del 2012;
- disponendo l'immediato avvio del servizio sotto riserva di legge, il Comune di Rieti avrebbe palesemente violato l'art. 17, comma 3 del d.lgs. n. 201/2022 (decimo motivo).

4. Si sono costituiti in giudizio per resistere all'appello il Comune di Rieti, l'Azienda Servizi Municipali Rieti s.p.a. ed il Ministero dell'Ambiente e della Sicurezza Energetica, chiedendone la reiezione con conferma integrale della sentenza appellata.

Hanno anche eccepito l'inammissibilità dell'appello per violazione dell'art. 101 c.p.a., stante la genericità dei motivi di gravame, a loro dire articolati senza sottoporre a critica le articolate motivazioni del T.a.r..

L'Azienda Servizi Municipali Rieti s.p.a. ha anche eccepito la novità delle questioni di costituzionalità articolate dalla appellante con la memoria conclusiva, in relazione all'art. 17 TUSP, e l'inammissibilità della produzione documentale nel grado di appello dalla stessa eseguita.

5. Con ordinanza n. 788 del 1 marzo 2024 è stata respinta la domanda cautelare proposta da S.A.PRO.DI.R..

All'udienza pubblica del 14 novembre 2024 la causa è stata trattenuta in decisione, previo deposito di memorie illustrative e di replica con le quali le parti hanno nuovamente illustrato le rispettive tesi difensive ed eccezioni.

La causa è stata decisa nella camera di consiglio tenutasi in pari data ed in quella successiva del 16 giugno 2025.

6. Tanto premesso circa lo svolgimento del giudizio, l'appello è infondato nel merito in quanto le puntuali ed articolate motivazioni della sentenza appellata resistono alle critiche mosse con i motivi di appello: conseguentemente tutte le eccezioni preliminari sollevate dalle parti appellate (genericità dei motivi di appello, novità delle questioni di legittimità costituzionale dell'art. 17 TUSP sollevate e inammissibilità dei nuovi documenti prodotti in appello) possono essere assorbite.

7. Con il primo motivo, l'appellante ha dedotto: *“Erronea declaratoria di inammissibilità del ricorso di primo grado per asserita carenza di interesse. Violazione degli art. 17 e 26 del d.lgs. n. 175/2016. Error in iudicando.”*.

Lamenta che, a differenza di quanto sostiene il T.a.r., S.A.PRO.DI.R. non sarebbe una società a controllo pubblico, disciplinata dall'art. 17 del TUSP per le seguenti motivazioni.

S.A.PRO.DI.R. è stata costituita a seguito di gara a doppio oggetto il cui bando è stato pubblicato nell'ottobre 2013; dunque la conformazione di S.A.PRO.DI.R. come società mista è largamente antecedente all'entrata in

vigore del TUSP. L'art. 26, comma 1 del TUSP esige l'adeguamento degli statuti alle norme del TUSP solo per le società a "controllo pubblico" e non, come afferma il T.a.r., per tutte le società a partecipazione pubblica, anche non di controllo. S.A.PRO.DI.R. non è una società a controllo pubblico ai sensi del TUSP e quindi non era tenuta ad adeguare il proprio statuto alle disposizioni del testo unico.

Che non si tratti di società a controllo pubblico sarebbe confermato dalle seguenti circostanze:

- la maggioranza del capitale (circa il 51%) è pubblica ma estremamente frazionata. La maggioranza relativa (circa il 44%) appartiene al socio privato Rieco s.p.a.; la Provincia di Rieti è il socio pubblico con la quota più rilevante, pari a circa il 19% del capitale. Quindi nessun socio pubblico da solo controlla la società ex art. 2359 c.c.

- Non esistono norme di legge o statutarie o patti parasociali (che devono essere necessariamente scritti: art. 9, comma 5 del TUSP) che, come richiede la definizione di controllo di cui all'art. 2, lett. b) del TUSP, riservino ai soci pubblici le decisioni finanziarie e gestionali strategiche relative all'attività sociale; L'Allegato B1) alla delibera del Consiglio provinciale n. 37 del 22/12/2023 confermerebbe che nei confronti di S.A.PRO.DI.R. *"non risultano forme di controllo"* (p. 5).

- l'art. 14, comma 3 dello Statuto riserva ai soci privati la nomina dell'amministratore delegato cui spetta "l'operatività tecnica e commerciale".

Il motivo è infondato.

7.1. Questo Consiglio di Stato ritiene che – ai sensi dell'art. 2, comma 1, lettere b) ed m), del d. lgs. n. 175/2016 (cd. TUSP) e dell'art. 2359 del codice civile – sono società miste "a controllo pubblico" anche quelle "a controllo pubblico frazionato" in cui i soci pubblici dispongono complessivamente, in assemblea ordinaria, della maggioranza dei voti previsti dall'art. 2359, anche se la quota del socio privato è superiore alla quota di ciascun singolo socio

pubblico, anche se mancano specifici patti parasociali o vincoli statutari e anche se il socio privato nomina l'amministratore delegato.

Quanto affermato trova fondamento nel chiaro dettato normativo derivante dal combinato disposto delle norme sopra richiamate.

Ai sensi dell'art. 2, comma 1, lettera m), del d. lgs. n. 175/2016, sono “*«società a controllo pubblico»: le società in cui una o più amministrazioni pubbliche esercitano poteri di controllo ai sensi della lettera b)*”.

La lett. b) dello stesso articolo 2, nel definire i poteri di controllo dispone: “*b) «controllo»: la situazione descritta nell'articolo 2359 del codice civile. Il controllo può sussistere anche quando, in applicazione di norme di legge o statutarie o di patti parasociali, per le decisioni finanziarie e gestionali strategiche relative all'attività sociale è richiesto il consenso unanime di tutte le parti che condividono il controllo*”.

Secondo l'art. 2359 c.c., richiamato dal TUSP, “*Sono considerate società controllate: 1) le società in cui un'altra società dispone della maggioranza dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria; 2) le società in cui un'altra società dispone di voti sufficienti per esercitare un'influenza dominante nell'assemblea ordinaria; 3) le società che sono sotto influenza dominante di un'altra società in virtù di particolari vincoli contrattuali con essa. Ai fini dell'applicazione dei numeri 1) e 2) del primo comma si computano anche i voti spettanti a società controllate, a società fiduciarie e a persona interposta: non si computano i voti spettanti per conto di terzi*”.

