

L'istituto dell'avvalimento, di cui all'articolo 89 del decreto legislativo 18 aprile 2016 n. 50, è vietato nella procedura di selezione del socio privato nel settore delle società miste

di Marco Natoli

Data di pubblicazione: 27-2-2018

L'art. 17, comma 2, del decreto legislativo 19 agosto 2016, n. 175, il quale dispone espressamente che il socio privato "deve possedere i requisiti di qualificazione in relazione alle prestazioni per cui la società è stata costituita".esclude l'applicazione dell'avvalimento nelle gare indette per la selezione dello stesso socio privato della società mista.

In particolare tale divieto è applicabile nel caso in cui il partner industriale non esegue in proprio il servizio, che è reso, invece, dalla società mista sotto la guida tecnica, organizzativa e professionale dello stesso partner privato, divenutone socio.

Guida alla lettura

La sentenza in esame, nel confermare i principi espressi dal competente tribunale amministrativo regionale, analizza, in particolare, la contestazione compiuta da un operatore economico, il quale aveva impugnato una clausola di un bando di gara a doppio oggetto che escludeva specificamente l'applicazione dell'istituto dell'*avvalimento*.

La pronuncia detta importanti principi proprio in relazione al divieto di applicazione, al caso di specie, del predetto istituto, disciplinato dall'art.89 del decreto legislativo 18 aprile 2016 n. 50, (Codice dei contratti pubblici).

In particolare il Consiglio di Stato afferma che il sopra indicato *avvalimento* non si applica nell'ambito di attività di una società mista, in quanto il socio privato della medesima società deve realizzare, in considerazione degli esiti della gara a doppio oggetto, con le proprie ed esclusive risorse, le concrete attività operative.

Le conclusioni cui perviene il supremo Consesso originano da un'attenta analisi del dettato normativo.

Infatti il Collegio, nell'enunciare le suddette disposizioni, afferma che "*dal combinato disposto degli artt. 179, commi 1 e 2, e 164, comma 2, d.lgs. n. 50-2016, deriva l'inapplicabilità ai contratti di partenariato pubblico privato..... dell'istituto dell'avvalimento di cui all'art. 89 del predetto Codice, (Parte II, Titolo III)*. Tale istituto-sempre secondo il supremo Consesso-"*soccorre alla carenza dei requisiti tecnici, organizzativi e finanziari da parte di un concorrente, che non trova spazio nel rinvio interno, circoscritto ad un elenco tassativo e*

chiuso di ipotesi, qual è quello operato dallo specifico art. 164, comma 2, del medesimo Codice”

“Peraltro,-afferma sempre la Sezione- l'esclusione dell'avvalimento nelle gare indette per la selezione del socio privato della società mista trova conferma anche dall'esame della specifica disciplina delle società miste contenuta nell'art. 17, comma 2, d.lgs. n. 175-2016, ai sensi del quale è il socio privato che “deve possedere i requisiti di qualificazione in relazione alle prestazioni per cui la società è stata costituita””.

Inoltre il Consiglio di Stato sottolinea l'impossibilità del ricorso all'istituto in argomento nella fattispecie in esame in quanto , laddove non si possa realizzare fungibilità nella prestazione , proprio come nel caso del contratto di società, il ricorso agli strumenti forniti dal predetto istituto deve essere necessariamente negato.

Quanto detto trova riscontro nella casistica in esame poiché *“il partner industriale non esegue in proprio il servizio, che è reso, invece, dalla società mista sotto la guida tecnica, organizzativa e professionale del partner privato, divenutone socio, non potendosi ipotizzare, per definizione, fungibilità nell'apporto del know-how”.* Sul punto si rileva che tale know-how non potrebbe essere fornito dall'impresa ausiliaria, in quanto la stessa risulta essere parte del contratto di società perfezionato con l'ente locale.

Infine si deve rammentare che l'esclusione del ricorso all'*avvalimento* viene giustificata dal fatto che nel contratto di partenariato pubblico-privato l'operatore economico si assume totalmente l'alea relativa all'operazione; infatti lo stesso operatore deve possedere necessariamente i requisiti di capacità tecnica e organizzativa indispensabili per la completa ed esatta realizzazione dell'attività.

