

Società miste e limiti esterni all'azione: l'equilibrio tra concorrenza e partenariato pubblico-privato nella giurisprudenza del Consiglio di Stato

Di

Riccardo Renzi

Con la sentenza n. 5289 del 17 giugno 2025, la Sezione IV del Consiglio di Stato ribadisce i limiti strutturali e funzionali delle società miste a capitale pubblico-privato costituite mediante gara a doppio oggetto, delineando un confine netto tra queste e le società in house. Oggetto del contendere è la legittimazione di una società mista – S.A.PRO.DI.R. – a partecipare a una gara indetta da un ente pubblico non socio. La pronuncia afferma l'esclusività funzionale del servizio affidato all'esito della gara costitutiva, sottolineando il divieto di estensione delle attività a soggetti terzi. La decisione si inserisce in un quadro giurisprudenziale consolidato che mira a prevenire distorsioni concorrenziali (c.d. *leveling the playing field*) e a ribadire la specialità della deroga all'evidenza pubblica. La nota analizza il contenuto e le implicazioni della sentenza alla luce della normativa vigente (d.lgs. n. 175/2016 e d.lgs. n. 201/2022), della disciplina comunitaria e degli orientamenti dottrinali e giurisprudenziali consolidati in materia di affidamenti pubblici, concorrenza e controllo societario.

La sentenza del Consiglio di Stato n. 5289/2025 rappresenta un nuovo snodo nella progressiva definizione del perimetro operativo delle società miste pubblico-private, soprattutto in relazione alla partecipazione a gare bandite da enti diversi da quelli soci. Il tema, da sempre oggetto di attenzione del legislatore e della giurisprudenza, trova nella pronuncia della IV Sezione una puntualizzazione significativa: la società mista, pur costituendo un importante modello di partenariato pubblico-privato, è strutturalmente vincolata allo svolgimento esclusivo del servizio affidato tramite la procedura costitutiva. L'impostazione confermata dal Consiglio di Stato non appare isolata, ma si inserisce in un indirizzo volto a preservare l'equilibrio tra il principio di concorrenza e la legittima esigenza dell'amministrazione pubblica di ricorrere a modelli alternativi all'appalto, secondo criteri di efficienza e specializzazione.

Il fatto: la controversia tra S.A.PRO.DI.R. e il Comune di Rieti

La controversia trae origine dalla decisione del Comune di Rieti di affidare in house alla società ASM S.p.A. – interamente pubblica – il servizio di igiene urbana per il periodo 2023-2027. A opporsi è la società S.A.PRO.DI.R. S.r.l., soggetto a capitale misto costituito mediante gara a doppio oggetto indetta dalla Provincia di Rieti per la gestione del ciclo dei rifiuti nei Comuni soci. La società lamenta l'illegittimità dell'affidamento diretto, ritenendosi potenziale partecipante a una procedura di evidenza pubblica e quindi portatrice di interesse legittimo a impugnare la scelta del Comune. Tuttavia, sia il TAR Lazio (sent. n. 17846/2023) sia il Consiglio di Stato, in appello, rigettano le doglianze, ritenendo che l'assetto normativo (in particolare l'art. 17 del d.lgs. n. 175/2016) precluda alla società mista ogni partecipazione a gare bandite da enti non soci.

La ratio normativa: l'art. 17 TUSP e il principio di esclusività

L'art. 17 del d.lgs. n. 175/2016 (TUSP) consacra il principio di esclusività dell'oggetto sociale delle società miste, stabilendo che tali soggetti possono essere costituiti solo a seguito di una gara a doppio oggetto e per il conferimento di uno specifico contratto di appalto o concessione. L'attività della società mista, per espressa previsione normativa, deve coincidere esclusivamente con il servizio affidato al momento della sua costituzione. La norma mira a prevenire fenomeni distorsivi del mercato e a garantire una leale concorrenza tra operatori economici. La partecipazione del socio privato alla compagine sociale non può costituire un indebito vantaggio competitivo, traducendosi in una rendita di posizione per l'accesso a ulteriori commesse pubbliche. In questo senso, la società mista si differenzia radicalmente dalla società in house, la quale, pur vincolata al controllo analogo, può operare con maggiore flessibilità anche in favore di altri enti pubblici.

