

In ordine alla problematica per la quale gli appalti pubblici possano essere affidati a società miste in via diretta, o se occorra seguire procedure di evidenza pubblica, si deve necessariamente distinguere l'ipotesi di costituzione di una società mista per una specifica missione, sulla base di una gara che abbia per oggetto sia la scelta del socio che l'affidamento della specifica missione, dall'ipotesi in cui si intendano affidare ulteriori appalti ad una società mista già costituita. Con riferimento al primo caso, a seguito di una complessa evoluzione, la giurisprudenza nazionale (cfr. da ultimo Cons. St., ad.plen., 3 marzo 2008, n. 1; sez. V, 23 ottobre 2007, n. 5587; sez. II, 18 aprile 2007, n. 456/07) e comunitaria (cfr. Corte giust. CE, sez. I, 11 gennaio 2005, n. C-26/03) è pervenuta alla conclusione che, nel rispetto di precisi paletti, è sufficiente una unica gara. Nel secondo caso, invece, occorre una gara per l'affidamento degli appalti ulteriori e successivi rispetto all'originaria missione. Già prima del d.lgs. n. 163 del 2006, sembrava preferibile la soluzione secondo cui, limitatamente ai lavori e servizi specifici e originari, per i quali fosse stata costituita la società, fosse sufficiente una sola procedura di evidenza pubblica, e dunque bastasse quella utilizzata per la scelta dei soci privati, da intendersi come finalizzata alla selezione dei soci più idonei anche in relazione ai lavori e servizi da affidare alla società. Tale soluzione è stata sostanzialmente recepita dal d.lgs. n. 163 del 2006 c.d. codice dei contratti pubblici. Dispone infatti l'art. 32, co. 3, del d.lgs. n. 163 cit., che le società miste non sono tenute ad applicare le disposizioni del medesimo d.lgs. (e dunque non sono tenute a seguire procedure di evidenza pubblica), limitatamente alla realizzazione dell'opera pubblica o alla gestione del servizio per i quali sono state specificamente costituite, se ricorrono le condizioni specificamente indicate dalla norma. Ne discende che la società mista opera nei limiti dell'affidamento iniziale e non può ottenere senza gara ulteriori missioni che non siano già previste nel bando originario. Con riferimento alla materia degli appalti e delle concessioni in caso di partenariato pubblico - privato, anche la Commissione europea, con la comunicazione 5 febbraio 2008, si è mossa lungo la medesima traiettoria argomentativa, affermando che sia sufficiente una sola procedura di gara se la scelta del partner oggetto di preventiva gara è limitata all'affidamento della missione originaria, il che si verifica quando la scelta di quest'ultimo è accompagnata sia dalla costituzione del partenariato pubblico privato istituzionale (id est attraverso la costituzione di società mista), sia dall'affidamento della missione al socio operativo. Non è dunque ammissibile una società mista <<aperta>> o <<generalista>> cui affidare in via diretta, dopo la sua costituzione, un numero indeterminato di appalti o di servizi pubblici. Deve pertanto ritenersi superata una relativamente recente pronuncia del Consiglio di Stato (sez. V, 3 febbraio 2005 n. 272) che ha ritenuto legittima la concessione senza gara del servizio pubblico di mensa scolastica ad una società mista a capitale pubblico maggioritario, in una ipotesi in cui la società era stata costituita nel 1999 e l'affidamento senza gara era avvenuto in via diretta nel 2003: la circostanza che si trattava di concessione e non di appalto e che il capitale pubblico fosse maggioritario, non fa venire meno la necessità di un affidamento con procedura di evidenza pubblica.