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 5044 del 2017, proposto da:

Diodoro Ecologia S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Arturo Cancrini e Francesco Vagnucci, con domicilio eletto presso lo studio Arturo Cancrini e Partners in Roma, piazza San Bernardo, 101;

contro

Comune di Teramo, in persona del Sindaco pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Alessandra Gussago e Cosima Cafforio, con domicilio eletto presso lo studio Alessandro Marini in Roma, via Lucrezio Caro, 63;

ANAC - Autorità Nazionale Anticorruzione, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso per legge dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliata in Roma, via dei Portoghesi, 12;

nei confronti di

Te.Am. – Teramo Ambiente S.p.A. e Enertech S.r.l. in Liquidazione, non costituiti in giudizio;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. ABRUZZO - L'AQUILA: SEZIONE I n. 00152/2017, resa tra le parti, concernente la domanda di annullamento:

- degli atti e provvedimenti relativi alla procedura di gara indetta dal Comune di Teramo “per la selezione del socio privato e partner industriale della Te.Am. S.p.A. alla quale sarà affidata la gestione del servizio di igiene ambientale nonché dei servizi cimiteriali, segnaletica stradale, manutenzione aree verdi e verifica impianti termici” pubblicato sulla GURI V[^] Serie Speciale – Contratti Pubblici n. 110 del 23.9.2016 (doc. 1 del fascicolo di I grado) e di tutti i documenti allo stesso allegati (da doc. 2 a doc. 22 del fascicolo di I grado);

- della Deliberazione della Giunta Comunale del Comune di Teramo n. 317 del 29.8.2016 avente ad oggetto “selezione del socio privato e partner industriale della Te.Am. S.p.A. alla quale sarà affidata la gestione del servizio di igiene ambientale nonché dei servizi cimiteriali, segnaletica stradale, manutenzione aree verdi e verifica impianti termici - approvazione atti di gara” (doc. 22 del fascicolo di I grado)

- di ogni atto presupposto, consequenziale o comunque connesso rispetto a quelli impugnati, ancorché non conosciuto.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Teramo e di ANAC - Autorità Nazionale Anticorruzione;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 11 gennaio 2018 il Cons. Paolo Giovanni Nicolò Lotti e uditi per le parti gli avvocati Francesco Vagnucci, Cosima Cafforio, Alessandra Gussago e l'Avvocato dello Stato Angelo Venturini;

FATTO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Abruzzo, L'Aquila, Sez. I, con la sentenza 30 marzo 2017, n. 152 ha respinto il ricorso proposto dall'attuale parte appellante per l'annullamento degli atti e dei provvedimenti relativi alla procedura di gara indetta dal Comune di Teramo "per la selezione del socio privato e partner industriale della TE.AM S.P.A. alla quale sarà affidata la gestione del servizio di igiene ambientale nonché dei servizi cimiteriali, segnaletica stradale, manutenzione aree verdi e verifica impianti termici, pubblicato sulla G.u.r.i. V serie speciale, contratti pubblici, n.110 del 23.9.2016 e di tutti i documenti allo stesso allegati; nonché della deliberazione della Giunta comunale del Comune di Teramo 29 agosto 2016, n.317, avente ad oggetto "selezione del socio privato e partner industriale della Te.Am s.p.a. alla quale sarà affidata la gestione del servizio di igiene ambientale, nonché dei servizi cimiteriali, segnaletica stradale, manutenzione aree verdi e verifica impianti termici-approvazione atti di gara".

