Raccolta della giurisprudenza

CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE
MACIEJ SZPUNAR
presentate il 24 febbraio 2022 [1]

Causa C-332/20

Roma Multiservizi SpA,
Rekeep SpA
contro
Roma Capitale,
Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato

[domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dal Consiglio di Stato (Italia)]

«Rinvio pregiudiziale – Appalti pubblici – Contratti di concessione – Attribuzione della gestione del servizio scolastico integrato ad una società a capitale misto – Designazione del socio privato sulla base di una procedura di gara d'appalto – Requisito di una partecipazione del socio privato al capitale della società a capitale misto pari almeno al 30% – Partecipazione indiretta dell'amministrazione aggiudicatrice al capitale del socio privato»

I. Introduzione

1. Il presente rinvio pregiudiziale offre alla Corte l'occasione di precisare la sua giurisprudenza relativa al modo in cui il diritto dell'Unione intende il partenariato pubblico-privato istituzionalizzato (PPPI), al quale le amministrazioni aggiudicatrici hanno talvolta fatto ricorso in luogo dell'aggiudicazione di appalti pubblici o di contratti di concessione «tradizionali».

2. Pur se nessuna disposizione vincolante del diritto dell'Unione disciplina espressamente il PPPI [2], quest'ultimo è cionondimeno definito dalla Commissione europea come una forma di cooperazione diretta fra partner pubblici e privati che costituiscono un'entità a capitale misto per l'esecuzione di appalti pubblici o di concessioni [3] ed è oggetto della giurisprudenza della Corte. La Corte ha ritenuto, segnatamente, che il diritto dell'Unione, in linea di principio, non osti al ricorso ad una procedura nel contesto di un PPPI, tramite la quale, da un lato, venga scelto un partner privato e, dall'altro, venga attribuito un appalto o una concessione ad una costituenda entità pubblico-privata [4].

1 Lingua originale: il francese.

2 Sulle diverse forme di partenariato pubblico-privato, segnatamente il PPPI, alla luce del diritto dell'Unione, v. Bovis, Ch., «Chapter 18: Public service partnerships», *Research Handbook on EU Public Procurement Law*, a cura di Bovis, Ch., Edward Elgar, Cheltenham – Northampton, 2016, pag. 554 e segg.

3 V. libro verde relativo ai partenariati pubblico-privati ed al diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni [COM(2004) 327 definitivo, punto 54].

4 V., segnatamente, sentenza del 15 ottobre 2009, Acoset (C-196/08; in prosieguo: la «sentenza Acoset», EU:C:2009:628).

3. L'assenza di disposizioni di diritto dell'Unione che disciplinino il PPPI sembra essere all'origine delle difficoltà sollevate dal presente rinvio pregiudiziale, le quali si riflettono nella struttura e nel contenuto delle presenti conclusioni. Sotto il profilo del diritto dell'Unione, il problema giuridico sollevato nella specie non viene né definito in modo chiaro né contestualizzato in modo preciso.

4. Uno studio dettagliato del presente rinvio pregiudiziale mi ha indotto a concludere che con le questioni poste dal giudice del rinvio si chiede se il modo in cui l'amministrazione aggiudicatrice ha proceduto al calcolo della partecipazione privata nella costituenda entità a capitale misto, per poi escludere un offerente dalla procedura di gara d'appalto, sia compatibile con le direttive 2014/23/UE[5] e/o 2014/24/UE[6].

II. Contesto normativo

A. Diritto dell'Unione

1. Direttiva 2014/23

5. L'articolo 3 della direttiva 2014/23 dispone quanto segue:

«1. Le amministrazioni aggiudicatrici e gli enti aggiudicatori trattano gli operatori economici su un piano di parità e in modo non discriminatorio e agiscono con trasparenza e proporzionalità.

La concezione della procedura di aggiudicazione della concessione, compresa la stima del valore, non è diretta a escludere quest'ultima dall'ambito di applicazione della presente direttiva né a favorire o svantaggiare indebitamente taluni operatori economici o taluni lavori, forniture o servizi.

2. Le amministrazioni aggiudicatrici e gli enti aggiudicatori mirano a garantire la trasparenza della procedura di aggiudicazione e dell'esecuzione del contratto, nel rispetto dell'articolo 28».

6. L'articolo 30, paragrafi 1 e 2, di tale direttiva così prevede:

«1. L'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore sono liberi di organizzare la procedura per la scelta del concessionario fatto salvo il rispetto della presente direttiva.

2. La concezione della procedura di aggiudicazione della concessione deve rispettare i principi enunciati nell'articolo 3. In particolare, nel corso della procedura di aggiudicazione della concessione, l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore non fornisce in maniera discriminatoria informazioni che possano avvantaggiare determinati candidati o offerenti rispetto ad altri».

[5] Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014 sull'aggiudicazione dei contratti di concessione (GU 2014, L 94, pag. 1).

[6] Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014 sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE (GU 2014, L 94, pag. 65).

7. L'articolo 38, paragrafo 1, di detta direttiva stabilisce quanto segue:

«Le amministrazioni aggiudicatrici e gli enti aggiudicatori verificano le condizioni di partecipazione relative alle capacità tecniche e professionali e alla capacità finanziaria ed economica dei candidati o degli offerenti, sulla base di autocertificazioni, referenza o referenze che devono essere presentate come prova ai sensi dei requisiti specificati nel bando di concessione i quali sono non discriminatori e proporzionati all'oggetto della concessione. Le condizioni di partecipazione sono correlate e proporzionali alla necessità di garantire la capacità del concessionario di eseguire la concessione, tenendo conto dell'oggetto della concessione e dell'obiettivo di assicurare la concorrenza effettiva».

2. Direttiva 2014/24

8. L'articolo 18, paragrafo 1, della direttiva 2014/24 così dispone:

«Le amministrazioni aggiudicatrici trattano gli operatori economici su un piano di parità e in modo non discriminatorio e agiscono in maniera trasparente e proporzionata.

La concezione della procedura di appalto non ha l'intento di escludere quest'ultimo dall'ambito di applicazione della presente direttiva né di limitare artificialmente la concorrenza. Si ritiene che la concorrenza sia limitata artificialmente laddove la concezione della procedura d'appalto sia effettuata con l'intento di favorire o svantaggiare indebitamente taluni operatori economici».

9. L'articolo 58, paragrafo 1, di tale direttiva così recita:

«I criteri di selezione possono riguardare:

a) abilitazione all'esercizio dell'attività professionale;

b) capacità economica e finanziaria;

c) capacità tecniche e professionali.

Le amministrazioni aggiudicatrici possono imporre agli operatori economici, come requisiti di partecipazione, unicamente i criteri di cui ai paragrafi 2, 3 e 4. Le amministrazioni aggiudicatrici limitano i requisiti a quelli adeguati per assicurare che un candidato o un offerente abbia la capacità giuridica e finanziaria e le competenze tecniche e professionali necessarie per eseguire l'appalto da aggiudicare. Tutti i requisiti sono attinenti e proporzionati all'oggetto dell'appalto».

B. Diritto italiano

10. Nel diritto italiano, la normativa in materia di società a partecipazione mista è dettata dal decreto legislativo del 19 agosto 2016, n. 175 – Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica[7], nella sua versione applicabile alle controversie di cui al procedimento principale (in prosieguo: il «decreto legislativo n. 175»).

[7] GURI n. 210, dell'8 settembre 2016, pag. 1.

11. L'obiettivo del decreto legislativo n. 175 consiste, ai sensi del suo articolo 1, nel garantire un'efficiente gestione delle partecipazioni pubbliche, nel tutelare e promuovere la concorrenza e il mercato, nonché nel razionalizzare e nel ridurre la spesa pubblica. Tale decreto prevede che la pubblica amministrazione possa scegliere per la gestione delle attività interessate, di cui al suo articolo 4, tra la gestione in house mediante società totalmente partecipata e la costituzione di una società mista, dettando una disciplina analitica per questa seconda alternativa per renderla compatibile con il diritto dell'Unione.

12. Per quanto riguarda questa seconda alternativa, l'articolo 17, paragrafo 1, del decreto legislativo n. 175 precisa quanto segue:

«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 [8] 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».

III. Fatti

13. Nel corso del 2018, il Comune di Roma (in prosieguo: «Roma Capitale») ha indetto una gara d'appalto a doppio oggetto, consistente, da un lato, nel selezionare un socio privato per costituire con il medesimo una società a capitale misto pubblico-privata (in prosieguo: la «costituenda società mista») e, dall'altro, nell'affidare a tale società il servizio scolastico integrato, per un importo valutato ad EUR 277 479 616,21, rientrante nella competenza di Roma Capitale. Stando agli atti di gara, Roma Capitale doveva detenere il 51% delle quote sociali di detta società, mentre il restante 49% doveva essere acquisito dal socio privato, il quale era chiamato a sopportare l'intero rischio operativo.

14. Veniva depositata un'offerta dal gruppo composto dalle società Roma Multiservizi SpA e Rekeep SpA.

15. Con decisione n. 435 del 1º marzo 2019 (in prosieguo: la «decisione di esclusione»), tale gruppo è stato escluso dalla procedura in corso, in considerazione del fatto che la Roma Multiservizi era detenuta al 51% dalla società AMA SpA, il cui capitale era interamente detenuto da Roma Capitale, e che l'accettazione dell'offerta di detto gruppo avrebbe comportato che Roma Capitale detenesse, di fatto, una partecipazione effettiva del 73,5% nella costituenda società mista [9], superiore pertanto al limite del 51% fissato negli atti di gara.

8 Decreto legislativo n. 50 – Attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture del 18 aprile 2016 (supplemento ordinario alla GURI n. 91, del 19 aprile 2016).