La Sezione rileva, quindi, che, in virtù del combinato disposto delle lettere b) ed m) dell'art. 2, comma 1, del TUSP, vadano qualificate come “*società a controllo pubblico*”, senza eccezioni, tutte quelle in cui “*una o più amministrazioni pubbliche*” dispongano della “*maggioranza dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria*”, ai sensi dell'art. 2359 c.c.. Pertanto, ai fini dell'integrazione della fattispecie delle “*società a controllo pubblico*”, rilevante per definire l'ambito di applicazione, soggettivo e oggettivo, di alcune disposizioni del d.lgs. n. 175 del 2016, è necessario, ed è anche sufficiente, che una o più amministrazioni pubbliche dispongano, in assemblea ordinaria, dei voti previsti dall'art. 2359 cod. civ..

SAPRODIR, per sua stessa ammissione, ha un capitale sociale detenuto in maggioranza da pubbliche amministrazioni, mentre il socio privato è titolare di circa il 44% delle quote sociali, quindi rientra sicuramente tra le società “a controllo pubblico”, come disciplinate dal TUSP.

Non rileva dunque, alla luce del chiaro disposto normativo sopra descritto, il fatto che, nel caso di specie, la maggioranza dei voti in assemblea ordinaria sia garantita da “*più amministrazioni pubbliche*”, pur in assenza di patti parasociali o vincoli statutari.

Come detto, la legge contempla, come ipotesi tra loro alternative e incondizionate, quella per cui la predetta maggioranza dei voti debba essere garantita da “*una*” o “*più amministrazioni pubbliche*”, anche in assenza di vincoli giuridici di coordinamento.

La finalità di tale disciplina appare chiara: occorre evitare che le società a capitale pubblico frazionato – operanti soprattutto nell’ambito dei servizi pubblici locali – possano strumentalmente sottrarsi all’applicazione delle disposizioni speciali dettate dal TUSP nei confronti delle “*società a controllo pubblico*” (per esempio, quelle in materia di amministratori e di dipendenti: artt. 11, 19 e 25), eccependo l’assenza di norme statutarie o di patti di sindacato fra i soci pubblici, tutti di minoranza, come accade nel caso di specie.

7.2. Quanto sopra affermato circa la non necessità di vincoli giuridici formali di coordinamento in caso di capitale pubblico frazionato è di per sé dirimente. Tuttavia, nel caso di specie ricorre, al contempo, una fattispecie di influenza dominante ai sensi dell’art. 2359, primo comma, lett. c), del codice civile, che consente di ritenere sussistente l’ipotesi di controllo pubblico anche sotto un diverso profilo.

Obietta l’appellante con la memoria conclusiva del 29 ottobre 2024 (punto 2.8) che il controllo pubblico sarebbe comunque escluso dall’art. 14 dello statuto societario, che attribuisce ai soci privati la nomina dell’amministratore delegato cui spetta l’operatività tecnica e commerciale della società. Aggiunge

(punto 2.9), a conferma dell'assenza di controllo pubblico, che gli ultimi tre bilanci sarebbero stati approvati con il voto determinate dei soci privati.

In senso contrario rileva il Collegio che dal combinato disposto degli artt. 14, 16 e 18 dello statuto societario si desume l'influenza dominante che il socio pubblico che ha la quota maggiore (ancorché inferiore a quella del socio privato) è in grado di esercitare sulla SA.PRO.DI.R. ai sensi dell'art. 2359, primo comma, lett. c), del c.c. .

Ai sensi dell'art. 14 infatti *“la società è amministrata collegialmente da un Consiglio di Amministrazione composto di tre o cinque membri ... I Soci pubblici d'accordo tra loro, in caso di partecipazioni di uguale misura, o chi tra i Soci pubblici ha la partecipazione maggiore rispettivamente hanno e ha il diritto di designare la maggioranza dei membri del Consiglio di Amministrazione, nonché il diritto di indicare chi di questi Consiglieri può assumere la carica di Presidente”. Ai soci privati spetta invece la designazione dei restanti membri e l'indicazione del consigliere al quale “possa essere delegata l'operatività tecnica e commerciale”*.

Come norma di chiusura rispetto all'art. 14, l'art. 16 precisa che: *“Qualora non vi abbiano provveduto i Soci al momento della nomina, il Consiglio di Amministrazione elegge fra i suoi membri un Presidente, che deve essere scelto fra i membri nominati su designazione del Socio pubblico di maggioranza”*.

In connessione con tali previsioni va letto l'art. 18 dello Statuto societario, a mente del quale: *“Il Consiglio di Amministrazione ha tutti i poteri di ordinaria e straordinaria amministrazione della Società”*.

Da quanto precede emerge che, nel caso di specie, contrariamente a quanto affermato dall'appellante, al Consigliere delegato nominato dai soci privati spetta un ruolo operativo ed esecutivo rispetto al Consiglio di Amministrazione, cui spetta invece l'amministrazione della società, anche in relazione ai poteri di ordinaria amministrazione.

È dunque lo stesso Statuto ad assicurare il *“controllo pubblico”* sulla società attraverso la designazione della maggioranza dei membri del Consiglio di Amministrazione, ad opera del socio pubblico che ha la partecipazione

maggioritaria, rappresentato nel caso di specie dalla Provincia di Rieti, la quale designa anche il Presidente.

In luogo di un patto parasociale ricorre dunque direttamente una espressa previsione statutaria, che definisce un chiaro modello di *governance* societaria, il quale assicura al socio pubblico avente la partecipazione maggioritaria l'esercizio di una influenza dominante sulla società tramite la nomina della maggioranza dei componenti del consiglio di amministrazione e del presidente: elementi inequivocabili che assoggettano la società in questione al controllo pubblico e quindi alla applicabilità del TUSP.

Nel caso in esame si ricade dunque nell'ipotesi di cui all'art. 2359, primo comma, n. 3), richiamato dall'art. 2, comma 1, lett. b), del TUSP, secondo cui sono considerate società controllate *“3) le società che sono sotto influenza dominante di un'altra società in virtù di particolari vincoli contrattuali con essa”*.