Il TAR ha rilevato sinteticamente che:

- la disciplina di cui all'art. 5, comma 1, d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175 non trova applicazione "ratione temporis", poiché l'obbligo di motivazione specifica è previsto non per il bando, indetto per la selezione del socio privato della società mista pubblico-privata, ma per la scelta discrezionale, operata "a monte", dal Comune, del modello organizzativo della società mista per la gestione di determinati servizi pubblici locali;
- l'art. 5 d.lgs. n. 175-2016 non era ancora vigente al momento dell'adozione dell' "atto deliberativo", non specificamente impugnato, costituito dalla deliberazione del consiglio comunale 30 aprile 2015, n. 33, con il quale il Comune di Teramo, previa procura da parte del socio uscente della società mista TE.AM. s.p.a., decideva di alienare le azioni del socio privato uscente Enertech s.r.l., in liquidazione, e di affidare nuovamente alla società mista la gestione dei servizi pubblici locali in scadenza, previa selezione del nuovo socio privato tramite procedura ad evidenza pubblica;
- la fattispecie per cui è causa va riportata nell'ambito dell'affidamento (recte: nella scelta del "socio operativo" per l'affidamento) dei servizi pubblici locali a società a capitale misto pubblico privato; in ordine alle modalità di affidamento dei servizi pubblici locali alla società mista, la giurisprudenza amministrativa si è assestata sui principi affermati dal Consiglio di Stato nel parere n. 456-2007, ripresi e fatti propri dall'Adunanza Plenaria 3 marzo 2008, n. 1; la legittimità della procedura in oggetto deve pertanto essere vagliata alla luce dei principi elaborati dalle citate pronunce giurisprudenziali;
- tali principi giurisprudenziali sono stati recepiti dall'art. 17, commi 1 e 3, d.lgs. n. 175-2016 e, nel caso in esame, si verificano entrambe le condizioni per la legittimità del modello di gestione tramite società mista;
- è dedotta l'illegittimità del bando di gara, nella parte in cui (punto 9.3) vieta l'istituto

dell'avvalimento, ma dal combinato disposto dell'art. 179, commi 1 e 2, d.lgs. n. 80-2016 e art. 164, comma 2, d.lgs. n. 50-2016, al quale rinvia l'art. 179, comma 2 citato, si desume che alle procedure di affidamento disposte nell'ambito del partenariato pubblico privato non si applica l'art. 89 d.lgs. n. 50-2016, collocato nella parte II, titolo III, ma non annoverabile in alcuno degli ambiti disciplinari nominativamente elencati, non potendo farsi rientrare né tra le "modalità" di affidamento né tra le "procedure di affidamento" strictu sensu intese, né tra i "requisiti generali e speciali";

- l'esclusione dell'avvalimento nelle gare indette per la selezione del socio privato della società mista trova conferma anche dall'esame della specifica disciplina delle società miste, contenuta nell'art. 17, comma 2, d.lgs. n. 175-2016, ai sensi del quale è il socio privato che "deve possedere i requisiti di qualificazione" in relazione alle prestazioni per cui la società è stata costituita;

- la decisione del Comune di Teramo di vietare l'avvalimento, è compatibile con il modello organizzativo, prescelto a monte, per la gestione del servizio pubblico di igiene ambientale e degli altri servizi e lavori accessori, poiché il partenariato pubblico-privato costituisce una modalità organizzativa di tipo istituzionalizzato alternativa alla gestione in economia e alla completa esternalizzazione della gestione delle funzioni e dei servizi pubblici;

- la società mista, a differenza della esternalizzazione del servizio ad operatori economici estranei alla pubblica amministrazione, realizza una collaborazione stabile e di lunga durata tra la pubblica amministrazione ed il privato, attraverso l'istituzione di un'organizzazione comune con la "missione" di assicurare determinati servizi (e/o funzioni e/o opere) in favore della comunità locale, con conseguente legittimità della volontà negoziale dell'ente locale, espressa nel bando di gara, di richiedere il possesso dei requisiti di capacità, tecnica e organizzativa in capo all'aspirante socio in proprio.