9 Infatti, una partecipazione effettiva del 51% risultava già dalla documentazione di gara. Secondo tale documentazione, Roma Capitale doveva detenere il 51% delle quote sociali della costituenda società mista. Per quanto riguarda il resto (73,5% – 51% = 22,5%), una partecipazione effettiva del 22,5% in tale società sarebbe dovuta risultare dal fatto che la partecipazione della Roma Multiservizi nel gruppo costituito con la Rekeep era pari a circa il 90%. Di conseguenza, la detenzione del 51% del capitale della Roma Multiservizi da parte della AMA – il cui capitale è detenuto interamente da Roma Capitale – si tradurrebbe in una partecipazione effettiva del 22,5% di Roma Capitale nella costituenda società mista (22,5% = 49% × 90% × 51%). Infatti, nelle loro osservazioni scritte, la Rekeep e il Consorzio Nazionale Servizi Società Cooperativa (CNS) indicano che era previsto, da un lato, che tale gruppo fosse detenuto al 10% dalla Rekeep, in qualità di mandante, e al 90% dalla Roma Multiservizi, in qualità di capogruppo mandataria, e, dall'altro, che tali società sottoscrivessero il capitale della costituenda società mista con Roma Capitale in misura proporzionale alla loro quota in tale gruppo.

16. La Rekeep e la Roma Multiservizi hanno impugnato tale decisione dinanzi al Tribunale amministrativo regionale per il Lazio (Italia), il quale ha respinto i loro ricorsi con due sentenze emesse il 18 giugno 2019.

17. La Rekeep e la Roma Multiservizi hanno interposto appello avverso queste due sentenze dinanzi al giudice del rinvio.

18. Dalle osservazioni di tali parti emerge che, nella pendenza dell'esame dei loro appelli, Roma Capitale ha affidato l'esecuzione del servizio in questione, al termine di una procedura negoziata, al CNS.

IV. Procedimento dinanzi alla Corte e questioni pregiudiziali

19. È in tali circostanze che il Consiglio di Stato (Italia), con decisione del 13 febbraio 2020, pervenuta alla Corte il 22 luglio 2020, ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla valutazione della Corte le seguenti questioni:

«1) Se sia conforme al diritto [dell'Unione] ed alla corretta interpretazione dei considerando 14 e 32, nonché degli articoli 12 e 18 della direttiva 24/2014/UE e 30 della direttiva 23/2014/UE, anche con riferimento all'articolo 107 TFUE, che, ai fini della individuazione del limite minimo del 30% della partecipazione del socio privato ad una costituenda società mista pubblico-privata, limite ritenuto adeguato dal legislatore nazionale in attuazione dei principi [del diritto dell'Unione] fissati in materia dalla giurisprudenza [dell'Unione], debba tenersi conto esclusivamente della composizione formale/cartolare del predetto socio ovvero se l'amministrazione che indice la gara possa – o anzi debba – tener conto della sua partecipazione indiretta nel socio privato concorrente.

2) In caso di soluzione positiva del precedente quesito se sia coerente e conforme con i principi [del diritto dell'Unione], ed in particolare con il principio di concorrenza, proporzionalità e adeguatezza, che l'amministrazione che indice la gara possa escludere dalla gara il socio privato concorrente, la cui effettiva partecipazione alla costituenda società mista pubblico privata, per effetto della accertata partecipazione pubblica diretta o indiretta, sia di fatto inferiore al 30%».

20. Hanno depositato osservazioni scritte le parti nel procedimento principale e il CNS, nonché la Commissione. Non è stata tenuta un'udienza.

V. Analisi

A. Sull'oggetto delle questioni pregiudiziali

21. Dalla lettura della domanda di pronuncia pregiudiziale emerge che, alla luce delle circostanze del procedimento principale, il giudice del rinvio prende in considerazione due requisiti per quanto riguarda la partecipazione pubblica e la partecipazione privata nella costituenda società mista.

22. Il primo requisito riguarda il limite minimo di partecipazione del 30% del socio privato ad una costituenda entità a capitale misto, in conformità all'articolo 17, paragrafo 1, del decreto legislativo n. 175. Tale limite minimo di partecipazione privata corrisponde logicamente ad un limite massimo di partecipazione pubblica del 70%.

23. Il secondo requisito è quello fissato, nella specie, dall'amministrazione aggiudicatrice stessa nella gara d'appalto, ossia la partecipazione del 49% per il socio privato e del 51% per l'amministrazione aggiudicatrice.

24. Le due questioni pregiudiziali, come formulate dal giudice del rinvio, fanno unicamente riferimento al limite minimo di partecipazione del 30% richiesto al socio privato per entrare nel capitale di una società mista. Occorre osservare, in tale contesto, che il giudice del rinvio non interpella la Corte sulla validità, sotto il profilo del diritto dell'Unione, di tale limite. La formulazione di tali questioni fa pensare che, con esse, il giudice del rinvio chieda se il diritto dell'Unione osti a che, al fine di determinare un siffatto limite minimo di partecipazione del 30%, si tenga conto della partecipazione indiretta dell'amministrazione aggiudicatrice al capitale sociale di tale socio privato.

25. Tuttavia, la motivazione della domanda di pronuncia pregiudiziale non è altrettanto univoca per quanto riguarda l'oggetto delle questioni pregiudiziali.

26. Infatti, da un lato, in linea con la formulazione delle questioni pregiudiziali, il giudice del rinvio indica che, ai fini della soluzione della controversia principale, «occorre stabilire se, ai fini del rispetto della giusta soglia di partecipazione alla costituenda società mista (…) (non più del 70% per quanto riguarda la partecipazione pubblica, non meno del30% per la partecipazione del socio privato) debba farsi riferimento alla sola natura giuridica del socio privato oppure, qualora esso sia partecipato da capitale pubblico, se debba tenersi conto anche di quest'ultima».

27. Dall'altro, il giudice del rinvio indica parimenti che nella controversia principale non è stata contestata la legittimità dei limiti della partecipazione pubblica (51%) e della partecipazione privata (49%). Di conseguenza, esso considera che «[tale] controversia concerne (…) la legittimità della decisione dell'amministrazione giudicatrice che, ai fini del rispetto del limite del 51% della sua partecipazione alla costituenda [nuova società], ha ritenuto di dover tener conto della propria partecipazione [indiretta in tale società]».

28. Alla luce dell'ambiguità dell'oggetto delle questioni pregiudiziali, occorre osservare, in primo luogo, che il giudice del rinvio indica che la lex specialis della gara, la cui previsione è «effettiva» nel procedimento principale, fissa in maniera precisa la partecipazione pubblica e privata, rispettivamente al 51% e al 49% [10]. Mi sembra dunque che, nell'ambito della controversia di cui al procedimento principale, vertente sulla decisione di esclusione, il giudice del rinvio si interroghi principalmente in merito ai requisiti della partecipazione pubblica e privata fissati negli atti di gara.

29. In secondo luogo, interpellate sulla questione di stabilire se la decisione di esclusione sia stata formalmente giustificata da una violazione dell'articolo 17, paragrafo 1, del decreto legislativo n. 175 o dall'inosservanza del requisito di ripartizione del capitale fissato negli atti di gara, la maggioranza delle parti ha privilegiato questa seconda ipotesi.

[10] Analogamente, stando alle informazioni contenute nella domanda di pronuncia pregiudiziale, la Roma Multiservizi e la Rekeep hanno contestato la decisione di esclusione facendo riferimento, segnatamente, alla violazione, all'applicazione erronea e all'inammissibile interpretazione finalistica di ciò che le parti hanno considerato una lex specialis.

30. La Roma Multiservizi ha risposto in maniera categorica, indicando che la decisione di esclusione invoca la presunta inosservanza della ripartizione del capitale sociale indicata negli atti di gara.

31. Roma Capitale ha indicato, in un primo tempo, che l'offerta del gruppo di cui alla decisione di esclusione presenta due irregolarità relative ai due requisiti concernenti la partecipazione pubblica e privata. In un secondo tempo, tuttavia, essa ha riprodotto i motivi dell'esclusione di tale gruppo, da cui emerge che tale esclusione si basa sulla considerazione secondo la quale «la quota di capitale di rischio nella costituenda [società] mista riconducibile ad investimenti privati sarebbe inferiore al 49% in palese violazione delle condizioni definite nella documentazione di gara e negli atti approvati dall'Assemblea Capitolina».

32. In linea con la risposta di Roma Capitale, la Rekeep ha indicato che la motivazione della decisione di esclusione fa unicamente riferimento al mancato rispetto delle quote sociali previste dagli atti di gara, aggiungendo che il decreto legislativo n. 175 viene menzionato nelle considerazioni preliminari di tale decisione.

33. La risposta della Commissione sembra andare implicitamente nello stesso senso. Tale istituzione ritiene evidente che la fissazione della partecipazione privata al 49% – e l'esclusione che ne consegue – sia fondata esclusivamente sul limite stabilito all'articolo 17 del decreto legislativo n. 175. Ne desumo che, per la Commissione, l'esclusione *discende* direttamente dall'inosservanza del requisito relativo alla partecipazione privata fissata negli atti di gara al 49%.

34. Solo il CNS ritiene che la decisione di esclusione sia fondata sia sulla violazione dell'articolo 17, paragrafo 1, del decreto legislativo n. 175, sia sull'inosservanza del requisito di ripartizione del capitale fissato negli atti di gara. Tuttavia, i passaggi di tale decisione riprodotti dal CNS vertono unicamente sui requisiti di partecipazione pubblica e privata stabiliti nel bando di gara.

35. Alla luce di tali precisazioni, si deve ritenere che, con la sua prima questione pregiudiziale, il giudice del rinvio chieda se il diritto dell'Unione osti a che, al fine di determinare la quota di partecipazione privata nella costituenda società mista, si tenga conto della partecipazione indiretta dell'amministrazione aggiudicatrice al capitale sociale di un socio privato offerente.

36. Pertanto, la seconda questione pregiudiziale deve essere intesa nel senso che il giudice del rinvio chiede se il diritto dell'Unione osti a che un'amministrazione aggiudicatrice escluda dalla gara d'appalto un socio privato offerente la cui partecipazione effettiva nella costituenda società a capitale misto non rispetti il requisito relativo al limite minimo di partecipazione privata fissato negli atti di gara.

37. Occorre svolgere alcune osservazioni supplementari in relazione alle questioni pregiudiziali così riformulate.

38. Anzitutto, la formulazione iniziale della prima questione implica che il giudice del rinvio chiede se il diritto dell'Unione osti a che un'amministrazione aggiudicatrice tenga conto non di una qualsivoglia partecipazione pubblica al capitale del socio privato offerente, bensì unicamente della «sua partecipazione» al capitale di quest'ultimo («l'amministrazione che indice la gara possa – o anzi debba – tener conto della sua partecipazione indiretta nel socio privato»). Diversi passaggi della domanda di pronuncia pregiudiziale corroborano una siffatta lettura non solo dei

requisiti della partecipazione pubblica e privata fissati nel bando di gara [11], ma anche, fatto ancor più rilevante nel contesto del procedimento principale, della decisione di esclusione [12].

