

Il Consiglio di Stato rimette alla Corte di giustizia UE le questioni circa la corretta interpretazione delle disposizioni in tema di limite minimo del trenta per cento di partecipazione del socio privato di una società mista affidataria di servizi pubblici. In particolare il quesito pregiudiziale è volto a chiarire se nella determinazione del rispetto di tale limite debba tenersi conto esclusivamente della composizione formale/cartolare del socio privato ovvero se l'amministrazione che indice la gara possa – o anzi debba – tener conto della sua partecipazione indiretta nel socio privato concorrente.

Un secondo aspetto interpretativo riguarda la possibilità per la medesima amministrazione che procede di escludere dalla procedura 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 trenta per cento.

Consiglio di Stato, sezione V, ordinanza 11 maggio 2020, n. 2929 – Pres. Saltelli, Est. Perotti

Contratti pubblici – Partecipazione del socio privato ad una costituenda società mista – Limite minimo del trenta per cento – Rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia UE

Devono essere rimesse alla Corte di giustizia UE le seguenti questioni pregiudiziali:

1) se sia conforme al diritto eurounitario ed alla corretta interpretazione dei considerando 14 e 32, nonché degli articoli 12 e 18 della direttiva n. 24/2014/UE e 30 della direttiva n. 23/2014/UE, anche con riferimento all'art. 107 TFUE, che, ai fini della individuazione del limite minimo del trenta per cento della partecipazione del socio privato ad una costituenda società mista pubblico – privata, limite ritenuto adeguato dal legislatore nazionale in attuazione dei principi eurounitari fissati in materia dalla giurisprudenza comunitaria, 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 eurounitari, 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 per cento (1).

(1) I. – Con l'ordinanza in rassegna il Consiglio di Stato ha dubitato della compatibilità eurounitaria della disciplina interna secondo la quale, in tema di società mista con socio privato individuato con gara a doppio oggetto, qualora tale società abbia ad oggetto (art. 4, comma 2, lett. c, del d.lgs. n. 175 del 2016) "la realizzazione di un'opera pubblica ovvero organizzazione e gestione di un servizio d'interesse generale attraverso un contratto di partenariato

di cui all'articolo 180 del decreto legislativo n. 50 del 2016, con un imprenditore selezionato con le modalità di cui all'articolo 17, commi 1 e 2", la quota di partecipazione del soggetto privato (art. 17, comma, del d.lgs. n. 175 del 2016) non può essere inferiore al 30 per cento.

Il rinvio pregiudiziale è volto ad ottenere chiarimenti da parte della Corte di giustizia UE sotto due concorrenti profili, l'uno relativo alle modalità di computo del limite minimo del 30 per cento (ossia se allo stesso concorrono anche le partecipazioni pubbliche nelle diverse declinazioni), l'altro inerente alla possibilità per la pubblica amministrazione procedente di disporre l'esclusione dalla procedura del 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 per cento.

II. – La vicenda sottesa alla pronuncia in esame può essere così riassunta.

Con apposita deliberazione consiliare Roma Capitale ha individuato quale migliore modello operativo per la gestione del servizio scolastico integrato la società mista pubblico – privata prevista dall'art. 17 del d.lgs. n. 175 del 2016, fissando al 51 per cento la partecipazione di Roma Capitale ed al 49 per cento quella del socio privato ed ha stabilito che a carico di quest'ultimo fosse posto l'intero "rischio operativo".

Alla procedura aperta successivamente bandita ha partecipato, tra gli altri, il costituendo raggruppamento tra Roma Multiservizi s.p.a. e Rekeep s.p.a. a socio unico.

Nella *lex specialis* della gara sono stati precisamente indicati i limiti di partecipazione del socio pubblico (51 per cento) e di quello privato (49 per cento) alla costituenda società mista pubblico - privata.