La parte appellante contestava la sentenza del TAR, deducendone l'erroneità per i seguenti motivi:

- error in iudicando: erroneità del punto 5 della sentenza n. 152-2017 con cui il giudice di prime cure ha respinto il primo motivo di ricorso con cui l'odierna appellante aveva eccepito: - violazione e/o falsa applicazione art. 3, l. n. 241-1990 anche alla luce dell'art. 5, d.lgs. n. 175-2016; - violazione e/o falsa applicazione dell'art. 97 Cost.; - eccesso di potere per difetto di istruttoria, irragionevolezza, illogicità manifesta;

- error in iudicando: erroneità del punto 6 della sentenza n. 152-2017 con cui il giudice di prime cure ha respinto il secondo motivo di ricorso con cui l'odierna appellante aveva eccepito: - illegittimità del bando di gara per genericità e indeterminatezza dell'oggetto sociale della Te.Am. s.p.a.; - violazione e/o falsa applicazione dei principi comunitari in materia di libera concorrenza e pro-competitive; - violazione e/o falsa applicazione dell'art. 107 del TFUE in materia di aiuti di stato; - violazione e/o falsa applicazione dell'art. 5, co. 9 e 30, d.lgs. n. 50-2016; - violazione e/o falsa applicazione degli artt. 1, 17, d.lgs. n. 175-2016; - violazione e/o falsa applicazione dell'art. 97 Cost.; - eccesso di potere per difetto di istruttoria, irragionevolezza, illogicità manifesta;

- error in iudicando: erroneità del punto 7 della sentenza n. 152-2017 con cui il giudice di prime cure ha respinto il primo motivo di ricorso con cui l'odierna appellante aveva eccepito: - illegittimità del punto 9.3 del bando di gara; - violazione e/o falsa applicazione dei principi comunitari in materia di favor participationis; - violazione e/o falsa applicazione dell'art. 30 e 89, d.lgs. n. 50-2016; - violazione e/o falsa applicazione degli artt. 1, 17, d.lgs. n. 175-2016; - violazione e/o falsa applicazione dell'art. 97 Cost.; - eccesso di potere per difetto di istruttoria, irragionevolezza, illogicità manifesta.

Con l'appello in esame chiedeva, quindi, l'accoglimento del ricorso di primo grado.

Si costituiva il Comune appellato chiedendo la reiezione dell'appello.

All'udienza pubblica dell'11 gennaio 2018 la causa veniva trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. Il Collegio ritiene infondato il primo motivo di appello.

Infatti, come ha già correttamente messo in luce il TAR, gli atti deliberativi comunali che hanno preceduto l'indizione della gara e la pubblicazione del relativo bando (deliberazione consiliare 30 aprile 2015 n. 33), e che a quest'ultimo sono stati allegati, si pongono in funzione attuativa del piano operativo di razionalizzazione delle società partecipate, ai sensi dell'art. 1, commi 611 e 612, L. 23 dicembre 2014, n. 190, approvato con deliberazione consiliare del 31 marzo 2015 n. 16.

Lo conferma la mera lettura della parte motiva (pag. 21) della predetta deliberazione consiliare 30 aprile 2015 n. 33, avente ad oggetto l' "Approvazione atti propedeutici alla gara per individuazione nuovo socio privato della Teramo Ambiente spa (società mista pubblico privata)", laddove richiama la "deliberazione consiliare n. 16 del 31.3.2015 con la quale è stato approvato il piano operativo di razionalizzazione delle società partecipate ai sensi dell'art. 1, commi 611 e 612 della legge n. 190 del 23.12.2014", ricordando che in detta delibera, in merito alla TE.AM. spa – Teramo Ambiente, società mista pubblico-privata, era stato deciso quanto segue: "Scorporo delle attività strumentali e precisamente: Pulizia immobili di proprietà comunale e/o di uso comunale; Servizi di base e aggiuntivi del Sistema Museale; Indizione di gara a doppio oggetto, per i servizi rimasti in affidamento alla società, che sono in scadenza, per l'individuazione del socio operativo attraverso una procedura pubblica (primo oggetto: la qualità di socio) al fine di affidare allo stesso compiti operativi di rilievo economico, di interesse dell'Amministrazione (secondo oggetto). Si conferma il modello della società mista pubblico privata, in quanto forma che consente di garantire le migliori condizioni di espletamento dei servizi, e procedere quindi a bandire una gara cd. a doppio oggetto per ricercare un socio privato operativo che possa subentrare all'attuale socio acquisendo in sede di gara le relative azioni della società TE.AM.".