7.3. Da quanto affermato ai punti 7.1 e 7.2 discende che, ai sensi dell'art. 26, comma 1, del TUSP, l'odierna appellante, in quanto società a controllo pubblico, avrebbe dovuto adeguarsi alle disposizioni dell'art. 17, comma 1, del d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175, secondo cui: *“1. Nelle società a partecipazione mista pubblico-privata la quota di partecipazione del soggetto privato non può essere inferiore al trenta per cento e la selezione del medesimo si svolge con procedure di evidenza pubblica a norma dell'articolo 5, comma 9, del decreto legislativo n. 50 del 2016 e ha a oggetto, al contempo, la sottoscrizione o l'acquisto della partecipazione societaria da parte del socio privato e l'affidamento del contratto di appalto o di concessione oggetto esclusivo dell'attività della società mista”*.

S.A.PRO.DI.R., pertanto, non avrebbe potuto partecipare alla eventuale gara che il Comune di Rieti avesse ritenuto di avviare per l'affidamento del servizio di gestione rifiuti sul proprio territorio, avendo quale *“oggetto esclusivo”* della propria attività soltanto il servizio affidato in concessione con la gara a doppio oggetto (cfr. in particolare il punto 4 del bando di gara), non potendosi invocare in senso contrario neppure le previsioni statutarie (art. 2 in particolare relativo all'oggetto sociale) che, come si è detto, avrebbero dovuto

essere adeguate alle prescrizioni limitative contenute nell'art. 17 TUSP, come meglio si dirà nell'esame del terzo motivo di appello.

In particolare il punto 4.4. del bando di gara per la selezione del socio operativo, rubricato "Oggetto della gara" prevedeva che: *"4.4. Il socio privato partner industriale dovrà presentare una proposta di piano industriale per la S.A.PRO.DI.R. S.r.l., apportando il proprio know how tecnico, gestionale ed organizzativo e nel settore manageriale per il migliore conseguimento degli obiettivi di crescita e sviluppo della società e quindi sarà tenuto ad elaborare e proporre, in sede di presentazione dell'offerta, un progetto industriale della S.A.PRO.DI.R. S.r.l., finalizzato al miglioramento dell'efficienza e dell'economicità aziendale anche attraverso proposte di integrazione organizzativa/gestionale, inerenti le attività specifiche di trattamento finalizzato al recupero e/o alla valorizzazione dei rifiuti, ivi compreso lo smaltimento degli stessi. La proposta di piano industriale, deve riferirsi a:*

- 1. organizzazione del servizio di raccolta differenziata della frazione organica, della carta, del cartone, del vetro, della plastica e dei metalli, della frazione secca residua indifferenziata con sistema domiciliare, compreso trasporto e conferimento presso idonei impianti, nonché altri servizi complementari stabiliti nei n. 43 Comuni aderenti a S.A.PRO.DI.R. di cui al precedente punto 3.4, in conformità degli elaborati elencati al successivo punto 18) e di quanto descritto nel presente Bando di gara;*
- 2. realizzazione e gestione dell'impiantistica a sostegno della raccolta differenziata di cui al precedente punto, in conformità con gli elaborati elencati al successivo punto 18) e di quanto descritto nel presente Bando di gara;"*.

L'oggetto del servizio messo a gara era dunque chiaramente limitato al servizio di raccolta di rifiuti nell'ambito del bacino territoriale dei 43 Comuni aderenti alla società (cfr. punto 3.4. del bando) senza possibilità di svolgere analogo servizio in favore di altri Comuni anche perché lo stesso piano industriale deve intendersi dimensionato in relazione al bacino territoriale di utenza (43 comuni con 85105 abitanti ex art. 3.3. del bando) per il quale era, sì, previsto un possibile ampliamento *"a tutti i Comuni appartenenti alla Provincia di Rieti, in conformità con i dettami di cui all'art. 200 del D.Lgs 152/2006 e s.m.i. e del*

vigente piano regionale per la gestione dei rifiuti (PRGR)”, ma non mediante partecipazione alle gare dagli stessi indette per la raccolta dei rifiuti, bensì previa loro adesione volontaria alla società, nella logica del rafforzamento dell’Ambito territoriale ottimale ai sensi dell’art. 200 del d. lgs. n. 152 del 2006 espressamente richiamato.

7.4. Il primo motivo deve pertanto essere respinto perché l’appellante, in quanto società soggetta a controllo pubblico, rientra nel campo di applicazione del d. lgs. 175 del 2016.

8. Con il secondo motivo l’appellante ha dedotto: *“Erronea declaratoria di inammissibilità del ricorso di primo grado per asserita carenza di interesse. Violazione dell’art. 17 e dell’art. 1 del d.lgs. n. 175/2016 nonché delle direttive UE 2014/23 e 2014/24, del d.lgs. n. 50/2016 e del d.lgs. n. 36/2023. Violazione dei principi di libera concorrenza, di libera iniziativa economica, di ragionevolezza, di proporzionalità. Error in iudicando.”.*

Sostiene che l’art. 17 del TUSP non impedirebbe comunque alle società miste ivi disciplinate di concorrere alle gare indette da Enti terzi.

Secondo l’appellante, il riferimento all’ *“oggetto esclusivo dell’attività della società mista”* contenuto nell’art. 17, comma 1, del TUSP va inteso nel senso che la società mista non può ricevere (senza un’ulteriore gara) dagli Enti soci affidamenti diversi da quelli rientranti nella gara a doppio oggetto e non, come invece afferma il T.a.r., il divieto per la società mista di svolgere attività anche per Enti diversi dai soci.

Sostiene che a tale conclusione si perviene alla luce della *ratio* ispiratrice dei principi cristallizzati nella disciplina della società mista, che è quella di evitare, attraverso una gara (a doppio oggetto), che l’affidamento degli Enti soci in favore di una società mista si risolva in un affidamento diretto, ma non è (anche) quella di prevedere limiti nella partecipazione a gare.

In altre parole, ad avviso dell’appellante, per le società miste la questione della tutela della concorrenza non si sarebbe mai posta, come erroneamente ritenuto dal T.a.r., rispetto alla loro partecipazione a gare indette da Enti non

soci; si pone invece per evitare che la società mista, e con essa il socio privato, acquisiscano dagli Enti pubblici soci commesse pubbliche senza gara.

Il motivo è infondato.

8.1. Questo Consiglio di Stato ritiene che l'art. 17 TUSP non consente alle società miste, a differenza delle società *in house*, di concorrere a gare indette da Enti terzi e comunque di svolgere attività diverse da quelle rientranti nella “gara a doppio oggetto”.