Il costituendo raggruppamento tra Roma Multiservizi s.p.a. e Rekeep s.p.a. a socio unico è stato escluso, in considerazione del fatto che Roma Multiservizi s.p.a. è partecipata al 51 per cento da AMA s.p.a., il cui capitale è interamente detenuto da Roma Capitale, così che quest'ultima avrebbe finito per possedere nella costituenda società pubblico - privata una partecipazione effettiva pari al 73,5 per cento, superiore pertanto al limite del 51 per cento fissato negli atti di gara.

I soggetti esclusi hanno autonomamente proposto specifici ricorsi dinanzi al T.a.r per il Lazio il quale, con distinte sentenze, li ha rigettati. Ciò in considerazione che:

- a) quanto ai limiti della partecipazione alla *newco* (51 per cento di Roma Capitale, 49 per cento del socio operativo privato), si doveva dar rilievo esclusivamente al rapporto diretto tra socio privato e Comune;
- b) non poteva poi dubitarsi della legittimità della scelta di Roma Capitale di limitare la propria partecipazione alla nuova società mista pubblico - privata nella misura del 51 per cento;
- c) ugualmente non poteva contestarsi la legittimità della conseguente esclusione dalla gara di un concorrente che, quale possibile futuro socio operativo, nella

propria compagine sociale già presentasse una significativa partecipazione della stessa amministrazione aggiudicatrice in modo che di fatto fosse effettivamente superato il limite del 51 per cento della partecipazione pubblica (di Roma Capitale) alla costituenda *newco*;

- d) né una simile esclusione integrava la violazione dei principi di tassatività delle clausole di esclusione e di parità di trattamento e trasparenza o era sintomatica di eccesso di potere in relazione alle concrete modalità di svolgimento del procedimento di gara e delle decisioni in esso assunte.

Le predette sentenze sono state impugnate; nel giudizio d'appello che ne è derivato si è innestato, previa riunione dei ricorsi, il rinvio pregiudiziale di cui trattasi.

III. – Con l'ordinanza in rassegna, il Consiglio di Stato, dopo aver ripercorso la disciplina europea e nazionale, l'elaborazione giurisprudenziale e i dubbi ermeneutici sollevati dalle società appellanti, ha ricostruito le diverse opzioni interpretative in relazione alle quali si è reso necessario il rinvio pregiudiziale.

Il ragionamento seguito si snoda secondo le seguenti considerazioni:

- e) la scelta di una pubblica amministrazione di costituire una società mista pubblico - privata è tipica manifestazione della discrezionalità che la legge attribuisce alla stessa amministrazione per il raggiungimento degli interessi pubblici attribuiti alla sua tutela;
- f) la legittimità di tale scelta postula il perseguimento di finalità di interesse pubblico o generale con individuazione del socio privato attraverso una procedura di evidenza pubblica;
- g) il socio privato deve essere operativo e non un mero socio di capitale, stante la specificità del ruolo che deve assumere nell'attuazione dell'oggetto sociale in considerazione che il coinvolgimento del socio privato per il perseguimento di fini di interessi generali si giustifica proprio per la carenza in seno alla amministrazione pubblica delle competenze necessarie di cui esso ha, invece, la disponibilità;
- h) per quanto sub g) la partecipazione del socio privato operativo debba essere adeguata, idonea cioè a rendere possibile l'attuazione dell'oggetto sociale, tale adeguatezza è stata fissata dal legislatore nazionale, proprio ai fini del rispetto dei principi eurounitari, nella soglia minima di partecipazione del 30 per cento;
- i) una partecipazione inferiore a tale soglia, secondo la valutazione insindacabile e non irragionevole del legislatore, è, conseguentemente, di per sé inidonea a rendere effettivamente conseguibile il perseguimento dell'oggetto sociale cioè lo scopo che giustifica la stessa costituzione della società mista pubblico - privata;