Dunque, la deliberazione consiliare del 30 aprile 2015 n. 33 ha avviato la fase di attuazione della scelta di mantenere ferma la partecipazione societaria nella mista TE.AM. spa per lo svolgimento in concessione principalmente del servizio di igiene ambientale, e quindi di

riaffidare alla medesima società mista i servizi, allora in scadenza, all'esito di selezione competitiva a doppio oggetto per l'individuazione di un nuovo partner industriale e socio operativo, che subentrasse all'attuale uscente.

Con la stessa deliberazione si è proceduto all'approvazione, in particolare, della bozza del nuovo statuto sociale della partecipata TE.AM. spa (che introduce, in specie, il distinguo tra azioni ordinarie e azioni correlate – le prime fornite di diritti patrimoniali relativi ai risultati del servizio di igiene ambientale, le seconde ai risultati negli altri servizi affidati - e la previsione espressa di prestazioni accessorie a carico del socio privato) e dei patti parasociali (in precedenza mancanti).

Con le successive delibere (consiliare n. 53 del 27.8.2015 e giunta n. 317 del 29.8.2016) sono stati specificatamente indicati e, quindi, ulteriormente dettagliati i servizi da riaffidare in concessione alla società all'esito della gara per individuare il nuovo socio operativo (servizio principale: igiene ambientale; servizi correlati: cimiteriali, verde pubblico, segnaletica stradale, verifica impianti termici), individuati i criteri di selezione (offerta economicamente più vantaggiosa per il piano industriale ed economico-finanziario; il massimo ribasso per l'offerta economica di acquisto del pacchetto azionario) e, in bozza, gli schemi dei contratti di servizio e i relativi disciplinari e capitolati.

La norma sopravvenuta, richiamata dalla parte appellante (art. 5 d.lgs. n. 175-2016), impone specifici oneri di motivazione analitica all'atto deliberativo di costituzione di una società a partecipazione pubblica, anche mista pubblico-privata, o di acquisto di partecipazioni, anche indirette, da parte di amministrazioni pubbliche in società già costituite, ma non disciplina in alcun modo gli atti propedeutici ovvero di indizione di una gara, come nel caso di specie.

La volontà deliberativa, che necessita della motivazione analitica imposta dall'art. 5 succitato è, quindi, solo quella con cui la P.A. stabilisca la costituzione di una nuova società pubblica ovvero l'acquisto di partecipazione societaria in una società pubblica già costituita.

Nel caso in esame, dunque, gli atti deliberativi comunali che hanno preceduto la gara indetta per selezionare il nuovo socio privato, affinché subentri all'attuale uscente, nonché gli atti "esecutivi", indittivi della gara, sono, come tali, estranei all'ambito di applicazione dell'art. 5 citato.

Il bando e gli atti ad esso allegati, in realtà, devono soddisfare altri oneri motivazionali descritti dall'art. 17, comma 2 d.lgs. n. 175-2016 (l'oggetto dell'affidamento, i necessari requisiti di qualificazione generali e speciali di carattere tecnico ed economico-finanziario dei concorrenti, il criterio di aggiudicazione che garantisca una valutazione delle offerte in condizioni di concorrenza effettiva in modo da individuare un vantaggio economico complessivo per la P.A.), ma non quello oggetto di specifica censura da parte dell'appellante.

Gli stessi atti di gara e le delibere propedeutiche, sono dunque sottratte agli adempimenti peculiari previsti dall'intero art. 5 richiamato, ovvero esulano dall'obbligo di dare atto della compatibilità dell'intervento finanziario previsto con le norme dei Trattati europei e, in particolare, con la disciplina europea in materia di aiuti di Stato alle Imprese, così come

dall'obbligo di invio alla Corte dei Conti e all'Autorità garante della concorrenza e del mercato, applicandosi ai soli atti deliberativi di costituzione della società ovvero di acquisizione di partecipazione societaria, diretta o indiretta, non anche agli atti deliberativi che confermino la partecipazione in essere della P.A. in una società pubblica, anche mista, già costituita, ovvero gli atti di gara meramente attuativi di detta scelta, già compiuta.