La disciplina del modello della società mista appare chiaramente definito dagli artt. 17 e 26 TUSP, nonché dell'art. 16 del d.lgs. n. 201/2022 (che individua la società mista disciplinata dal TUSP quale possibile forma di gestione dei servizi di interesse economico generale di livello locale).

Come correttamente rilevato anche dal T.a.r., da tali disposizioni è possibile evincere “una stretta funzionalizzazione tra società e servizio oggetto di affidamento”, “il nesso di esclusività esistente tra costituzione della società mista e svolgimento del servizio affidato dagli enti pubblici soci”, la “strumentalità della società mista rispetto al servizio per il quale l'ente è stato costituito” da intendere “in termini di esclusività dell'oggetto della società stessa”, atteso che:

- l'art. 17, comma 1, afferma in modo inequivoco che l'affidamento del contratto di appalto o di concessione è “oggetto esclusivo dell'attività della società mista”, laddove il carattere della esclusività è chiaramente riferito al tipo di attività che la società può prestare in via generale e non al fatto che solo tale specifica attività in quanto oggetto del bando a doppio oggetto sia conferibile senza gara laddove ulteriori attività possano comunque essere svolte mediante gara. La società mista infatti rappresenta un importante modello di gestione dei servizi pubblici locali e, in una logica di partenariato pubblico privato e di valorizzazione dell'esperienza del socio privato operativo, si caratterizza come società di scopo finalizzata alla gestione dello specifico servizio oggetto della gara e non come società generalista. È dunque rispetto a questa *ratio* che il riferimento alla esclusività dell'oggetto deve essere interpretato e non rispetto al vincolo della concorsualità nella scelta del partner privato che attiene alla

modalità di costituzione della società, non alla sua *ratio* e quindi ai suoi limiti di operatività;

- il successivo comma 2 fa riferimento ai requisiti di qualificazione richiesti al socio privato nella gara a doppio oggetto *“in relazione alla prestazione per cui la società è stata costituita”* e in questo senso la stessa proposta di piano industriale deve essere specificamente calibrata in relazione all’oggetto e quindi al servizio specifico per il quale la società è costituita (nella specie raccolta rifiuti in relazione ad un ben determinato bacino di utenza);
- il comma 3, come correttamente osservato dal T.a.r., *“collega indissolubilmente la durata della partecipazione privata alla società alla durata dell'appalto o della concessione prescrivendo, altresì, meccanismi statutari di scioglimento del rapporto societario in caso di risoluzione del contratto di servizio”*;
- il comma 4 stabilisce che i patti parasociali devono essere contenuti *“entro i limiti di durata del contratto per la cui esecuzione la società è stata costituita”*;
- il comma 6 fa riferimento alla *“realizzazione dell’opera pubblica o alla gestione del servizio per i quali [le società miste] sono state specificamente costituite”*.

Vi è dunque una chiara funzionalizzazione dell’oggetto sociale della società mista – e quindi dell’ambito della sua stessa capacità giuridica e di agire rispetto allo specifico servizio per il quale la stessa è stata costituita e nel quale rinviene in via esclusiva la propria ragione d’essere – anche dal punto di vista causale. Una volta costituita, la società mista non vive di vita propria ma resta funzionalmente collegata in via esclusiva allo scopo della sua costituzione, indicato nel bando, che ne delimita la capacità giuridica e di agire, precludendole la possibilità di partecipare a gare che esulano dalla finalità istitutiva della stessa in quanto estranee allo scopo dei soci pubblici che ne hanno promosso l’istituzione, delimitandone il campo di azione.

Nel caso di specie, la società nasce per la gestione di un servizio pubblico locale nella titolarità degli enti locali partecipanti al capitale sociale: per tale ragione non può concorrere alla gestione di altri analoghi servizi facenti capo

ad enti locali che non hanno condiviso il modello della società mista optando per l'affidamento mediante gara.

Anche in questo caso, è evidente la finalità della disciplina (più restrittiva di quella delle società *in house*, come si dirà): essa risiede nell'esigenza di tutelare la concorrenza "ad armi pari" tra imprese private (il cd. *leveling the playing field*), circoscrivendo la peculiare posizione del privato che ha come soci soggetti pubblici alle (sole) prestazioni per le quali la società è stata costituita e lui è stato selezionato con la gara a doppio oggetto.

Già il giudice di primo grado aveva affermato che:

- *“nella fattispecie ... vengono in rilievo enti che presentano o possono presentare, in ragione delle consentite modifiche statutarie, previsioni che alterano la disciplina ordinaria delle società con l'attribuzione di poteri particolari all'ente pubblico o al socio privato partecipante a scapito degli altri organi sociali”;*
- *“l'art. 17 d. lgs. n. 175/16, la cui applicabilità ai servizi pubblici locali è stata espressamente prevista dal recente art. 16 d. lgs. n. 201/22, mira ad evitare che, attraverso la deroga alla disciplina societaria prevista dal comma 4 della disposizione e la conseguente attribuzione al socio privato di particolari diritti e vantaggi non coerenti con l'effettiva entità della sua partecipazione, proprio il socio privato possa beneficiare di tali deroghe per gestire la società con criteri diversi da quelli a cui si attengono gli altri operatori economici finendo, in tal modo, per acquisire requisiti e risorse da spendere ai fini della partecipazione ad ulteriori future gare indette da altre stazioni appaltanti, così alterando il fisiologico meccanismo della concorrenza”;*
- *“proprio gli indebiti vantaggi che potrebbe conseguire il socio privato hanno indotto il legislatore a differenziare la situazione delle società miste, in cui l'art. 17 d. lgs. n. 175/16 prevede un oggetto esclusivo, da quella delle società in house nelle quali l'assenza di soci privati giustifica l'astratta possibilità di tali enti di partecipare ad altre gare, fermo restando il limite massimo di fatturato riferibile a compiti espletati per conto di soggetti non soci, previsto dall'art. 16 comma 3 d. lgs. n. 175/16”.*

Questo Consiglio di Stato condivide appieno la ricostruzione appena riportata, che peraltro si pone in totale coerenza con la costruzione pretoria

dell'istituto, a partire dall'originario parere n. 456 del 18 aprile 2007 della II Sezione del Consiglio di Stato.

8.2. Sotto un diverso profilo, non letterale ma teleologico, l'appellante eccepisce che l'art. 17, comma 4, del d. lgs. n. 175 del 2016, non contemplerebbe l'attribuzione al socio privato di prerogative gestionali diverse da quelle ammissibili nelle società di capitali di diritto comune e tanto meno tali da pervenire a una gestione secondo criteri "*diversi da quelli cui si attengono gli altri operatori economici*". Certamente non disciplina e non permette l'attribuzione al socio privato di requisiti o risorse da spendere in altre gare.