- j) correlativamente, la partecipazione pubblica alla società mista pubblico - privata non deve superare il 70 per cento;
- k) sotto altro profilo, deve osservarsi che la società mista pubblico - privata è destinata a svolgere servizi di interesse generale (*id est*: un'attività di impresa), da erogare dietro corrispettivo e capace di produrre lucro;
- l) su tale versante deve, tuttavia, distinguersi tra lo scopo – lucrativo – della società mista pubblico-privata e lo scopo dell'amministrazione pubblica che è indiscutibilmente pubblico;
- m) conseguentemente, l'attività della società mista pubblico - privata ed i servizi che essa offre sono sottoposti a condizioni di accessibilità che un soggetto di natura esclusivamente privata riterrebbe non vantaggiose e il limite massimo del 70 per cento della partecipazione pubblica alla società mista pubblico - privata finisce, in definitiva, con l'individuare il punto oltre il quale l'attività della predetta società altererebbe la concorrenza sul mercato in considerazione che:
 - m1) renderebbe inappetibile quel determinato settore del mercato;
 - m2) consentirebbe al socio privato della società mista pubblico - privata di limitare eccessivamente (al di sotto del 30 per cento) il rischio economico della partecipazione all'impresa stessa;
- n) tale assetto pone l'interrogativo se, ai fini del rispetto della giusta soglia di partecipazione alla costituenda società mista pubblico - privata (non più del 70 per cento per quanto riguarda la partecipazione pubblica, non meno del 30 per cento 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;
- o) sul punto, la risposta non potrà che muovere da un duplice ordine di considerazioni:
 - o1) se si tiene conto infatti della sola veste giuridica del socio privato in quanto tale, privilegiando, come in definitiva sostengono nella fattispecie in esame le appellanti, la parità di trattamento dei concorrenti (al procedimento di scelta del socio privato della costituenda società mista pubblico - privata) ed il principio di non discriminazione, oltre che il più generale principio di libertà dell'iniziativa economica privata, sarebbe da ritenere rilevante e decisivo il solo fatto che nel caso di specie Roma Multiservizi s.p.a., in quanto società per azioni è un soggetto privato, indipendentemente dalla effettiva composizione della sua compagine sociale e dalla natura del suo capitale;
 - o2) se si considera, al contrario, l'aspetto sostanziale della configurazione sociale di Roma Multiservizi s.p.a. ed in particolare il fatto che essa è

partecipata al 51 per cento da AMA s.p.a., che a sua volta è interamente detenuta da Roma Capitale, si giunge a considerare che: I) nella costituenda società mista pubblico - privata la partecipazione pubblica sarebbe solo formalmente pari al 51 per cento, ma di fatto ascenderebbe al 73,5 per cento, e correlativamente la partecipazione del socio privato, formalmente del 49 per cento, si attesterebbe al 26,5 per cento, inferiore al limite di legge del 30 per cento;

- o3) ciò produrrebbe l'effetto di: I) eludere il dettato normativo nazionale (oltre alla stessa effettiva previsione della *lex specialis*); II) realizzare (quantomeno potenzialmente) una situazione di inefficienza del mercato; III) violare il principio di concorrenza in considerazione che consentirebbe ad un socio privato della costituenda società mista pubblico - privata di godere ingiustamente dei vantaggi della partecipazione pubblica, con una conseguente sostanziale rendita di posizione capace di impedire l'accesso proficuo di altri soggetti allo specifico segmento del mercato concernente la stessa attività economica.

IV. – Per completezza si segnala:

p) sulla configurazione ordinamentale della società mista:

- p1) sul versante interno, Cons. Stato, sez. II, parere 18 aprile 2007, n. 456 (in *Foro it.*, 2007, III, 611, con nota di SIMONETTI; *Urbanistica e appalti*, 2007, 984, con nota di GIOVANNELLI; *Giust. amm.*, 2007, 333, con note di ROSTAGNO, PLAISANT, CANTELLA; *Giornale dir. amm.*, 2007, 1119, con nota di FRENI; *Guida al dir.*, 2007, 23, 92, con nota di FORLENZA; *Dir. e pratica amm.*, 2007, 6, 10, con nota di ATELLI; *Guida enti locali*, 2007, 26, 54, con nota di LABARILE);

p2) in ambito comunitario:

- Corte di giustizia UE, sez. III, 22 dicembre 2010, in C – 215/09, *Mehiläinen Oy* (in *Riv. amm. appalti*, 2010, 190, con nota di TOMASSI);
- Corte di giustizia CE, sez. III, 15 ottobre 2009, C-196/08, *Acoset* (in *Foro it.*, 2010, IV, 514, con nota di SIMONETTI; *Urbanistica e appalti*, 2010, 156, con nota di NICODEMO; *Riv. amm.*, 2009, 637, con nota di GUZZI; *Dir. pubbl. comparato ed europeo*, 2010, 251, con nota di FERRARI; *Giur. it.*, 2010, 1193, con nota di CARANTA; *Rass. avv. Stato*, 2010, 1, 30, con nota di ANGELI);

- q) sulla scelta del socio privato mediante procedure di evidenza pubblica: nell'assetto determinato dal d. lgs. n. 163 del 2006: T.a.r. per il Lazio, sez. II-bis, 6 luglio 2018, n. 7524, secondo cui:

- q1) *“la differenza tra la società in house e la società mista consiste nel fatto che la prima agisce come un vero e proprio organo dell’Amministrazione dal punto di vista sostanziale, mentre la diversa figura della società mista a partecipazione pubblica, in cui il socio privato è scelto con una procedura ad evidenza pubblica, presuppone la creazione di un modello nuovo, nel quale interessi pubblici e privati trovino convergenza”;*
- q2) *“in quest’ultimo caso, l’affidamento di un servizio ad una società mista è ritenuto ammissibile a condizione che si sia svolta una unica gara per la scelta del socio e l’individuazione del determinato servizio da svolgere, delimitato in sede di gara sia temporalmente che con riferimento all’oggetto (cfr. Cons. Stato, sez. VI, 16 marzo 2009, n. 1555, in *Urbanistica e appalti*, 2009, 705, con nota di FRACCASTORO, COLAPINTO; *Foro amm.-Cons. Stato*, 2009, 789, con nota di MORZENTI PELLEGRINI; *Foro amm.-Cons. Stato*, 2009, 1080, con nota di MUSSA; Corte di giustizia UE, *Acoset*, cit.);*
- q3) *“la Corte di giustizia ha, così, ritenuto l’ammissibilità dell’affidamento di servizi a società miste, a condizione che si svolgesse in unico contesto una gara avente ad oggetto sia la scelta del socio privato (socio non solo azionista, ma soprattutto operativo) sia l’affidamento del servizio già predeterminato con obbligo della società mista di mantenere lo stesso oggetto sociale durante l’intera durata della concessione”;*
- q4) *“la chiave di volta del sistema è, dunque, rappresentato dal fatto che l’oggetto sia predeterminato e non genericamente descritto, poiché altrimenti sarebbe agevole l’aggiramento delle regole pro-competitive a tutela della concorrenza. In particolare, i criteri di scelta del socio privato si devono riferire non solo al capitale da quest’ultimo conferito, ma anche alle capacità tecniche di tale socio e alle caratteristiche della sua offerta in considerazione delle prestazioni specifiche da fornire, in guisa da potersi inferire che la scelta del concessionario risulti indirettamente da quella del socio medesimo” (cfr. anche Cons. Stato, sez. V, 2 marzo 2015 n. 992);*
- r) sulla scelta del socio privato anteriormente alla codificazione ex art. 1, comma 2, d.lgs. n. 163 del 2006:
- r1) Cons. Stato, sez. V, 3 settembre 2001, n. 4586 (in *Foro it.*, 2002, III, 554, con nota di SCOTTI);
- r2) Cass. civ., sez. un., 29 ottobre 1999, n. 754 (in *Foro it.*, 2000, I, 802, con nota di FRACCHIA; *Giornale dir. amm.*, 2000, 475, con nota di PIPERATA; *Urbanistica e appalti*, 2000, 383, con nota di MAMELI; *Giur. it.*, 2000, 1045, con nota di ACQUARONE; *Giornale dir. amm.*, 2000, 675, con nota