39. Risulta poi dalla formulazione della prima questione pregiudiziale che il giudice del rinvio prende in considerazione la facoltà, o anzi l'obbligo («possa – o anzi debba») di tenere conto di una siffatta partecipazione indiretta. Orbene, è pacifico che, nel procedimento principale, l'amministrazione aggiudicatrice ha preso in considerazione la sua partecipazione indiretta. Per controllare la decisione di esclusione, è sufficiente stabilire se il diritto dell'Unione osti ad una siffatta considerazione.

40. Inoltre, il giudice del rinvio indica che la seconda questione pregiudiziale si pone in caso di risposta affermativa alla prima questione. Orbene, nella sua formulazione iniziale, la prima questione contiene due alternative («[se le disposizioni del diritto dell'Unione ostino a che] (...) debba tenersi conto esclusivamente della [partecipazione diretta] ovvero se l'amministrazione [aggiudicatrice] possa – o anzi debba – tener conto della [partecipazione indiretta] nel socio privato concorrente»). In ogni caso, si deve ritenere che la seconda questione si ponga nel caso in cui si risponda alla prima questione nel senso che il diritto dell'Unione non osta alla considerazione della partecipazione indiretta dell'amministrazione aggiudicatrice al capitale sociale del socio privato offerente.

41. Infine, per poter rispondere utilmente al giudice del rinvio, occorre individuare il regime applicabile nel procedimento principale, nonché le disposizioni dello stesso la cui interpretazione sia necessaria ai fini della soluzione della controversia pendente dinanzi al medesimo. Infatti, non sembra che tutte le disposizioni menzionate dal giudice del rinvio nel suo rinvio pregiudiziale siano pertinenti. Per questo motivo, talune parti rimettono in discussione la ricevibilità delle questioni pregiudiziali.

B. Sulla ricevibilità delle questioni pregiudiziali e sul regime applicabile

42. Il giudice del rinvio menziona, nella sua prima questione, diverse disposizioni del diritto dell'Unione, senza precisare espressamente le ragioni che l'hanno indotto ad interrogarsi sulla loro interpretazione. Quanto alla seconda questione, esso si limita a menzionarvi i principi del diritto, segnatamente i principi di concorrenza, di proporzionalità e di adeguatezza, senza richiamare alcuna disposizione di tale diritto.

43. A tal riguardo, la Commissione ritiene che la prima questione pregiudiziale sia irricevibile nei limiti in cui riguarda l'articolo 107 TFUE, mentre il CNS mette in discussione la ricevibilità della domanda di pronuncia pregiudiziale nella sua interezza [13]. Esaminerò tali eccezioni di irricevibilità nell'ambito del mio studio della domanda di pronuncia pregiudiziale, effettuato al fine di individuare le disposizioni del diritto dell'Unione rilevanti per la presente causa.

[11] Il giudice del rinvio indica segnatamente che l'amministrazione aggiudicatrice ha «fissa[to] al 51% la partecipazione di Roma Capitale ed al 49% quella del socio privato» e che tale amministrazione aggiudicatrice ha indetto una gara d'appalto «fissando al 51% la partecipazione di Roma Capitale».

[12] Il giudice del rinvio indica segnatamente che «Roma Capitale (...) avrebbe finito per possedere nella costituenda società pubblico-privata una partecipazione effettiva pari al 73,5%, superiore pertanto al limite del 51% fissato negli atti di gara» e che sarebbe «stato (…) superato il limite del 51% (…) di partecipazione di Roma Capitale alla costituenda nuova società mista».

[13] Secondo il CNS, il giudice del rinvio si limita a richiedere una verifica di compatibilità del diritto nazionale con principi del tutto generali di diritto dell'Unione, senza individuare in concreto rispetto a quali specifiche previsioni occorra vagliare tale compatibilità. Secondo il CNS, l'assenza di rilevanza della questione pregiudiziale, inoltre, é dimostrata dal fatto che non esistono nel diritto dell'Unione specifiche previsioni relative alle forme di partenariato pubblico-privato.

1. Direttive 2014/23 e 2014/24

44. La prima questione pregiudiziale, come formulata dal giudice del rinvio, fa riferimento tanto alla direttiva 2014/23 quanto alla direttiva 2014/24. Tali direttive istituiscono, rispettivamente, le norme applicabili alle procedure concernenti l'aggiudicazione dei contratti di concessione e quelle concernenti gli appalti pubblici.

45. Al fine di individuare la direttiva applicabile nella specie, è necessario esaminare l'oggetto della gara d'appalto, nonché il contratto che l'amministrazione aggiudicatrice tentava di concludere dopo aver indetto tale gara.

46. La gara d'appalto di cui al procedimento principale ha due oggetti, cosicché si può ritenere che il contratto da concludere constasse di due parti, la prima relativa alla scelta di un socio privato all'interno della costituenda società mista, la seconda relativa all'attribuzione a tale società del servizio scolastico integrato.

47. Si pone la questione di stabilire se la prima parte sia idonea ad incidere sull'applicabilità della direttiva 2014/23 o della direttiva 2014/24 per quanto riguarda le due componenti del contratto di cui al procedimento principale. La giurisprudenza contiene riferimenti utili per rispondere a tale questione.

a) Sulla giurisprudenza rilevante

48. Nella causa sfociata nella sentenza Club Hotel Loutraki e a.[14], la Corte si è trovata ad affrontare una questione analoga. Il rinvio pregiudiziale verteva su un contratto costituito da tre convenzioni: una convenzione avente ad oggetto la cessione di una quota del 49% delle azioni di una pubblica impresa in vista della sua privatizzazione; una convenzione a tenore della quale il cessionario assumeva la gestione dell'impresa di casinò dietro remunerazione, e una convenzione in forza della quale tale cessionario si impegnava ad attuare un piano di ristrutturazione dei locali del casinò.

49. Per risolvere tale questione, la Corte, dopo aver confermato che il giudice del rinvio aveva correttamente qualificato il contratto come «contratto misto»[15], ha verificato se il contratto in questione costituisse un tutto indivisibile e se rientrasse nel suo insieme, in ragione del suo oggetto principale, nell'ambito di applicazione di una delle direttive di cui trattasi[16]. Nell'effettuare tale verifica, la Corte ha fatto riferimento alla giurisprudenza secondo la quale, «nel caso di un contratto misto le cui differenti parti (…) sono inseparabilmente connesse e formano così un tutto indivisibile, l'operazione di cui trattasi dev'essere esaminata nel suo insieme in modo unitario ai fini della sua qualificazione giuridica e dev'essere valutata sulla base delle regole che disciplinano la parte che costituisce l'oggetto principale o l'elemento preponderante del contratto»[17].

50. In relazione a tale giurisprudenza, la Corte ha rilevato, in un primo momento, che si era in presenza di un contratto misto che costituiva un tutto indivisibile, nella misura in cui era necessario stipulare tale contratto con un partner unico che disponesse allo stesso tempo della

14 Sentenza del 6 maggio 2010 (C-145/08 e C-149/08; in prosieguo: la «sentenza Club Hotel Loutraki e a.», EU:C:2010:247).

15 Sentenza Club Hotel Loutraki e a. (punto 46).

16 Sentenza Club Hotel Loutraki e a. (punto 50).

17 Sentenza Club Hotel Loutraki e a. (punto 48 e la giurisprudenza ivi citata).

necessaria capacità finanziaria per acquistare le azioni di cui trattasi e dell'esperienza professionale in materia di gestione di un casinò. In un secondo momento, la Corte ha considerato che la cessione del 49% delle azioni di una pubblica impresa costituisse l'oggetto principale del contratto in questione [18]. Tale considerazione risultava dal fatto che la cessione delle azioni costituiva, in effetti, un'operazione di privatizzazione e produceva effetti senza limiti nel tempo, consentendo al cessionario di trarre, in quanto azionista, un reddito nettamente più rilevante della remunerazione che gli era dovuta a titolo di prestatore di servizi [19].

51. Nella sentenza Mehiläinen e Terveystalo Healthcare [20] la Corte ha esaminato, sulla base della stessa giurisprudenza [21], una normativa contrattuale nell'ambito della quale un'amministrazione aggiudicatrice concludeva, con un ente privato da essa autonomo, un contratto che prevedeva la creazione di un'impresa comune, avente la forma di società per azioni, da cui, all'atto della sua istituzione, la suddetta amministrazione aggiudicatrice si impegnava ad acquistare, per un periodo transitorio di quattro anni, i servizi sanitari e di preservazione del benessere nel luogo di lavoro di cui era obbligata a far beneficiare i suoi dipendenti.

52. Nella sentenza Healthcare, come nella sentenza Club Hotel Loutraki e a., la Corte ha affermato che la normativa contrattuale in questione costituiva un contratto misto. Tuttavia, la Corte ha ritenuto che le parti di tale normativa non fossero inseparabili, poiché non sussisteva la necessità oggettiva di concludere il contratto misto con un partner unico. In particolare, per la Corte, il carattere scindibile della parte relativa ai servizi dal resto del contratto misto era corroborato dal fatto, da un lato, che l'amministrazione aggiudicatrice aveva formulato la sua intenzione di indire, al termine del periodo transitorio, un procedimento di gara d'appalto per l'acquisto di siffatti servizi, e, dall'altro, che un'impresa comune era stata effettivamente creata e aveva funzionato senza la parte relativa ai servizi [22].

53. Nella sentenza Acoset, la Corte, interpellata sull'attribuzione diretta di un servizio pubblico locale consistente nella gestione del servizio idrico integrato ad una società a capitale misto, non ha neanche sollevato la questione se il contratto in questione costituisse un contratto misto le cui diverse parti erano connesse in maniera inseparabile e formavano pertanto un tutto indivisibile. Al fine di stabilire se tale attribuzione rientrava nell'ambito di applicazione di una delle direttive di cui trattasi, la Corte si è focalizzata sul servizio pubblico locale consistente nella gestione del servizio idrico integrato, nonché sui lavori collegati alla gestione di tale servizio.