In senso contrario, rileva la Sezione che è il modello della società mista in sé a determinare un vantaggio concorrenziale in capo al socio privato che, ad esempio, potendo fare stabile affidamento sui proventi economici derivanti dalla gestione dei servizi pubblici ricompresi nell'oggetto sociale, gode di una stabilità economica e finanziaria che si traduce in una maggiore capacità competitiva nel caso fosse autorizzata a partecipare anche a gare indette a soggetti terzi.

Non si tratta pertanto di introdurre limitazioni ingiustificate che penalizzano un operatore economico, ma di tenere conto della sua natura giuridica peculiare al fine di prevenire possibili effetti distorsivi della concorrenza conseguenti al mancato rispetto della *par condicio* tra imprese, alcune delle quali, in forza del partenariato con soggetti pubblici, potrebbero godere, quantomeno, di una maggiore solidità e stabilità finanziaria, ed essere meno esposte alle conseguenze pregiudizievoli che possono segnare i partenariati tra soggetti privati in termini di inadempimenti, fallimento, contesti di crisi, ecc.

8.3. Per queste ragioni, anche sotto un profilo storico, l'art. 17 del TUSP si pone in continuità con il previgente art. 13 d. l. n. 223/06, emanato nell'ambito di una serie di norme finalizzate proprio alla tutela della concorrenza (come specificato dall'art. 1 d. l. n. 223/06), sebbene l'art. 13 del d. lgs. n. 223/06 abbia un ambito applicativo più ridotto di quello del vigente

art. 17 d. lgs. n. 175/16, il quale ricomprende anche i servizi pubblici locali per effetto del richiamo operato dall'art. 16 d. lgs. n. 201/22.

L'articolo 13 in questione impone alcune limitazioni alle società partecipate da Regioni ed enti locali per lo svolgimento di funzioni amministrative o attività strumentali alle stesse.

A norma del comma 1, al fine di evitare alterazioni o distorsioni della concorrenza e del mercato e di assicurare la parità degli operatori, le società a capitale interamente pubblico o misto – costituite dalle amministrazioni pubbliche regionali e locali per la produzione di beni e servizi strumentali all'attività di tali enti, nonché, nei casi consentiti dalla legge, per lo svolgimento esternalizzato di funzioni amministrative di loro competenza – devono operare esclusivamente con gli enti costituenti ed affidanti, non possono svolgere prestazioni a favore di altri soggetti pubblici o privati, né in affidamento diretto né con gara, e non possono partecipare ad altre società o enti.

A norma del comma 2, le predette società sono ad oggetto sociale esclusivo e non possono agire in violazione delle regole di cui al comma 1.

Secondo quanto osservato da Corte costituzionale 1 agosto 2008, n. 326 nell'ambito del giudizio di costituzionalità della predetta disposizione sollevato in via principale da alcune regioni che lamentavano una invasione delle materie di competenza regionale:

- *“Le disposizioni impugnate mirano a separare le due sfere di attività [attività amministrativa in forma privatistica e attività d'impresa di enti pubblici] per evitare che un soggetto, che svolge attività amministrativa, eserciti allo stesso tempo attività d'impresa, beneficiando dei privilegi dei quali esso può godere in quanto pubblica amministrazione. Non è negata né limitata la libertà di iniziativa economica degli enti territoriali, ma è imposto loro di esercitarla distintamente dalle proprie funzioni amministrative, rimediando a una frequente commistione, che il legislatore statale ha reputato distorsiva della concorrenza.”*

- *“L'obiettivo delle disposizioni impugnate è quello di evitare che soggetti dotati di privilegi operino in mercati concorrenziali. Dunque, la disciplina delle società con partecipazione pubblica dettata dalla norma statale è rivolta ad impedire che dette società costituiscano fattori di distorsione della concorrenza. Essa rientra, quindi, nella materia – definita prevalentemente in base al fine – della «tutela della concorrenza».”.*

- *“Ai fini della riconducibilità della disciplina contestata alla tutela della concorrenza, resta da valutare, indipendentemente da valutazioni di merito sul suo contenuto, la proporzionalità di tale disciplina e, quindi, la sua idoneità a perseguire finalità inerenti alla tutela della concorrenza (sentenze nn. 452 e 401 del 2007). Questo scrutinio va operato distintamente per le varie previsioni dell'articolo impugnato.*

Vengono in considerazione, in primo luogo, quelle che impediscono alle società in questione di operare per soggetti diversi dagli enti territoriali soci o affidanti, imponendo di fatto una separazione societaria, e obbligandole ad avere un oggetto sociale esclusivo. Esse mirano ad assicurare la parità nella competizione, che potrebbe essere alterata dall'accesso di soggetti con posizioni di privilegio in determinati mercati. Da questo punto di vista, esse non appaiono irragionevoli, né sproporzionate rispetto alle esigenze indicate.”.

Nel citato parere della sez. II, n. 456 del 18 aprile 2007 (paragrafo 7.3), è stato al riguardo osservato che l'art. 13 in esame: *“mira a evitare il fenomeno della c.d. cross subsidization delle società pubbliche, per cui esse operano al di fuori degli ambiti territoriali di appartenenza, acquisendo commesse da enti pubblici diversi da quelli controllanti od affidanti i contratti in house.”.*

Con il predetto parere è stato anche chiarito che l'istituto della società mista suscita perplessità per il caso di società miste *“aperte”*, nelle quali il socio, ancorché selezionato con gara, non viene scelto per finalità definite, ma soltanto come partner privato per una società *“generalista”*, alla quale affidare direttamente l'erogazione di servizi non ancora identificati al momento della scelta del socio e con lo scopo di svolgere anche attività *extra moenia*, avvalendosi semmai dei vantaggi derivanti dal rapporto privilegiato stabilito con il partner pubblico; tale affermazione è stata condivisa dall'Adunanza Plenaria di questo Consiglio, con sentenza n. 1 del 2008, la quale ha aggiunto:

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

La successiva Comunicazione della Commissione 2008/C 91/02 del 12/4/2008, alla nota 39, riconosce che *“il considerando 4 della direttiva 2004/18/CE sollecita gli Stati membri a provvedere affinché la partecipazione di un organismo di diritto pubblico a una procedura di aggiudicazione di appalto pubblico in qualità di offerente non causi distorsioni della concorrenza nei confronti di offerenti privati”.*

8.4. Da quanto affermato ai punti 8.1, 8.2 e 8.3 emerge che sia il criterio della interpretazione letterale, che quello teleologico, che quello storico (in relazione all’evoluzione delle norme succedutesi nel tempo) forniscono ampi e solidi argomenti per giungere alla conclusione che l’art. 17 del TUSP preclude alle società miste la partecipazione ad altre gare, anche se indette da enti non soci.