di VARRONE; *Giur. it.*, 2000, 1288, con nota di PROTTO; *Giust. civ.*, 2000, I, 1723, con nota di MIRATE);

s) sulle gare a doppio oggetto tese all'individuazione del socio e in via contemporanea all'affidamento del servizio:

s1) Cons. Stato, sez. V, 12 ottobre 2016, n. 4225 (in *Appalti & Contratti*, 2016, 10, 8), secondo cui *“È legittimo l'affidamento dei servizi di igiene urbana a società mista con selezione mediante procedura ad evidenza pubblica del socio privato di minoranza laddove la nuova società si occuperà anche dello smaltimento, divenendo così gestore dell'intero ciclo integrato dei rifiuti, in aggiunta alle attività di «raccolta e trasporto di rifiuti», precedentemente svolte dalle società in house danti causa della medesima società mista; nel caso di specie, lo smaltimento dei rifiuti costituiva certamente un elemento fondamentale dei compiti operativi assegnati al socio privato, ciò emergendo dal rilevante peso ponderale del criterio tecnico concernente tale segmento di attività, ma esso non ne costituiva quello esclusivo, come evincibile dai criteri di valutazione delle offerte tecniche nella gara «a doppio oggetto», volti a valorizzare le caratteristiche operative dell'intera gestione dei rifiuti; l'amministrazione appellata ha quindi fornito una spiegazione puntuale circa le ragioni di questa modulazione dei pesi per i singoli fattori di produzione del servizio di gestione dei rifiuti, ricollegandoli all'assenza nei rami di azienda delle precedenti società in house conferiti nel patrimonio sociale della società neocostituita di un impianto di smaltimento e alla conseguente necessità di rivolgersi al mercato per il reperimento di uno idoneo allo svolgimento del servizio attraverso il modello nella società mista mediante individuazione del socio privato operativo all'esito di procedura ad evidenza pubblica; in ragione di tutto quanto finora rilevato nessuna censura di violazione dei limiti entro i quali il modello del partenariato pubblico-privato è ammesso nel nostro ordinamento, sulla base del paradigma normativo espresso nel più volte cit. art. 23 bis d.l. n. 112 del 2008 (e della giurisprudenza di questo consiglio di stato espressasi al riguardo”;*

s2) Cons. Stato, sez. V, 28 settembre 2016, n. 4014 (in *Urbanistica e appalti*, 2017, 75, connota di LICCI MARINI), secondo cui *“Il c. 2 dell'art. 1 del d.lgs. n. 163 del 2006 stabilisce che «nei casi in cui le norme vigenti consentono la costituzione di società miste per la realizzazione e/o gestione di un'opera pubblica o di un servizio, la scelta del socio privato avviene con procedure di evidenza pubblica». L'ambito di applicazione della disposizione in questione (da ultimo trasfusa nel c. 9 dell'art. 5 del d.lgs. n. 50 del 2016), stante la sua evidente valenza di principio, non può ritenersi limitato - in senso, per così dire, 'statico' - al solo momento della costituzione della società mista, ma deve ritenersi altresì esteso alle ipotesi (quale quella che qui ricorre) in cui venga in rilievo l'alienazione di partecipazioni sociali*

detenute da un'amministrazione pubblica nell'ambito di una società che già risulti a composizione mista";