54. Tuttavia, non si può interpretare la sentenza Acoset nel senso che, nel caso di un contratto composto da diverse parti, una delle quali verte sulla costituzione di una società a capitale misto, occorre ignorare tale parte ed esaminare unicamente le altre parti. Una simile lettura sarebbe contraria alla giurisprudenza posteriore a tale sentenza, citata ai paragrafi precedenti delle presenti conclusioni.

55. La sentenza Acoset deve pertanto essere intesa nel senso che la Corte ha implicitamente ritenuto, in primo luogo, che si trattasse di un contratto misto le cui parti formavano un tutto indivisibile e, in secondo luogo, che la parte relativa al servizio pubblico locale ne costituisse l'oggetto principale.

[18] Sentenza Club Hotel Loutraki e a. (punto 57).

[19] Sentenza Club Hotel Loutraki e a. (punti 55 e 57).

[20] Sentenza del 22 dicembre 2010 (C-215/09; in prosieguo: la «sentenza Healthcare», EU:C:2010:807).

[21] Sentenza Healthcare (punto 36).

[22] Sentenza Healthcare (punti 43 e 44).

56. Ne consegue che il contratto concluso nell'ambito di una procedura indetta da un'amministrazione aggiudicatrice vertente sulla scelta di un socio privato per una società a capitale misto e sull'attribuzione di un appalto o di una concessione a tale società costituisce un contratto misto composto da due parti [23]. Inoltre, per quanto riguarda un siffatto contratto misto, in un primo momento occorre stabilire se le diverse parti del contratto siano collegate in maniera inscindibile (inseparabile) e formino un tutto indivisibile; in secondo momento, individuare l'oggetto principale o l'elemento preponderante di tale contratto e, in un terzo momento, stabilire il regime applicabile a detto contratto con riferimento a siffatto oggetto principale o siffatto elemento preponderante [24].

b) Applicazione

1) Contratto misto: parti inscindibili?

57. A mio avviso, le due parti del contratto di cui al procedimento principale sono, come nelle cause sfociate nelle sentenze Club Hotel Loutraki e a. e Acoset, inscindibili.

58. Infatti, al fine di assicurare la prestazione del servizio scolastico integrato da parte di una società a capitale misto composta dall'amministrazione aggiudicatrice e da un partner privato, è obiettivamente necessario selezionare un partner che disponga della necessaria capacità finanziaria per acquistare il 49% del capitale della costituenda società mista e che soddisfi altre condizioni che le consentano di assumere, sotto forma di società a capitale misto, il servizio scolastico integrato sopportando l'intero rischio operativo. Le due parti del contratto devono pertanto riguardare lo stesso partner, anche se, tecnicamente, la prima parte verte sulla scelta di un socio privato e la seconda sull'attribuzione del servizio scolastico integrato ad una società a capitale misto della quale tale socio detenga il 49% delle azioni [25].

[23] Talune parti sembrano mettere in discussione la qualificazione come «contratto misto» di un contratto, una delle cui parti sia relativa alla scelta di un socio privato per una costituenda entità a capitale misto. Orbene, mentre la Corte non ha utilizzato la nozione di «contratto misto» nella sentenza Acoset, la stessa lo ha fatto nelle sue sentenze Club Hotel Loutraki e a. e Healthcare. Inoltre, anche supponendo che la direttiva 2014/24 si applichi nella specie e che il contratto di cui al procedimento principale non rientri nella nozione di «contratto misto», ai sensi dell'articolo 3 di tale direttiva, nella misura in cui la scelta di un socio privato per la costituzione di una società mista non riguarda un appalto (v. nota 24), tale contratto può tuttavia rientrare nella più ampia categoria dei contratti misti che la Corte sembra aver preso in considerazione nelle sentenze Club Hotel Loutraki e a. e Healthcare.

[24] Indipendentemente dalla soluzione elaborata dalla Corte nella sua giurisprudenza, ammesso che la direttiva 2014/24 sia applicabile nel procedimento principale, si potrebbe a priori pervenire allo stesso risultato sul fondamento dell'articolo 3, paragrafo 6, di tale direttiva, ai sensi del quale, «[s]e le diverse parti di un determinato contratto sono oggettivamente non separabili, il regime giuridico applicabile è determinato in base all'oggetto principale del contratto in questione». In conformità a detta direttiva, i contratti hanno ad oggetto l'esecuzione di lavori, la fornitura di prodotti o la prestazione di servizi. Si pone pertanto la questione di stabilire se la scelta di un socio privato e la costituzione di una società mista rientrino nella nozione di «contratto» ai sensi della stessa direttiva. La dottrina sembra ritenere che sia così (v., in tal senso, nei limiti in cui l'autrice fa riferimento all'articolo 3, paragrafo 4, della direttiva 2014/24, Andrecka, M., «Institutionalised Public-Private Partnership as a Mixed Contract under the Regime of the New Directive 2014/24/EU», *European Procurement & Public Private Partnership Law Review*, vol. 9, n. 3, 2014, pag. 176). Inoltre, alla luce dei dubbi esistenti quanto al regime applicabile nella specie, occorre rilevare la differenza fra la formulazione utilizzata dalla direttiva 2014/24, il cui articolo 3, paragrafo 6, prevede che «[s]e le diverse parti di un determinato contratto sono oggettivamente non separabili, il regime giuridico applicabile è determinato in base all'oggetto principale del contratto [misto] in questione», e quella utilizzata dalla direttiva 2014/23, il cui articolo 20, paragrafo 5, prevede che «[s]e le diverse *parti di un determinato contratto* sono oggettivamente non separabili, il regime giuridico applicabile è determinato in base all'oggetto principale del contratto in questione» (il corsivo è mio), fermo restando che quest'ultima formulazione mi sembra essere più flessibile, quantomeno in alcune versioni linguistiche di tali direttive, in particolare nella versione in lingua francese.

[25] V., per analogia, punto 53 della sentenza Club Hotel Loutraki e a., letto alla luce del punto 28 della stessa, secondo il quale il contratto misto in questione comprendeva «un capitolo vertente sulla vendita di azioni da parte [della società Ellinika Touristika Akinita AE] al migliore offerente, [e] un capitolo vertente su un appalto di servizi da concludere con l'offerente meglio rispondente ai requisiti richiesti, il quale assume gli obblighi di gestione dell'impresa di casinò», mentre, come risulta dal punto 25 di tale sentenza, la società che l'offerente doveva costituire (e non l'offerente stesso) operava in quanto gestore e concludeva perlomeno una convenzione. V. parimenti, su tale punto, sentenza Acoset (punti 54 e 61).

59. A ciò si aggiunge il fatto che, a differenza della causa sfociata nella sentenza Healthcare [26], nella quale le circostanze connesse alla parte relativa ai servizi erano estremamente particolari, nulla consente di ritenere che, nella presente causa, la parte relativa alla costituzione di una società a capitale misto sia scindibile da quella relativa al servizio scolastico integrato. In assenza di quest'ultima parte, la costituenda società mista sarebbe oggettivamente privata della sua ragion d'essere economica. Nel diritto italiano, ai sensi dell'articolo 17, paragrafo 1, del decreto legislativo n. 175, il contratto di appalto o di concessione costituisce l'oggetto esclusivo dell'attività della società mista.

60. Occorre stabilire, adesso, se la parte che costituisce l'oggetto principale del contratto di cui al procedimento principale sia quella relativa alla costituzione di una società a capitale misto o quella relativa al servizio scolastico integrato.

2) Oggetto principale del contratto

61. Ritengo che la parte relativa al servizio scolastico integrato costituisca l'oggetto principale del contratto misto di cui al procedimento principale.

62. La costituenda società mista era unicamente uno strumento che consentiva di assicurare che il servizio scolastico integrato fosse fornito da un PPPI e non costituiva affatto la finalità della gara d'appalto. A differenza della causa sfociata nella sentenza Club Hotel Loutraki e a., il caso di specie verte non su un acquisto di azioni di una pubblica impresa preesistente in vista della sua privatizzazione, bensì sulla costituzione di una società mista al fine di eseguire un servizio scolastico integrato.

63. Inoltre, in tale causa, la detenzione delle azioni della pubblica impresa preesistente costituiva di per sé una fonte di redditi considerevole. Nulla consente di ritenere che ciò avvenga nella presente causa. Non si può dunque trarre ispirazione dalla sentenza Club Hotel Loutraki e a. per concludere che, nella specie, la costituzione della società mista è l'oggetto principale del contratto di cui al procedimento principale.

64. Di conseguenza, la questione di stabilire quale sia la direttiva applicabile nell'ambito del procedimento principale deve essere esaminata con riferimento alla parte relativa al servizio scolastico integrato.

3) Appalti pubblici di servizi o concessioni di servizi?

65. La domanda di pronuncia pregiudiziale ha un carattere lacunoso per quanto riguarda la parte relativa al servizio scolastico integrato.

[26] V. paragrafo 52 delle presenti conclusioni.

66. È vero che le risposte delle parti ai quesiti scritti della Corte apportano taluni chiarimenti per quanto riguarda la gamma di prestazioni che costituiscono la parte relativa al servizio scolastico integrato [27]. Tuttavia, tali chiarimenti non consentono di qualificare irrefutabilmente tale parte, nell'ambito delle presenti conclusioni, come rientrante nell'«appalto pubblico di servizi» o nella «concessione di servizi».

67. In ogni caso, una siffatta qualificazione concreta rientra nella sola competenza del giudice nazionale [28]. La Corte può, se del caso, apportare precisazioni dirette a guidare tale giudice nazionale in tale esercizio di qualificazione.

68. A tal riguardo, rilevo, in primo luogo, che gli appalti pubblici di servizi, ai sensi della direttiva 2014/24, comportano un corrispettivo versato direttamente dall'amministrazione aggiudicatrice al prestatore di servizi [29]. Per contro, la concessione di servizi, ai sensi della direttiva 2014/23, consiste nell'atto di conferire la prestazione e la gestione di servizi, fermo restando che il corrispettivo consiste o unicamente nel diritto di gestire i servizi di cui trattasi o in tale diritto accompagnato da un prezzo [30]. In tale ottica, la Corte ha ravvisato l'esistenza di una concessione di servizi, in particolare, nei casi in cui la remunerazione del prestatore proveniva da pagamenti effettuati dagli utenti di un servizio [31]. Di conseguenza, la circostanza che, come indicato dal giudice del rinvio, una società a capitale misto di diritto italiano eserciti in realtà un'attività dietro remunerazione e che genera dei profitti (anche se essi sono, secondo tale giudice, modesti) può costituire un indizio quanto al fatto che occorre applicare la direttiva 2014/23.