2. Anche il secondo motivo di appello è infondato.

Infatti:

- vi è una sostanziale equiparazione tra gara per l'affidamento del servizio pubblico e gara per la scelta del socio, in cui quest'ultimo si configuri come un "socio industriale od operativo", il quale concorre materialmente allo svolgimento del servizio pubblico o di fasi dello stesso; il che vuol dire effettuazione di una gara che, con la scelta del socio, definisca anche l'affidamento del servizio;

- si prevede un rinnovo della procedura di selezione "alla scadenza del periodo di affidamento", evitando così che il socio divenga "socio stabile" della società mista, prescrivendo, sin dagli atti di gara per la selezione del socio privato, le modalità per l'uscita del socio stesso (con liquidazione della sua posizione), per il caso in cui all'esito della successiva gara egli risulti non più aggiudicatario).

In presenza, riscontrata, di tali due condizioni, è del tutto irrilevante la questione dell'ampiezza dell'oggetto sociale della TE.AM. s.p.a., o la quantificazione da parte del Comune di Teramo dell'importo di quei servizi e attività che, sebbene inclusi nell'oggetto sociale della TE.AM. s.p.a, erano diversi da quelli messi a gara con la procedura in esame.

Peraltro, deve osservarsi che nella concessione di servizi gestita attraverso il modulo della società mista pubblico-privata, è la stessa ratio del partenariato istituzionalizzato stesso, limitato, come ogni forma di concessione di servizi, ai soli che si è scelto di affidare con gara, a circoscrivere l'attività che il partner, quale socio privato industriale/operativo della società mista, è chiamato a svolgere mediante la conduzione manageriale di quest'ultima, sicché la rispondenza tra oggetto sociale, previsto nello statuto, e bando di gara, intesa come affidamento di servizi previamente annoverati nell'oggetto sociale, è destinata a proiettarsi nel medio-lungo termine, ovvero fino alla cessazione del rapporto di partenariato.

A differenza delle società in house, per le quali la disciplina italiana prevede la necessità di un oggetto sociale esclusivo (ex art. 4, comma 4, d.lgs. n. 175-2016), per le società miste, che rientrano nella categoria del partenariato pubblico-privato inerente alla realizzazione e gestione di un'opera pubblica ovvero all'organizzazione e gestione di un servizio di interesse generale, l'esclusività concerne non l'oggetto sociale, bensì l'attività svolta dalla società mista in virtù di contratto di appalto o concessione affidatole all'esito di gara a doppio oggetto (art. 17, comma 2, d.lgs. n. 175-2016), e ciò sul presupposto di previo acquisto o mantenimento di partecipazione societaria, diretta o indiretta, della P.A. esclusivamente per lo svolgimento delle attività elencate all'art. 4, comma 2, d.lgs. n. 175-2016 (esclusività del fine della partecipazione).

Pertanto, poiché la determinatezza e specificità del bando di gara (direttamente riflesse dall'oggetto sociale, recato dallo Statuto societario) delineano in via definitiva l'ambito operativo della concessione di servizi, affidati alla società mista, esse rende ultronea una misura, come quella dell'immutabilità dello statuto sociale, sproporzionata per una società privata per azioni poiché sensibilmente limitativa dell'autonomia negoziale della medesima, tanto che di tale limitazione non vi è traccia né nella Direttiva sulle concessioni n. 23-2015 né nel d.lgs. n. 175-2016.

L'immutabilità dell'oggetto sociale in pendenza di rapporto potrebbe eccezionalmente ritenersi esigibile in contesti nei quali l'indeterminatezza di oggetto sociale e bando di gara renda possibili affidamenti ulteriori in costanza di rapporto, ma non può invocarsi laddove, come nella specie, l'oggetto sociale e il bando sono sufficientemente determinati (nel quid e nel quando) ab origine.