Di fronte a tale conclusione – già correttamente rilevata anche dal T.a.r. – appaiono manifestamente infondati i sollevati profili di legittimità costituzionale ed eurounitaria, come si chiarirà *infra*.

8.5. Innanzitutto, tale esclusione non si pone in contrasto con i parametri costituzionali evocati dall’appellante (ragionevolezza, proporzionalità, concorrenza, libertà d’impresa, secondo quanto già ritenuto in caso simile, avente medesima *ratio*, da Corte cost. n. 326 del 2008, sopra citata, cui si rinvia).

Da un lato, non sussiste alcuna violazione del legittimo affidamento, considerato che la possibilità di partecipare ad altre gare – come si è sopra evidenziato – non era prevista nel bando della gara a doppio oggetto.

D’altro canto, la dedotta questione di incostituzionalità per eccesso di delega appare manifestamente infondata, in quanto l’art. 17 TUSP generalizza i vincoli e le limitazioni che l’art. 13 del d.l. n. 223/2006 stabiliva solo per le società incaricate di servizi strumentali – quanto in particolare al profilo della esclusività dell’oggetto sociale e al divieto di partecipazione a gare indette da Enti terzi – estendendoli a tutte le società miste: così facendo, ha operato il

coordinamento formale e sostanziale prescritto dai criteri di delega al fine assicurare la necessaria coerenza logica, giuridica e sistematica della normativa di settore. Tale estensione avviene, infatti, in applicazione e nel rispetto dell'art. 16, comma 2, lett. a) e b) della legge delega n. 124/2014, la quale stabiliva i seguenti principi e criteri direttivi:

“a) elaborazione di un testo unico delle disposizioni in ciascuna materia, con le modifiche strettamente necessarie per il coordinamento delle disposizioni stesse, salvo quanto previsto nelle lettere successive;

b) coordinamento formale e sostanziale del testo delle disposizioni legislative vigenti, apportando le modifiche strettamente necessarie per garantire la coerenza giuridica, logica e sistematica della normativa e per adeguare, aggiornare e semplificare il linguaggio normativo”.

8.6. L'assetto sopra descritto non contrasta neppure con la disciplina europea sulla partecipazione degli operatori economici alle gare pubbliche (si rinvia al punto 5.6. della memoria conclusiva del 29 ottobre 2024 per l'indicazione dei parametri asseritamente violati), trattandosi di limitazione non solo coerente con il vincolo di scopo con cui tali società sono costituite e con la limitata capacità giuridica e di agire di cui conseguentemente dispongono, ma anche giustificata dal fine di evitare effetti distorsivi della concorrenza (già segnalati dalla giurisprudenza costituzionale richiamata), in ragione – come detto – del vantaggio competitivo di cui gode il socio operativo in forza del partenariato con soggetti pubblici, nonchè delle prerogative speciali di cui un organismo in controllo pubblico può comunque disporre ai sensi dell'art. 17, comma 4 TUSP e che l'appellante infondatamente contesta, atteso che la loro asserita irrilevanza nel caso di specie discende solo dal mancato adeguamento dello statuto cui SA.PRO.DI.R. era comunque tenuta, ai sensi dell'art. 26 TUSP.

In definitiva, ricorrono tutte le condizioni indicate nella menzionata comunicazione interpretativa della Commissione europea 2008/C 91/02 del 12/4/2008, con conseguente insussistenza anche dei presupposti per disporre il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia UE, non sorgendo dubbi sulla

possibilità di introdurre limitazioni alla partecipazione alle gare pubbliche di società miste in controllo pubblico che possano determinare – per le motivazioni esposte, già colte anche dalla giurisprudenza costituzionale – alterazioni alla dinamica concorrenziale e ciò anche in ragione delle limitazioni alla loro capacità giuridica e di agire derivante dall'essere società con vincolo di scopo limitato ad un oggetto sociale esclusivo.

Trova pertanto applicazione quanto chiarito in materia di obbligo di disporre il rinvio pregiudiziale da parte dei giudici di ultima istanza dalla Corte di giustizia UE in relazione all'ipotesi dell'atto c.d. “chiaro”. La Corte di giustizia UE, sez IV, con ordinanza 15 dicembre 2022 in causa C-144/22 ha precisato che: *“L'articolo 267 TFUE deve essere interpretato nel senso che un giudice nazionale avverso le cui decisioni non possa proporsi ricorso giurisdizionale di diritto interno può astenersi dal sottoporre alla Corte una questione di interpretazione del diritto dell'Unione e risolverla sotto la propria responsabilità laddove la corretta interpretazione del diritto dell'Unione si imponga con un'evidenza tale da non lasciar adito ad alcun ragionevole dubbio. L'esistenza di una siffatta eventualità deve essere valutata in base alle caratteristiche proprie del diritto dell'Unione, alle difficoltà particolari relative alla sua interpretazione e al rischio di divergenze giurisprudenziali in seno all'Unione europea. Tale giudice nazionale non è tenuto a dimostrare in maniera circostanziata che gli altri giudici di ultima istanza degli Stati membri e la Corte adotterebbero la medesima interpretazione, ma deve aver maturato la convinzione, sulla base di una valutazione che tenga conto dei citati elementi, che la stessa evidenza si imponga anche agli altri giudici nazionali in parola e alla Corte”*.

Al punto 44 della predetta ordinanza si afferma che:

i) *“la mera possibilità di effettuare una o diverse altre letture di una disposizione del diritto dell'Unione, nei limiti in cui nessuna di queste altre letture appaia sufficientemente plausibile al giudice nazionale interessato, segnatamente alla luce del contesto e della finalità di detta disposizione, nonché del sistema normativo in cui essa si inserisce, non può essere sufficiente per considerare che sussista un dubbio ragionevole quanto all'interpretazione corretta di tale disposizione”*;

ii) *“quando l'esistenza di orientamenti giurisprudenziali divergenti - in seno agli organi giurisdizionali di un medesimo Stato membro o tra organi giurisdizionali di Stati membri diversi - relativi all'interpretazione di una disposizione del diritto dell'Unione applicabile alla controversia di cui al procedimento principale è portata a conoscenza del giudice nazionale di ultima istanza, esso deve prestare particolare attenzione nella sua valutazione riguardo a un'eventuale assenza di ragionevole dubbio quanto all'interpretazione corretta della disposizione dell'Unione di cui trattasi”*.