69. In secondo luogo, se è vero che la modalità di remunerazione è uno degli elementi determinanti per la qualificazione come concessione di servizi, la concessione di servizi implica che il concessionario si assuma il rischio legato alla gestione dei servizi in questione [32]. Il criterio di distinzione relativo al trasferimento di un siffatto rischio è stato codificato nella direttiva 2014/23 [33]. Per descrivere tale criterio, la versione in lingua italiana di tale direttiva impiega la

[27] Dalle osservazioni delle parti e dalle loro risposte ai quesiti scritti della Corte emerge che il servizio scolastico integrato consiste nell'assistenza generale, nella manutenzione, nel facchinaggio e nella pulizia all'interno di asili e scuole, nonché nel trasporto scolastico. La presenza di una prestazione relativa al trasporto scolastico in tale offerta non sembra indurre il giudice del rinvio a prendere in considerazione l'applicazione della direttiva 2014/25/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014, sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali e che abroga la direttiva 2004/17/CE (GU 2014, L 94, pag. 243). In ogni caso, da un lato, tale direttiva prevede parimenti, agli articoli 4 e 6, norme relative agli appalti misti e, dall'altro, nulla consente di ritenere che il trasporto scolastico costituisca l'oggetto principale del contratto di cui al procedimento principale o della sua parte relativa al servizio scolastico integrato.

[28] V., in tal senso, sentenza del 10 novembre 2011, Norma-A e Dekom (C-348/10, EU:C:2011:721, punti 57 e 59).

[29] V. articolo 2, paragrafo 1, punto 5, della direttiva 2014/24. V. parimenti, in tal senso, sentenza Acoset (punto 39 e la giurisprudenza ivi citata).

[30] V. articolo 5, punto 1, lettera b), della direttiva 2014/23.

[31] V. sentenza Acoset (punto 43 e la giurisprudenza ivi citata).

[32] V., in tal senso, sentenza del 10 novembre 2011, Norma-A e Dekom (C-348/10, EU:C:2011:721, punto 44). V. parimenti, in tal senso, le mie conclusioni nelle cause riunite Promoimpresa e a. (C-458/14 e C-67/15, EU:C:2016:122, paragrafi 62 e 63), nelle quali ho ritenuto che una concessione di servizi sia caratterizzata, in particolare, dal fatto che l'autorità affida l'esercizio di un'attività di servizio, normalmente un servizio la cui prestazione incomberebbe a tale autorità (insieme, aggiungo, al rischio che l'accompagna), al concessionario, obbligandolo così a prestare il servizio determinato.

[33] V. articolo 1, paragrafo 1, e considerando 18 della direttiva 2014/23.

nozione di «rischio operativo». La stessa nozione viene utilizzata nella decisione con la quale Roma Capitale ha indetto una gara d'appalto per specificare che l'offerente scelto sarebbe stato chiamato a sopportare l'integralità di un siffatto rischio [34].

70. In terzo luogo, per poter rispondere alle questioni pregiudiziali, la Corte, sulla base degli indizi che le sono forniti, può presupporre che un contratto rientri nell'ambito di applicazione di una delle direttive in questione [35]. Tuttavia, in assenza di indizi che consentano di pronunciarsi sul regime applicabile nella specie, un siffatto approccio non mi sembra concepibile nella presente causa. Soprattutto, al pari della Commissione, ritengo che il fatto di applicare il regime istituito dall'una o dall'altra di tali direttive non debba necessariamente influenzare le risposte da dare alle questioni pregiudiziali sollevate nella presente causa. Infatti, il regime applicabile alla parte relativa al servizio scolastico integrato sarà applicabile alla parte relativa alla scelta di un socio privato soltanto «per estensione». Nei limiti in cui le questioni vertono soltanto su questa seconda parte, si tratterà unicamente, in tale contesto, di applicare i principi generali di detti regimi, i quali sono comuni a queste due parti. Di conseguenza, rispettando al contempo la ripartizione delle competenze fra i giudici nazionali e la Corte, mi riferirò, nelle presenti conclusioni, sia alla direttiva 2014/23 sia alla direttiva 2014/24 [36].

2. Il regime degli appalti pubblici tra enti nell'ambito del settore pubblico

71. Nella prima questione pregiudiziale, il giudice del rinvio menziona l'articolo 12 e i considerando 14 e 32 della direttiva 2014/24 e riproduce, nella domanda di pronuncia pregiudiziale, l'articolo 12, paragrafo 1, primo comma, di tale direttiva. Orbene, tale giudice non precisa affatto le ragioni che lo hanno indotto ad interrogarsi sull'interpretazione di quest'ultima disposizione.

72. A tal riguardo, in primo luogo, il considerando 14 della direttiva 2014/24 si limita ad indicare che la nozione di «operatori economici» dovrebbe essere interpretata in senso ampio, confermando in tal modo che una società a capitale misto è idonea a rientrare in tale nozione. Quanto al resto, tale considerando riprende, in sostanza, la definizione di detta nozione figurante all'articolo 2, paragrafo 1, punto 10, di tale direttiva. La suddetta disposizione non è stata invocata dal giudice del rinvio nella sua questione pregiudiziale.

73. In secondo luogo, l'articolo 12, paragrafo 1, della direttiva 2014/24 prevede che gli appalti pubblici aggiudicati a persone giuridiche controllate da amministrazioni aggiudicatrici non dovrebbero essere sottoposti all'applicazione delle procedure previste da tale direttiva. Detta disposizione disciplina una cooperazione verticale fra gli enti interessati o un'attribuzione in house classica.

[34] È vero che, nel procedimento principale, il rischio avrebbe dovuto essere assunto dal socio privato, scelto nell'ambito della prima parte del contratto misto, mentre il servizio scolastico integrato, che costituiva l'oggetto principale di tale contratto, avrebbe dovuto essere attribuito, nell'ambito della seconda parte di tale contratto, alla costituenda società mista. Alla luce di tale peculiarità, si potrebbe argomentare che, nell'ambito della seconda parte, considerata isolatamente, non si è in presenza di un trasferimento del rischio all'offerente scelto. Tuttavia, nella specie, la procedura di gara d'appalto era in ogni caso intesa a liberare l'amministrazione aggiudicatrice dal rischio connesso all'esecuzione del servizio scolastico integrato. Per questo motivo, non escludo la qualificazione di questa seconda parte come «concessione», nonostante siffatta peculiarità. Sulla problematica della stessa peculiarità, v., parimenti, paragrafo 58 delle presenti conclusioni.

[35] V., per analogia, sentenza Acoset (punto 42).

[36] Per scrupolo di completezza, osservo che le direttive 2014/23 e 2014/24 sono applicabili ratione temporis e che l'importo dell'appalto, stimato a più di 277 milioni di EUR, è superiore alle soglie imposte da tali direttive. V. articolo 8 della direttiva 2014/23 e articolo 4 della direttiva 2014/24.

74. Tuttavia, il giudice del rinvio indica chiaramente che, nel diritto italiano, la costituzione di una società a capitale misto, come quella di cui al procedimento principale, costituisce un'alternativa alla gestione in house [37].

75. Soprattutto, l'applicazione dell'esclusione prevista all'articolo 12, paragrafo 1, della direttiva 2014/24 nel contesto dell'attribuzione dei servizi ad un PPPI mi sembra a priori esclusa. Infatti, come indicato dal considerando 31, terzo comma, di tale direttiva, si dovrebbe garantire che una qualsiasi cooperazione pubblico-pubblico esentata non dia luogo a una distorsione della concorrenza nei confronti di operatori economici privati nella misura in cui pone un fornitore privato di servizi in una situazione privilegiata rispetto ai suoi concorrenti. Inoltre, in linea con la giurisprudenza anteriore alla direttiva 2014/24 [38], il considerando 32 di tale direttiva chiarisce che l'esclusione prevista all'articolo 12, paragrafo 1, della stessa «non dovrebbe estendersi alle situazioni in cui vi sia partecipazione diretta di un operatore economico privato al capitale della persona giuridica controllata poiché, in tali circostanze, l'aggiudicazione di un appalto pubblico senza una procedura competitiva offrirebbe all'operatore economico privato che detiene una partecipazione al capitale della persona giuridica controllata un indebito vantaggio rispetto ai suoi concorrenti».

76. In terzo luogo, ci si può ancora chiedere se il contratto misto di cui al procedimento principale sia escluso dall'ambito di applicazione della direttiva 2014/24 ai sensi dell'articolo 12, paragrafo 4, della stessa. Tale disposizione riguarda i contratti conclusi esclusivamente fra più amministrazioni aggiudicatrici, quando detti contratti stabiliscono o realizzano una cooperazione fra tali amministrazioni aggiudicatrici.

77. Si può teorizzare che Roma Capitale, quale amministrazione aggiudicatrice, abbia voluto stabilire una cooperazione con una costituenda società a capitale misto che doveva anch'essa assicurare il servizio scolastico integrato e il cui 51% delle azioni sarebbero detenute da Roma Capitale. Di conseguenza, tale società costituirebbe un «organism[o] di diritto pubblico», ai sensi dell'articolo 2, paragrafo 1, punto 4, della direttiva 2014/24, e, pertanto, potrebbe costituire un'«amministrazion[e] aggiudicatric[e]» ai sensi dell'articolo 2, paragrafo 1, punto 1, di tale direttiva.

78. Orbene, anche ammesso che le condizioni di applicazione dell'esclusione prevista all'articolo 12, paragrafo 4, della direttiva 2014/24 siano soddisfatte in una simile situazione, la Corte ha dichiarato, nella sentenza Informatikgesellschaft für Software-Entwicklung [39], che tale disposizione implica che una cooperazione tra amministrazioni aggiudicatrici non deve avere, conformemente al principio di parità di trattamento, l'effetto di porre un'impresa privata in una situazione privilegiata rispetto ai suoi concorrenti. Ne risulta, come constatato dall'avvocato generale Campos Sánchez-Bordona nelle sue conclusioni in tale causa [40], che una cooperazione tra amministrazioni aggiudicatrici che ponga un operatore privato in una situazione privilegiata rispetto ai suoi concorrenti sul mercato non può rientrare nell'ambito di applicazione dell'articolo 12, paragrafo 4, della direttiva 2014/24. Alla luce di tali chiarimenti, considerata la partecipazione del capitale privato nella costituenda società mista, ritengo che la cooperazione di cui alla presente causa non possa rientrare nell'esclusione prevista a tale disposizione.