3. Come è noto, inoltre, la società per azioni con partecipazione pubblica non muta la sua natura di soggetto di diritto privato solo perché l'Amministrazione ne posseda, in tutto o in parte, le azioni.

Anche quando costituita o partecipata da un ente pubblico per il perseguimento di un interesse pubblico, la società rimane uno strumento privatistico tipico delineato dal diritto societario.

Come nel diritto comune societario, dunque, non necessariamente l'attività previamente definita dall'atto costitutivo come oggetto sociale deve risultare interamente esercitata dall'impresa, che è libera di svolgerla in tutto o anche solo in parte.

Dunque, 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 affidatale con contratto di appalto o concessione) rientra nel novero delle ordinarie dinamiche societarie non derogate dalla disciplina pubblicistica.

Peraltro, la speciale norma di cui all'art. 17, comma 5, d.lgs. n. 175-2016 espressamente prevede che "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", con ciò ammettendo, quindi, che le società miste possano gestire più servizi pubblici di interesse generale e che l'affidamento di detti servizi possa avvenire anche successivamente nel tempo, e dunque anche all'esito di distinte gare pubbliche a doppio oggetto.

Con la costituzione di patrimoni separati e azioni correlate agli esiti gestionali non vi è alcuna preclusione a che, pur nel rispetto delle quote di partecipazione minime, la società gestisca più servizi o più "pacchetti" di servizi, ai quali corrispondano patrimoni separati e soci operativi diversi in quanto scelti ciascuno con gara a doppio oggetto per servizi diversi, ai quali siano state assegnate azioni correlate ai rispettivi patrimoni (patrimoni destinati a uno o più servizi specifici).

Se, dunque, l'oggetto del singolo contratto di appalto o di concessione alla società mista, vale a dire l'attività in concreto affidata a quest'ultima, può non esaurire l'intera elencazione dei servizi caratterizzante l'oggetto sociale, ciò chiaramente comporta già sull'astratto piano normativo, così come delineato dall'apposita disciplina di settore sopra ricordata, che nulla ostacoli la previsione di una maggior ampiezza dell'oggetto sociale rispetto all'attività in concreto affidata alla società mista in regime di contratto di appalto o di concessione, affidato all'esito di gara di evidenza pubblica a doppio oggetto per la selezione del partner industriale e socio operativo.

4. Neppure può ritenersi illegittimo la menzione, nell'oggetto sociale, dell'eventualità di affidamento diretto limitatamente a servizi analoghi o affini a quelli già oggetto di affidamento.

Infatti tale clausola statutaria, in primo luogo, esclude espressamente la possibilità di affidamento diretto per tutte le altre attività (non analoghe), parimenti incluse nell'oggetto sociale, così che per l'affidamento di esse non potrebbe procedersi se non previo espletamento di apposita procedura competitivo-concorsuale.

In secondo luogo, si deve ricordare che "analoghi" sono da ritenersi solo quei servizi che presentino un'omogeneità strutturale con quelli affidati, ovvero servizi gli elementi essenziali e costitutivi dei quali abbiano le stesse caratteristiche di quelli dati in affidamento, risultandone diversi solo per aspetti limitati e/o marginali, sì da condividere con quelli già affidati gli stessi requisiti tecnico-professionali: in questo caso, l'originaria procedura selettiva è più che sufficiente, in tal caso, a ritenere osservato il principio di tutela della concorrenza.

5. Infine, in relazione alla dedotta mancanza di validazione del progetto esecutivo dell'impianto di cremazione alla data pubblicazione del bando, che sarebbe causa di una maggiore difficoltà per il concorrente nella valutazione economica dell'intervento, si deve rilevare che la gara non è volta all'affidamento dell'esecuzione (in appalto o concessione) dell'impianto, ma alla mera scelta di un partner industriale, che dovrà realizzarla solo successivamente e in qualità di socio privato operativo chiamato a rendere una prestazione accessoria ex art. 2345 c.c., con la conseguenza che la mancata validazione non influisce in alcun modo sulla legittimità degli atti qui impugnati.