Non sussistono, pertanto, i presupposti per disporre il rinvio pregiudiziale apparendo chiara, per le ragioni esposte, la possibilità di introdurre limitazioni alla partecipazione delle società miste soggette a controllo pubblico alle gare indette da enti terzi, anche in ragione della assenza, allo stato, di orientamenti giurisprudenziali divergenti in ambito nazionale, come pure tra organi giurisdizionali di stati membri diversi, comunque non segnalati dalle parti.

Alla luce di quanto precede, è certamente pertinente e condivisibile anche quanto osservato dal T.a.r. secondo cui *“In particolare, l'art. 17 d. lgs. n. 175/16, la cui applicabilità ai servizi pubblici locali è stata espressamente prevista dal recente art. 16 d. lgs. n. 201/22, mira ad evitare che, attraverso la deroga alla disciplina societaria prevista dal comma 4 della disposizione e la conseguente attribuzione al socio privato di particolari diritti e vantaggi non coerenti con l'effettiva entità della sua partecipazione, proprio il socio privato possa beneficiare di tali deroghe per gestire la società con criteri diversi da quelli a cui si attengono gli altri operatori economici finendo, in tal modo, per acquisire requisiti e risorse da spendere ai fini della partecipazione ad ulteriori future gare indette da altre stazioni appaltanti, così alterando il fisiologico meccanismo della concorrenza”*.

8.7. Non sussiste neppure alcuna irragionevole disparità di trattamento ex art. 3 Cost. rispetto alle società *in house*, trattandosi di modelli operativi ontologicamente diversi e come tali non comparabili, per le motivazioni ampiamente esposte nel menzionato parere del Consiglio di Stato, sez. II, 18 aprile 2007, n. 456, cui si rinvia quale precedente conforme.

La possibilità, per entrambi i casi, di affidare servizi senza gara, non ne riduce la sostanziale diversità di *governance*.

Il modello della società *in house* di cui all'art. 16 TUSP risponde alla scelta di ricorrere alla auto-organizzazione amministrativa, oggi sancita dall'omonimo principio di cui all'art. 7 del nuovo codice dei contratti pubblici (D.Lgs. n. 36 del 2023).

Il modello della società mista di cui all'art. 17 TUSP risponde, invece, alla scelta di ricorrere al privato – individuato tramite una vera e propria procedura di affidamento a evidenza pubblica – nella veste di socio e non di appaltatore: da tale modello il privato non può acquisire (come si è detto) indebiti vantaggi competitivi su commesse diverse.

Tale diversità giustifica – anche sotto il profilo della costituzionalità – la mancata riproduzione, nell'art. 17, di una disposizione analoga a quella del comma 3 dell'art. 16, che consente espressamente una sia pur limitata attività esterna.

Anche in questo caso merita, quindi, condivisione quanto osservato sul punto dal T.a.r. secondo cui: *“Proprio gli indebiti vantaggi che potrebbe conseguire il socio privato hanno indotto il legislatore a differenziare la situazione delle società miste, in cui l'art. 17 d. lgs. n. 175/16 prevede un oggetto esclusivo, da quella delle società in house nelle quali l'assenza di soci privati giustifica l'astratta possibilità di tali enti di partecipare ad altre gare, fermo restando il limite massimo di fatturato riferibile a compiti espletati per conto di soggetti non soci, previsto dall'art. 16 comma 3 d. lgs. n. 175/16.”*.

8.8. In definitiva, anche il secondo motivo deve essere respinto.

9. Con il terzo motivo di appello SAPRODIR ha dedotto: *“Erronea declaratoria di inammissibilità del ricorso di primo grado per asserita carenza di interesse. Violazione dell'art. 1372 c.c. Errata interpretazione dello statuto della S.A.PRO.DI.R. Error in iudicando”*.

Lamenta che il T.a.r. avrebbe errato nell'affermare che lo statuto della S.A.PRO.DI.R. non prevederebbe la possibilità per la Società *“di partecipare alle gare indette da altre stazioni appaltanti”*. Assume in senso contrario che la gara a

doppio oggetto riguardava 43 Comuni della Provincia di Rieti ma al contempo individuava come obiettivo della S.A.PRODI.R. l'estensione al territorio anche degli altri Comuni della Provincia di Rieti.

Pertanto, diversamente da quanto sostiene il T.a.r., accedendo a gare presso Enti non soci ma ricadenti nella Provincia di Rieti, la S.A.PRODI.R., in piena conformità con l'ordinamento, darebbe attuazione alle previsioni del bando della gara a doppio oggetto, a seguito della quale è stata conformata come PPPI, e della disposizione dello Statuto (art. 2) con la conseguenza che S.A.PRODI.R. non avrebbe violato l'art. 17 del TUSP, neanche a volerlo interpretare nella maniera (errata) di cui alla sentenza appellata dal momento che l' *"oggetto esclusivo dell'attività della società mista"* andrebbe individuato, nella gara a doppio oggetto, nella gestione dei rifiuti sia per gli Enti soci, sia presso altri Comuni della Provincia di Rieti, in quest'ultimo caso concorrendo alle gare dagli stessi indetti.

9.1. La tesi non può essere accolta, in quanto l'appellante invoca una previsione statutaria (l'art. 2) che, ai sensi dell'art. 26 comma 1 TUSP, avrebbe dovuto essere modificata per aggiornarne il contenuto alle sopravvenute disposizioni del testo unico che al contrario, per le ragioni esposte, limitano l'operatività delle società miste alla esecuzione dei soli affidamenti diretti ricompresi nella gara a doppio oggetto.