37 V. paragrafo 11 delle presenti conclusioni.

38 V. sentenza del 6 aprile 2006, ANAV (C-410/04, EU:C:2006:237, punti 31 e 32).

39 Sentenza del 28 maggio 2020 (C-796/18, EU:C:2020:395).

40 Conclusioni nella causa Informatikgesellschaft für Software-Entwicklung (C-796/18, EU:C:2020:47, paragrafo 109, punto 3).

79. Di conseguenza, non è necessario interpretare l'articolo 12 della direttiva 2014/24 per poter rispondere alle questioni pregiudiziali.

3. Il regime degli appalti di servizi sociali e di altri servizi specifici

80. L'articolo 74 della direttiva 2014/24 prevede che gli appalti pubblici di servizi sociali e di altri servizi specifici di cui all'allegato XIV della stessa siano aggiudicati in conformità del capo I del titolo III di tale direttiva. Ad eccezione del CNS, tutte le parti hanno indicato, nelle loro risposte ai quesiti scritti della Corte, che quantomeno una delle prestazioni che compongono il servizio scolastico integrato rientra o può rientrare in tale allegato.

81. Spetterà al giudice del rinvio verificare se ciò avviene nel caso di specie. In caso di risposta affermativa, sarebbe sufficiente che la procedura di aggiudicazione rispetti le norme più flessibili previste dalla direttiva 2014/24 per l'aggiudicazione di questo tipo di appalti. Mi limiterò dunque ad aggiungere alcune considerazioni che possono rivelarsi utili per tale giudice.

82. Da un lato, è vero che il capo I del titolo III della direttiva 2014/24 instaura particolari regimi di appalto di servizi sociali e di altri servizi specifici. Simili appalti si sottraggono dunque alle norme del regime standard. Tuttavia, l'articolo 76, paragrafo 1, di tale direttiva prevede che gli Stati membri introducano norme a livello nazionale per l'aggiudicazione degli appalti ai sensi delle disposizioni di tale capo, al fine di garantire il pieno rispetto dei principi di trasparenza e di parità di trattamento degli operatori economici da parte delle amministrazioni aggiudicatrici. A priori, si tratta pertanto degli stessi principi menzionati all'articolo 18 di detta direttiva. Non posso dunque escludere che l'applicazione del capo I del titolo III della direttiva 2014/24 nel procedimento principale non inciderebbe sulle risposte da dare alle questioni pregiudiziali [41].

83. Dall'altro, prima di concludere che le norme del capo I del titolo III della direttiva 2014/24 si applicano al contratto di cui al procedimento principale, occorrerebbe parimenti paragonare i valori stimati dei servizi rientranti in tale capo e quelli dei servizi rientranti nel sistema standard di tale direttiva, e stabilire poi, sulla base di detti valori, l'oggetto principale del contratto [42].

84. In assenza di indicazioni che consentono di concludere che i servizi rientranti nel capo I del titolo III della direttiva 2014/24 devono essere considerati l'oggetto principale del contratto di cui al procedimento principale e alla luce del fatto che il giudice del rinvio non fa affatto riferimento alle disposizioni di tale capo, presuppongo che le norme più flessibili non si applichino nella specie.

4. L'articolo 107 TFUE

85. La prima questione pregiudiziale menziona l'articolo 107 TFUE. La Commissione sostiene che la domanda di pronuncia pregiudiziale è irricevibile nei limiti in cui riguarda l'interpretazione di tale disposizione di diritto primario.

[41] V. parimenti, a tal riguardo, paragrafo 70 delle presenti conclusioni.

[42] Ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 2, secondo comma, della direttiva 2014/24, «[n]el caso di contratti misti che consistono in parte in servizi ai sensi del titolo III, capo I, e in parte in altri servizi oppure in contratti misti comprendenti in parte servizi e in parte forniture, l'oggetto principale è determinato in base al valore stimato più elevato tra quelli dei rispettivi servizi o forniture».

86. Condivido la posizione della Commissione. Infatti, la domanda di pronuncia pregiudiziale non individua in modo chiaro la misura che, nell'ambito della procedura di cui al procedimento principale, costituirebbe un aiuto di Stato. Il giudice del rinvio non specifica neanche i motivi per cui l'interpretazione di tale disposizione sia necessaria alla soluzione della controversia di cui è investito.

87. È vero che la domanda di pronuncia pregiudiziale può essere intesa nel senso che il giudice del rinvio chiede alla Corte di interpretare non una delle disposizioni di diritto primario bensì le direttive 2014/23 e 2014/24 alla luce dello stesso («con riferimento all'articolo 107 TFUE»). Cionondimeno, una simile lettura della domanda di pronuncia pregiudiziale non cambierebbe il fatto che, in ogni caso, non occorre rispondere alle questioni pregiudiziali nei limiti in cui esse vertono sull'articolo 107 TFUE.

88. In tali circostanze, l'eccezione di irricevibilità sollevata dal CNS deve parimenti essere accolta nella misura in cui riguarda la prima questione pregiudiziale e l'articolo 107 TFUE, nonché, per le ragioni addotte ai paragrafi da 71 a 79 delle presenti conclusioni, l'articolo 12 della direttiva 2014/24.

C. Nel merito

89. Oltre che alle disposizioni di diritto dell'Unione la cui rilevanza per la presente causa è stata esclusa, la prima questione pregiudiziale fa riferimento all'articolo 30 della direttiva 2014/23 e all'articolo 18 della direttiva 2014/24. Al fine di poter individuare tutte le disposizioni rilevanti di tali direttive, occorre contestualizzare, in via preliminare, i requisiti relativi alla partecipazione pubblica e privata fissati negli atti di gara.

1. I requisiti relativi alla partecipazione pubblica e privata nel contesto delle direttive 2014/23 e 2014/24

90. All'articolo 56 della direttiva 2014/24, il legislatore dell'Unione distingue espressamente due tipi di criteri, ossia i criteri di selezione qualitativa, composti essenzialmente dai motivi di esclusione e dai criteri di selezione diretti a verificare la capacità degli operatori economici ad eseguire l'appalto attribuito (articoli 57 e 58 di tale direttiva), e i criteri di aggiudicazione dell'appalto, i quali fanno riferimento alle offerte stesse. Gli articoli 38 e 41 della direttiva 2014/23, concernenti, rispettivamente, i criteri relativi alla selezione e alla valutazione qualitativa dei candidati e i criteri di aggiudicazione, operano una distinzione analoga.

91. A tal riguardo, occorre constatare che la domanda di pronuncia pregiudiziale non illustra in modo chiaro la logica sottesa ai requisiti relativi alla partecipazione pubblica e privata fissati negli atti di gara. Nella misura in cui tali requisiti costituiscono una lex specialis rispetto a quelli fissati nel decreto legislativo n. 175[43], tale logica può cionondimeno essere desunta dai chiarimenti relativi a tale decreto legislativo. Gli atti di gara sembrano attenuare le quote e il loro carattere (requisiti fissati in maniera precisa, invece delle soglie massima e minima), senza tuttavia incidere sostanzialmente sui loro obiettivi.

[43] V. paragrafo 28 delle presenti conclusioni.

92. A tal riguardo, intendo i chiarimenti del giudice del rinvio nel senso che il limite massimo del 70% della partecipazione pubblica nella costituenda società mista mira a garantire che la partecipazione privata in tale società non sia inferiore al 30%.

93. Di conseguenza, da un lato, dal punto di vista generale del mercato e degli operatori economici, un socio privato non sarebbe in grado di limitare eccessivamente (al di sotto del 30%) il rischio economico della sua partecipazione ad una società a capitale misto e di godere ingiustamente dei vantaggi della partecipazione pubblica, permettendo di impedire ad altri soggetti l'accesso proficuo alla stessa attività economica sul segmento di mercato interessato. In tale ottica, come indicato dal giudice del rinvio, tale limite massimo mira a prevenire le elusioni del principio di libera concorrenza.

94. Dall'altro, dal punto di vista dell'oggetto della procedura di gara d'appalto e dell'amministrazione aggiudicatrice, tale limite massimo garantisce che il socio privato sia un partner operativo, il cui contributo allo svolgimento dei compiti conferiti alla costituenda entità a capitale misto consiste in un conferimento di capitale e nell'apporto delle competenze necessarie per svolgere tali compiti, assumendo l'intero rischio operativo per la loro esecuzione.

95. Devo osservare che l'aspetto relativo al contributo effettivo del socio privato sembra rivestire un'importanza maggiore per quanto riguarda il procedimento principale e i requisiti della partecipazione pubblica e privata fissati negli atti di gara. Alla luce del carattere necessariamente individuale delle condizioni e dei criteri della capacità economica e finanziaria e/o delle capacità tecniche e professionali [44] e in linea con la sentenza Acoset [45], tale osservazione costituisce un indizio del fatto che i requisiti della partecipazione pubblica e privata fissati negli atti di gara costituiscono i criteri di selezione qualitativa.

96. Inoltre, dalla domanda di pronuncia pregiudiziale risulta che, a causa della modalità di calcolo che tiene conto della partecipazione indiretta dell'amministrazione aggiudicatrice al capitale sociale di tale socio, gli offerenti sono stati esclusi dalla procedura indetta a seguito della gara d'appalto in ragione dell'inosservanza di tali requisiti. Al riguardo, secondo una giurisprudenza costante, i criteri di selezione qualitativa consentono all'amministrazione aggiudicatrice di ammettere alla presentazione di un'offerta solo gli operatori economici le cui capacità inducono a ritenere che saranno in grado di eseguire l'oggetto della gara d'appalto [46].