In ogni caso, il Comune ha dimostrato che il progetto de quo, commissionato da Te.Am. s.p.a. e da essa verificato in data 6.2.2017, è stato validato dal RUP di gara in base a quanto risulta dal verbale 21.6.2017 e il RUP ha confermato la correttezza e completezza del quadro economico del progetto esecutivo.

6. Parimenti infondato è il terzo motivo di appello.

Infatti, si deve confermare che dal combinato disposto degli artt. 179, commi 1 e 2, e 164, comma 2, d.lgs. n. 50-2016, deriva l'inapplicabilità ai contratti di partenariato pubblico privato, disciplinati dal successivo art. 180 dell'istituto dell'avvalimento di cui all'art. 89 del predetto Codice, (Parte II, Titolo III), trattandosi di un istituto che soccorre alla carenza dei requisiti tecnici, organizzativi e finanziari da parte di un concorrente, che non trova spazio nel rinvio interno, circoscritto ad un elenco tassativo e chiuso di ipotesi, qual è quello operato dall'art.

164, comma 2, cit.

Peraltro, l'esclusione dell'avvalimento nelle gare indette per la selezione del socio privato della società mista trova conferma anche dall'esame della specifica disciplina delle società miste contenuta nell'art. 17, comma 2, d.lgs. n. 175-2016, ai sensi del quale è il socio privato che "deve possedere i requisiti di qualificazione in relazione alle prestazioni per cui la società è stata costituita".

L'avvalimento è principio generale dell'outsourcing, cioè dell'esternalizzazione intesa quale modalità di erogazione dei pubblici servizi con relativo affidamento a operatori economici esterni affinché, assuntone l'obbligo contrattuale, rendano il servizio, assicurandone la fruizione da parte della collettività di riferimento, dietro corrispettivo ovvero traendone un profitto.

Nell'adempimento di una prestazione di servizi avente a oggetto un facere fungibile, la ratio pro-concorrenza di ispirazione europea rende ben possibile che un operatore economico, carente di taluni requisiti di qualificazione, possa sopperirvi avvalendosi di quelli resi appositamente disponibili da un'impresa cd. ausiliaria.

E' evidente, pertanto, che laddove non vi sia fungibilità nella prestazione, come nel caso di contratto di società, l'avvalimento non può trovare spazio.

In tal caso, infatti, la prestazione di partenariato, funzionale alla prestazione del servizio, è finalizzata all'apporto di un Know-how da riversarsi dal partner industriale nella conduzione manageriale della società mista.

L'imprenditore, dunque, rende il servizio, del quale assume l'intera alea economica ovvero il rischio di domanda in relazione al proprio investimento, non direttamente, ma attraverso la gestione del management della società mista, alla quale imprime una certa direzione in base alla propria capacità tecnico-organizzativa e professionale e non a quella altrui.

L'estensibilità non può trovare applicazione nel caso di specie, poiché il partner industriale non esegue in proprio il servizio, che è reso, invece, dalla società mista sotto la guida tecnica, organizzativa e professionale del partner privato, divenutone socio, non potendosi ipotizzare, per definizione, fungibilità nell'apporto del know-how.

7. Conclusivamente, alla luce delle predette argomentazioni, l'appello deve essere respinto in quanto infondato.

Le spese di lite del presente grado di giudizio, liquidate come in dispositivo, seguono la soccombenza rispetto al Comune appellato, mentre possono essere compensate con l'ANAC, sussistendo giusti motivi.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta),

Definitivamente pronunciando sull'appello come in epigrafe indicato, lo respinge.

Condanna l'appellante al pagamento delle spese di lite del presente grado di giudizio in favore del Comune appellato, spese che liquida in euro 4.000,00, oltre accessori di legge, compensando le spese con l'ANAC.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 11 gennaio 2018 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Caringella, Presidente

Roberto Giovagnoli, Consigliere

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere, Estensore

Raffaele Prosperi, Consigliere

Alessandro Maggio, Consigliere