Il controllo pubblico frazionato: una lettura estensiva dell'art. 2359 c.c.

Uno dei nodi centrali della controversia riguarda la qualificazione della S.A.PRO.DI.R. come società a controllo pubblico. La tesi della ricorrente è che, in assenza di una partecipazione di controllo in senso stretto (nessun socio pubblico possiede la maggioranza assoluta), mancherebbe il presupposto per l'applicazione

del TUSP. Il Consiglio di Stato, tuttavia, rigetta tale impostazione, valorizzando il concetto di "controllo pubblico frazionato": ciò che rileva è la possibilità per una pluralità di enti pubblici di esercitare, anche congiuntamente, un'influenza dominante ai sensi dell'art. 2359 c.c., indipendentemente dalla presenza di patti parasociali o clausole statutarie esplicite. Si tratta di una lettura funzionale e sostanzialista del concetto di controllo, coerente con la ratio del TUSP e volta a evitare artificiose elusioni del regime pubblicistico applicabile.

Livellamento del campo da gioco (*leveling the playing field*) e concorrenza

La sentenza si colloca in una prospettiva di tutela della concorrenza, ispirata al principio europeo del *leveling the playing field*, ovvero l'esigenza che imprese pubbliche e private competano secondo regole paritarie. Consentire a una società mista di partecipare a gare presso enti non soci, sfruttando il capitale sociale e le risorse acquisite grazie all'interazione con il pubblico, altererebbe la par condicio e comprometterebbe l'equilibrio del mercato. Il Consiglio di Stato sottolinea che il vincolo di esclusività dell'oggetto sociale non è una mera clausola statutaria, ma un elemento strutturale che configura la natura stessa della società mista come strumento finalizzato, non generalista. Ne deriva un'incompatibilità strutturale con la partecipazione a gare ulteriori, anche se relative a servizi analoghi.

Società miste e società in house: differenze strutturali e operative

Nel delineare il sistema, la sentenza contribuisce a chiarire le differenze strutturali tra le società in house e le società miste:

- **La società in house** è espressione di auto-organizzazione dell'ente pubblico, soggetta al controllo analogo e legittimata a ricevere affidamenti diretti anche da altri enti pubblici partecipanti;
- **La società mista**, invece, implica l'ingresso di un operatore privato selezionato tramite gara, non in qualità di mero appaltatore ma come socio, e può operare unicamente nell'ambito del servizio affidato nella procedura costitutiva.

La scelta di ricorrere al modello della società mista non è irreversibile, ma finché esso è in essere, impone rigidità funzionali in nome della concorrenza.

La decisione del Consiglio di Stato: il vincolo insormontabile dell'oggetto sociale

In conclusione, il Consiglio di Stato conferma la correttezza della sentenza di primo grado: la S.A.PRO.DI.R. non aveva alcun interesse giuridicamente tutelato a impugnare l'affidamento diretto, poiché, in virtù dell'art. 17 TUSP e della sua stessa configurazione statutaria, era giuridicamente impedita a partecipare a una eventuale gara bandita dal Comune di Rieti.

Il vincolo di scopo e di oggetto esclusivo opera come limite strutturale all'operatività della società mista, precludendo ogni attività che ecceda quella espressamente prevista nella procedura costitutiva.

Conclusioni

La sentenza n. 5289/2025 del Consiglio di Stato contribuisce a rafforzare l'impianto sistematico del TUSP, riaffermando l'impossibilità per le società miste di operare oltre i limiti imposti dall'oggetto esclusivo previsto dalla gara a doppio oggetto. Si tratta di un orientamento che, pur restrittivo, è coerente con la finalità di evitare vantaggi concorrenziali indebitamente acquisiti e di garantire un uso selettivo e proporzionato delle deroghe all'evidenza pubblica.

In definitiva, il messaggio è chiaro: la società mista è un istituto speciale, la cui legittimità operativa è vincolata non solo alla correttezza formale della procedura costitutiva, ma anche alla fedeltà funzionale alla missione pubblica per la quale è stata concepita.

15 luglio 2025, per www.italiaiur.it