[44] L'articolo 38, paragrafo 1, seconda frase, della direttiva 2014/23 enuncia che «[l]e condizioni di partecipazione sono correlate e proporzionali alla necessità di garantire la capacità del concessionario di eseguire la concessione, tenendo conto dell'oggetto della concessione e dell'obiettivo di assicurare la concorrenza effettiva». In tale ordine di idee, l'articolo 58, paragrafo 1, della direttiva 2014/24 enuncia segnatamente che le amministrazioni aggiudicatrici limitano i requisiti di partecipazione «a quelli adeguati per assicurare che un candidato o un offerente abbia la capacità giuridica e finanziaria e le competenze tecniche e professionali necessarie per eseguire l'appalto da aggiudicare. Tutti i requisiti sono attinenti e proporzionati all'oggetto dell'appalto».

[45] V. punto 59 della sentenza Acoset: «(...) la scelta del socio privato nel rispetto degli obblighi ricordati ai punti 46-49 della presente sentenza e l'individuazione dei criteri di scelta del socio privato consentono di ovviare a detta situazione, dal momento che i candidati devono provare, oltre alla capacità di diventare azionisti, anzitutto la loro perizia tecnica nel fornire il servizio nonché i vantaggi economici e di altro tipo derivanti dalla propria offerta». La Corte ha sottolineato, in tale sentenza, l'importanza dei criteri di selezione qualitativa relativi alla capacità di esercitare un servizio o una concessione [v., in tal senso, Brown, A., «Selection of the Private Participant in a Public-Private Partnership which is Entrusted with a Public Services Concession: Acoset (Case C-196/08)», *Public Procurement Law Review*, vol. 2, 2010, pag. 4], senza tuttavia ignorare i criteri di selezione qualitativa relativi alla capacità di divenire un socio privato della costituenda società mista.

[46] V., in tal senso, sentenza dell'8 luglio 2021, Sanresa (C-295/20, EU:C:2021:556, punto 62).

97. Pertanto, i requisiti concernenti la partecipazione pubblica e privata, come quelli di cui al procedimento principale, non sembrano riguardare le offerte (criteri di aggiudicazione dell'appalto)[47]. Per contro, essi sembrano costituire i criteri di selezione qualitativa tramite i quali un'amministrazione aggiudicatrice tenta di accertarsi che un socio privato disponga della capacità economica e finanziaria e/o delle capacità tecniche e professionali che gli consentono di mantenere la ripartizione fra il capitale pubblico e il capitale privato della società a capitale misto, fissata dall'amministrazione aggiudicatrice, tramite la sua partecipazione al capitale di tale società e l'assunzione dell'intero rischio operativo per l'esecuzione del servizio da parte di detta società[48]. I requisiti relativi alla partecipazione pubblica e privata fissati negli atti di gara, come quelli di cui al procedimento principale, costituiscono dunque criteri e condizioni ai sensi dell'articolo 38, paragrafo 1, della direttiva 2014/23 oppure, se del caso, ai sensi dell'articolo 58, paragrafo 1, della direttiva 2014/24.

2. Riformulazione delle questioni pregiudiziali

98. Alla luce delle precisazioni apportate, relative all'oggetto delle questioni pregiudiziali[49], al regime applicabile nel procedimento principale[50], nonché alla qualificazione dei requisiti della partecipazione pubblica e privata applicabili in tale procedimento[51], propongo di riformulare le questioni pregiudiziali precisando le disposizioni del diritto dell'Unione la cui interpretazione è necessaria per rispondere utilmente al giudice del rinvio.

99. Più precisamente, propongo di ritenere che, con le sue questioni, che suggerisco di analizzare congiuntamente, il giudice del rinvio chieda se l'articolo 30 e l'articolo 38, paragrafo 1, della direttiva 2014/23 o, se del caso, l'articolo 18 e l'articolo 58, paragrafo 1, della direttiva 2014/24 debbano essere interpretati nel senso che essi ostano a che, al fine di stabilire la quota di partecipazione di un socio privato offerente in una costituenda società mista pubblico-privata, si tenga conto della partecipazione indiretta dell'amministrazione aggiudicatrice al capitale sociale di tale socio privato offerente, con la conseguenza che quest'ultimo venga escluso dalla gara d'appalto qualora la considerazione di tale partecipazione indiretta dia luogo al mancato rispetto della quota di partecipazione privata ricercata dall'amministrazione aggiudicatrice secondo gli atti di gara.

3. Valutazione

100. Dal momento che essi costituiscono condizioni e criteri della capacità economica e finanziaria e/o delle capacità tecniche e professionali, i requisiti relativi alla partecipazione pubblica e privata fissati negli atti di gara devono essere attinenti e proporzionati all'oggetto della procedura di gara d'appalto[52]. In conformità all'articolo 30 della direttiva 2014/23 e all'articolo 18

47 Come osservato dalla dottrina, nel contesto di un PPPI, nonostante le difficoltà, occorre distinguere i criteri di selezione qualitativa dai criteri di aggiudicazione dell'appalto. V. Andrecka, M., e Kania, M., «Choosing the Private Partner for a Public Private Partnership: A European Union Law Perspective on Polish Practice», *Polish Review of International and European Law*, vol. 2, n. 1, 2013, pag. 148.

48 Per questo motivo, ritengo che la qualificazione adottata dalla Corte nella sentenza del 19 maggio 2009, Assitur (C-538/07, EU:C:2009:317, punti 21 e 23) in relazione ad una normativa nazionale intesa a scongiurare ogni possibile forma di collusione tra i partecipanti ad una medesima procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico nonché a tutelare la parità di trattamento dei candidati e la trasparenza della procedura non possa essere accolta nella specie in relazione ai requisiti relativi alla partecipazione pubblica e privata di cui al caso di specie fissati peraltro negli atti di gara.

49 V. paragrafi 35 e 36 delle presenti conclusioni.

50 V. paragrafo 70 delle presenti conclusioni.

51 V. paragrafo 97 delle presenti conclusioni.

52 V. nota 44.

della direttiva 2014/24, l'amministrazione aggiudicatrice deve applicare tali requisiti nel rispetto dei principi di parità e di non discriminazione fra gli offerenti, nonché di trasparenza e di proporzionalità.

101. In primo luogo, occorre verificare l'esistenza di un collegamento fra tali requisiti e l'oggetto della procedura di gara d'appalto.

102. Nella logica dei requisiti fissati negli atti di gara (partecipazione fissata al 51% per Roma Capitale e al 49% per il socio privato), un offerente idoneo ad essere scelto deve essere un soggetto terzo rispetto all'amministrazione aggiudicatrice. Infatti, una partecipazione più consistente dell'amministrazione aggiudicatrice nella società a capitale misto, tramite il controllo di tale offerente (risultante parimenti dalla partecipazione indiretta), inciderebbe sulla ripartizione fra il capitale pubblico e il capitale privato di tale società, fissata dall'amministrazione aggiudicatrice. Inoltre, una situazione del genere potrebbe limitare il ruolo del partner privato e, di conseguenza, l'impegno effettivo della capacità economica e finanziaria e/o delle capacità tecniche e professionali dell'offerente al di sotto della soglia del 49% fissata dall'amministrazione aggiudicatrice. Tali requisiti sono dunque attinenti all'oggetto della procedura di gara d'appalto.

103. Per di più, nella misura in cui, in linea di principio, il diritto dell'Unione non osta al ricorso ad una procedura unica nel contesto di un PPPI [53], l'interpretazione del requisito relativo all'esistenza di un collegamento fra i criteri di selezione qualitativa e l'oggetto della procedura di gara d'appalto che deve essere adottata non può impedire l'utilizzazione di tale forma di cooperazione da parte delle amministrazioni aggiudicatrici (inclusa la fissazione da parte dell'amministrazione aggiudicatrice della ripartizione fra il capitale pubblico e il capitale privato della società a capitale misto). Infatti, il ricorso ad un PPPI risulta dalla libertà degli Stati membri quanto alla scelta del modo di prestazione di servizi tramite il quale le amministrazioni aggiudicatrici provvederanno alle proprie esigenze [54].

104. In secondo luogo, per quanto riguarda la proporzionalità dei requisiti della partecipazione pubblica e privata, ricordo che, quantomeno alla luce della mia lettura della domanda di pronuncia pregiudiziale, tali requisiti non escludono sistematicamente tutti gli offerenti il cui capitale sia di origine pubblica [55]. Per contro, tenuto conto della formulazione iniziale della prima questione pregiudiziale, tali requisiti sembrano riguardare qualsiasi forma di partecipazione indiretta dell'amministrazione aggiudicatrice al capitale sociale del socio privato.

105. Ciò premesso, la partecipazione indiretta di un'amministrazione aggiudicatrice al capitale di un socio privato può assumere forme diverse. Inoltre, la sua incidenza sul funzionamento di tale socio privato dipende dalla struttura organizzativa dello stesso. Non esiste dunque alcuna certezza quanto al fatto che qualsiasi partecipazione indiretta al capitale del socio privato limiti l'impegno effettivo della capacità economica e finanziaria e/o delle capacità tecniche e professionali dell'offerente al di sotto della soglia del 49%, fissata dall'amministrazione aggiudicatrice.

[53] V. sentenza Acoset (punto 63).

[54] V., parimenti, considerando 5 della direttiva 2014/24, il quale enuncia che «nessuna disposizione della presente direttiva obbliga gli Stati membri ad affidare a terzi o a esternalizzare la prestazione di servizi che desiderano prestare essi stessi o organizzare con strumenti diversi dagli appalti pubblici ai sensi della presente direttiva».

[55] V. paragrafo 38 delle presenti conclusioni.

106. Di conseguenza, la considerazione di qualsiasi partecipazione indiretta dell'amministrazione aggiudicatrice al capitale sociale del socio privato non rispetta il principio di proporzionalità nella misura in cui viene ignorato il fatto che una siffatta partecipazione indiretta non limita necessariamente l'impegno effettivo della capacità economica e finanziaria e/o delle capacità tecniche e professionali di tale socio privato al di sotto della soglia del 49%, fissata dall'amministrazione aggiudicatrice. In assenza di verifiche che consentano di accertare che ciò avvenga, tale socio privato offerente non può essere automaticamente escluso dalla gara d'appalto a causa di tale partecipazione indiretta.