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

Anche sotto questo profilo, prendendo le mosse dal chiaro disposto normativo, il T.a.r. ha correttamente osservato quanto segue *"Parte ricorrente richiama, a fondamento della ritenuta possibilità di partecipare alle gare indette da altre stazioni appaltanti, l'art. 3.3 della gara a doppio oggetto dell'ottobre 2013, all'esito della quale è stato scelto il socio privato e sono stati affidati i servizi pubblici ivi indicati; la*

disposizione prevede che “l’ampliamento del bacino a tutti i Comuni appartenenti alla Provincia di Rieti, in conformità con i dettami di cui all’art. 200 del D.Lgs 152/2006 e s.m.i. e del vigente piano regionale per la gestione dei rifiuti (PRGR), costituisce un obiettivo della società S.A.PRO.DI.R. S.r.l.”. Nello stesso senso il gravame invoca l’art. 2 dello statuto dell’ente secondo cui “la Società ha per oggetto l’esercizio, diretto e/o indiretto, tramite partecipazione a Società di qualunque tipo, ad enti, a consorzi e ad imprese, di servizi pubblici consistenti nello svolgimento delle seguenti attività nell’ambito territoriale della Provincia di Rieti e dei Comuni limitrofi”. Il richiamo, però, non è significativo ai fini della valutazione di fondatezza del gravame dal momento che, come già detto, le disposizioni statutarie delle società partecipate già costituite alla data di entrata in vigore del d. lgs. n. 175/16 avrebbero dovuto essere adeguate al predetto testo normativo entro il termine ultimo del 31 dicembre 2017, come previsto dall’art. 26 d. lgs. n. 175/16; ne consegue l’irrilevanza, in senso favorevole alla ricorrente, di eventuali disposizioni sottordinate contrastanti con la disciplina di rango primario”.

9.2. Inoltre, l’art. 3.3 del Bando di gara, letto nella sua interezza, prevede quanto segue: “Gli Enti locali soci della S.A.PRO.DI.R S.r.l. sono la Provincia di Rieti e n. 43 Comuni della Provincia di Rieti, elencati nell’Allegato A.4 al presente Bando di Gara, che alla data del 1 Settembre 2013 hanno formalizzato la propria adesione alla S.A.PRO.DI.R. S.r.l., con una popolazione complessiva di n. 85.105 abitanti, impegnandosi, alla scadenza dei contratti in essere, a conferire il servizio di gestione integrata dei rifiuti urbani alla S.A.PRO.DI.R. S.r.L. L’ampliamento del bacino a tutti i Comuni appartenenti alla Provincia di Rieti, in conformità con i dettami di cui all’art. 200 del D.Lgs 152/2006 e s.m.i. e del vigente piano regionale per la gestione dei rifiuti (PRGR), costituisce un obiettivo della società S.A.PRO.DI.R. S.r.l. Al socio privato saranno affidate, dalla società S.A.PRO.DI.R S.r.l anche le prestazioni accessorie relative al servizio di trasporto dei rifiuti, come meglio descritto di seguito e definito negli elaborati C.1, C.2 e C.3. di cui al punto n. 18 del presente Bando di Gara”.

Quindi, l’obiettivo di SAPRODIR, come correttamente eccepito dalla Azienda Servizi Municipali Rieti s.p.a., non è quello di partecipare alle gare

indette da altri comuni, bensì, di ampliare il proprio *“bacino a tutti i Comuni appartenenti alla Provincia di Rieti”* nel senso che l’*“ampliamento del bacino”* rappresenta l’obiettivo originariamente posto, nell’ottica della gestione di ATO, di coinvolgere nella compagine societaria altri Comuni della provincia di Rieti mediante adesione alla società mista, non di concorrere alle gare dagli stessi indette trattandosi di finalità che esula da quanto previsto dal menzionato art. 200 d.lgs. n. 152 del 2006. Il successivo articolo 3.4. dello stesso Bando di gara chiarisce che *“per Bacino Territoriale, si intende il perimetro territoriale costituito dai Comuni aderenti alla società S.A.PRO.DI.R. S.r.l.: i n. 43 Comuni che alla data del 1 Settembre 2013 hanno formalizzato la propria adesione alla S.A.PRO.DI.R. S.r.L sono elencati nell’Allegato A.4 di cui al punto n 18 del presente Bando di Gara”*.

9.3. Del resto, la stessa previsione statutaria invocata non giova alla appellante poiché, oltre al tema del mancato aggiornamento obbligatorio dello statuto e come osservato dal T.a.r., *“l’art. 2 comma 1 dello statuto non prevede la possibilità di partecipare alle gare indette da altre stazioni appaltanti ma semplicemente “l’esercizio, diretto e/o indiretto, tramite partecipazione a Società di qualunque tipo, ad enti, a consorzi e ad imprese” dei servizi pubblici ivi indicati”*.

10. Alla luce delle motivazioni che precedono, i primi tre motivi di appello devono essere respinti, con assorbimento delle eccezioni preliminari sollevate dalle parti appellate.

I restanti motivi articolati con il ricorso di primo grado e riproposti in appello vanno dichiarati inammissibili per difetto di interesse, in quanto tutti incentrati sulla legittimità della decisione di internalizzare il servizio da parte del Comune di Rieti mediante gestione diretta *in house*: tutti questi motivi presuppongono la sussistenza del requisito della legittimazione a partecipare a gare indette da enti terzi di cui, come detto, l’appellante non dispone.

Da ciò deriva la conferma integrale della sentenza appellata.

Le spese di lite seguono la soccombenza nei rapporti tra l’appellante e il Comune di Rieti con l’Azienda Servizi Municipali Rieti s.p.a., e vengono

liquidate in dispositivo, mentre possono essere compensate nei rapporti tra l'appellante e il Ministero costituito.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna la Servizi Ambientali Provincia di Rieti s.r.l. alla rifusione in favore del Comune di Rieti e dell'Azienda Servizi Municipali Rieti s.p.a. delle spese del grado che si liquidano complessivamente in euro 5.000,00 in favore di ciascuno (per un totale di euro 10.000,00), oltre IVA, CAP e spese generali come per legge.

Compensa le spese del grado tra l'appellante e il Ministero dell'Ambiente e della Sicurezza Energetica.

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

Così deciso in Roma nelle camere di consiglio dei giorni 14 novembre 2024 e 16 giugno 2025 con l'intervento dei magistrati:

Luigi Carbone, Presidente

Francesco Gambato Spisani, Consigliere

Silvia Martino, Consigliere

Luca Monteferrante, Consigliere, Estensore

Rosario Carrano, Consigliere

L'ESTENSORE
Luca Monteferrante

IL PRESIDENTE
Luigi Carbone

IL SEGRETARIO