107. Non è facile stabilire che l'amministrazione aggiudicatrice abbia effettuato in concreto tali verifiche nella presente causa. Tuttavia, anzitutto, l'analisi della struttura dei capitali degli enti interessati figurante nella decisione di esclusione può indurre a pensare che ciò sia avvenuto. Sembra poi che il rinvio pregiudiziale richiami tale decisione nella misura in cui il giudice del rinvio rileva che «[c]onsiderando (…) l'aspetto sostanziale della configurazione sociale di [Roma Multiservizi] ed in particolare il fatto che essa é partecipata al 51% da [AMA], che a sua volta é interamente detenuta da Roma Capitale, (…) nella costituenda società [mista] la partecipazione [pubblica e privata] (…) *di fatto* ascenderebbe al 73,5%, e [al 26,5%]». Infine, nulla suggerisce che la ripartizione dei poteri decisionali e dei rischi di gestione non sia stata effettuata in misura proporzionale al capitale detenuto. La detenzione della maggioranza del capitale di un socio privato offerente da parte dell'amministrazione aggiudicatrice sembra dunque idonea a limitare l'impegno effettivo della capacità economica e finanziaria e/o delle capacità tecniche e professionali di tale socio privato al di sotto della soglia del 49%, fissata dall'amministrazione aggiudicatrice.

108. Di conseguenza, ritengo che l'articolo 30 e l'articolo 38, paragrafo 1, della direttiva 2014/23 o, se del caso, l'articolo 18 e l'articolo 58, paragrafo 1, della direttiva 2014/24 debbano essere interpretati nel senso che tali disposizioni ostano a che, al fine di determinare la quota di partecipazione di un socio privato offerente nella costituenda società mista pubblico-privata, si tenga conto di qualsiasi partecipazione indiretta dell'amministrazione aggiudicatrice al capitale sociale di tale socio privato offerente, con la conseguenza che quest'ultimo venga automaticamente escluso dalla gara d'appalto qualora la considerazione di tale partecipazione indiretta dia luogo al mancato rispetto della quota di partecipazione privata ricercata dall'amministrazione aggiudicatrice secondo gli atti di gara.

109. Per contro, l'articolo 30 e l'articolo 38, paragrafo 1, della direttiva 2014/23 o, se del caso, l'articolo 18 e l'articolo 58, paragrafo 1, della direttiva 2014/24 non ostano ad una siffatta considerazione quando quest'ultima non riveste carattere automatico. In particolare, tali disposizioni non ostano alla considerazione di una partecipazione indiretta qualora dalle verifiche effettuate dall'amministrazione aggiudicatrice risulti che tale partecipazione consiste nella detenzione della maggioranza del capitale di un socio privato offerente da parte di un altro ente il quale, a sua volta, è interamente detenuto dall'amministrazione aggiudicatrice, a condizione che la ripartizione dei poteri decisionali e dei rischi venga effettuata in misura proporzionale al capitale detenuto per quanto riguarda tale socio privato offerente e tale ente.

110. Per quanto attiene al rispetto della proporzionalità, osservo, per scrupolo di completezza, che la Commissione sembra mettere in dubbio che l'esclusione dell'offerta sottoposta dalla Rekeep e dalla Roma Multiservizi rispetti il principio di proporzionalità, in quanto Roma Capitale avrebbe dovuto consentire loro di dimostrare, se del caso, che la sua partecipazione indiretta al capitale della Roma Multiservizi non comportava rischi di conflitto di interessi. Tuttavia, i requisiti relativi alla partecipazione pubblica e privata fissati negli atti di gara non hanno come

oggetto principale l'eliminazione di tali rischi. Per di più, un conflitto di interessi costituisce un motivo di esclusione previsto dalle direttive 2014/23 e 2014/24 e la domanda di pronuncia pregiudiziale non fa affatto riferimento al medesimo. Inoltre, essa non invoca né l'articolo 35 della direttiva 2014/23, né l'articolo 24 della direttiva 2014/24.

111. Per quanto riguarda, in terzo luogo, i principi di trasparenza e di parità di trattamento, occorre osservare che, nelle loro osservazioni scritte, la Roma Multiservizi e la Rekeep affermano che la considerazione della partecipazione indiretta dell'amministrazione aggiudicatrice al capitale di un offerente non è stata menzionata negli atti di gara.

112. La domanda di pronuncia pregiudiziale non fa riferimento all'assenza di siffatta menzione negli atti di gara. In tale contesto, occorre osservare che, nelle sue risposte ai quesiti scritti della Corte, Roma Capitale indica che, secondo il decreto legislativo n. 175, il quale sembra recare modalità di applicazione delle direttive 2014/23 e 2014/24, è definita impresa pubblica un'impresa sulla quale le amministrazioni aggiudicatrici possono esercitare, direttamente o indirettamente, un'influenza dominante. Secondo le osservazioni della Rekeep, tale decreto prevede parimenti che, «[n]ei casi in cui le norme vigenti consentono la costituzione di società miste per la realizzazione e gestione di un'opera pubblica o per l'organizzazione e la gestione di un servizio di interesse generale, la scelta del socio privato avviene con procedure di evidenza pubblica». Tramite un'interpretazione a contrario, si può dunque constatare che, nell'ambito di una società a capitale misto, un socio privato non può trovarsi in una situazione di influenza dominante, diretta o indiretta, nei confronti dell'amministrazione aggiudicatrice. Tuttavia, una partecipazione indiretta al capitale di un socio privato che porta all'esercizio di un'influenza dominante non può essere assimilata ad una qualsivoglia partecipazione indiretta al capitale di tale socio privato.

113. In ogni caso, i giudici nazionali sono i soli competenti a verificare, se del caso, la fondatezza di tali affermazioni e la loro rilevanza nella fase attuale del procedimento principale.

114. Ciò premesso, nella misura in cui il giudice del rinvio evoca l'articolo 30 della direttiva 2014/23 e l'articolo 18 della direttiva 2014/24, occorre fornire a tale giudice chiarimenti utili per quanto riguarda una verifica effettuata alla luce dei principi enunciati a tali disposizioni.

115. Secondo una giurisprudenza costante, i principi di trasparenza e di parità di trattamento che disciplinano tutte le procedure di aggiudicazione di appalti pubblici richiedono che le condizioni sostanziali e procedurali relative alla partecipazione ad un appalto siano chiaramente definite in anticipo e rese pubbliche, in particolare gli obblighi a carico degli offerenti, affinché questi ultimi possano conoscere esattamente i vincoli procedurali ed essere assicurati del fatto che gli stessi requisiti valgono per tutti i concorrenti [56].

116. A titolo esemplificativo e per quanto riguarda il regime della direttiva 2014/24, in linea di principio, negli avvisi e nei bandi di gara devono figurare un elenco e una breve descrizione dei criteri riguardanti la situazione personale degli operatori economici che possono comportarne l'esclusione e dei criteri di selezione [57].

117. In linea con tale logica, il principio di parità di trattamento e l'obbligo di trasparenza devono essere interpretati nel senso che ostano all'esclusione di un operatore economico da una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico in seguito al mancato rispetto, da parte di tale

[56] V. sentenza del 17 maggio 2018, Specializuotas transportas (C-531/16, EU:C:2018:324, punto 23 e la giurisprudenza ivi citata).

[57] V. articolo 49 e allegato V, parte C, punto 11, lettera c), della direttiva 2014/24.

operatore, di un obbligo che non risulta espressamente dai documenti relativi a tale procedura o dal diritto nazionale vigente, bensì da un'interpretazione di tale diritto e di tali documenti nonché dal meccanismo diretto a colmare, con un intervento delle autorità o dei giudici amministrativi nazionali, le lacune presenti in detti documenti [58].

118. Dal momento che la partecipazione indiretta di un'amministrazione aggiudicatrice al capitale di un socio privato può assumere forme diverse e la sua incidenza sul funzionamento di tale socio privato dipende dalla struttura organizzativa dello stesso, non mi sembra che sia pacifico che qualsiasi forma di partecipazione indiretta dell'amministrazione aggiudicatrice conduca automaticamente all'esclusione di un offerente dalla gara d'appalto a causa del mancato rispetto dei requisiti della partecipazione pubblica e privata. Una siffatta interpretazione della normativa nazionale o degli atti di gara non mi sembra imporsi con sufficiente evidenza.

119. Fatte salve le osservazioni supplementari che precedono, relative al rispetto dei principi di trasparenza e di parità di trattamento, mantengo la posizione fatta valere al paragrafo 108 delle presenti conclusioni, relativa al rispetto del principio di proporzionalità.

VI. Conclusione

120. Alla luce delle considerazioni che precedono, propongo alla Corte di rispondere come segue al Consiglio di Stato (Italia):

L'articolo 30 e l'articolo 38, paragrafo 1, della direttiva 2014/23/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sull'aggiudicazione dei contratti di concessione o, se del caso, l'articolo 18 e l'articolo 58, paragrafo 1, della direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE devono essere interpretati nel senso che tali disposizioni ostano a che, al fine di stabilire la quota di partecipazione di un socio privato offerente nella costituenda società mista pubblico-privata, si tenga conto di qualsiasi partecipazione indiretta dell'amministrazione aggiudicatrice al capitale sociale di tale socio privato offerente, con la conseguenza che quest'ultimo venga automaticamente escluso dalla gara d'appalto qualora la considerazione di tale partecipazione indiretta dia luogo al mancato rispetto della quota di partecipazione privata ricercata dall'amministrazione aggiudicatrice secondo gli atti di gara.

Per contro, l'articolo 30 e l'articolo 38, paragrafo 1, della direttiva 2014/23 o, se del caso, l'articolo 18 e l'articolo 58, paragrafo 1, della direttiva 2014/24 non ostano a una siffatta considerazione quando quest'ultima non riveste carattere automatico. In particolare, tali disposizioni non ostano alla considerazione di una partecipazione indiretta qualora dalle verifiche effettuate dall'amministrazione aggiudicatrice risulti che tale partecipazione consiste nella detenzione della maggioranza del capitale di un socio privato offerente da parte di un altro ente il quale, a sua volta, è interamente detenuto dall'amministrazione aggiudicatrice, a condizione che la ripartizione dei poteri decisionali e dei rischi sia effettuata in misura proporzionale al capitale detenuto per quanto riguarda tale socio privato offerente e tale ente.

[58] V. sentenza del 2 giugno 2016, Pizzo (C-27/15, EU:C:2016:404, punto 51).