- s3) T.a.r. per la Lombardia, Brescia, sez. II, 28 gennaio 2014, n. 105 (confermata da Cons. Stato, sez. V, 2 marzo 2015, n. 992) secondo cui per ritenere sussistenti le condizioni legittimanti al ricorso alla società mista, è necessario: I) *"che esista una norma di legge che autorizzi l'amministrazione ad avvalersi di tale «strumento»" [...];* II) *"che il partner privato sia scelto con gara [...];* III) *"che l'attività della costituenda Società mista sia resa, almeno in via prevalente, in favore dell'autorità pubblica che ha proceduto alla costituzione della medesima (circostanza riscontrabile)";* IV) *"che la gara (unica) per la scelta del partner e l'affidamento dei servizi definisca esattamente l'oggetto dei servizi medesimi (e nel caso all'esame i servizi sono puntualmente "determinati" negli atti di gara e hanno costituito oggetto di elaborazione nelle offerte);* V) *"che la selezione dell'offerta migliore sia rapportata non alla solidità finanziaria dell'offerente, ma alla capacità di svolgere le prestazioni specifiche oggetto del contratto (presupposto rispettato in virtù del progetto da presentare, che ha assunto un peso preponderante nella valutazione)";* VI) *"che il rapporto instaurando abbia durata predeterminata";*
- s4) Cons. giust. amm. sic., sez. giur., 27 ottobre 2006, n. 589 (in Guida al dir., 2006, 47, 83, con nota di SGUEGLIA; Dir. e pratica amm., 2006, 2, 52, con nota di PIROCCHI), secondo cui *"La costituzione di una società mista, anche con scelta del socio privato a seguito di gara, non esime dalla effettuazione di una seconda gara per l'affidamento del servizio. Nel diritto comunitario, quanto alle società miste, sembrano evidenziarsi come necessarie le due gare. Da un lato, infatti, inquadrando la fattispecie nel partenariato pubblico/privato equiparabile alle concessioni, si configura tale obbligo per la scelta del socio secondo le regole ed i principi previsti dal diritto comunitario per le concessioni. Tale esigenza è stata acquisita da tempo anche dalla giurisprudenza nazionale, essendosi affermato che, indipendentemente dalla esistenza nell'ordinamento di una specifica norma atta a disciplinare la scelta, da parte dell'ente locale, del socio imprenditore privato nelle società miste di servizi a capitale pubblico maggioritario, tale scelta non può sottrarsi ai principi concorrenziali dell'evidenza pubblica, ormai immanenti nell'ordinamento stesso. Dall'altro, dopo tale gara, per l'acquisizione del servizio le società ne devono affrontare una seconda, alla quale possono partecipare tutti i soggetti interessati, in possesso dei relativi requisiti, operanti nel settore";*
- t) sulla scelta del modulo gestionale da parte degli enti locali: T.a.r. per la Lombardia, Brescia, sez. II, 28 gennaio 2014, n. 105, cit., secondo cui:

- t1) *“gli Enti locali possono oggi discrezionalmente scegliere tra le tre forme di gestione desumibili dall’ordinamento comunitario (gara per l’individuazione del gestore, selezione del socio di una Società mista, affidamento diretto in house)”*;
- t2) *“in definitiva, si profila un’accentuata autonomia degli Enti locali nella direzione da intraprendere, in quanto l’ordinamento non aderisce a priori ad un’opzione organizzativa ma delinea un percorso di adeguatezza alle condizioni esistenti (al tipo di servizio, alla remuneratività della gestione, all’organizzazione del mercato, alle condizioni delle infrastrutture e delle reti, e soprattutto all’interesse della platea degli utenti)”*;
- t3) *“la scelta tra i differenti modelli va effettuata tenendo conto della concreta situazione di fatto, nel rispetto dei criteri generali introdotti all’art. 34 comma 20 del d.l. 179/2012, ossia: la parità tra gli operatori, l’economicità della gestione e l’adeguata informazione alla collettività di riferimento”; IV) “detti obiettivi devono essere necessariamente correlati al preminente interesse dell’utente a godere del miglior servizio possibile alle condizioni più convenienti”*;
- u) sulla natura (tra le altre) delle società miste: Cass. civ., sez. I, 22 febbraio 2019, n. 5346, secondo cui *“La natura di ente in house deriva da una visione sostanziale del fenomeno tipico dell’approccio funzionale seguito in sede Europea, nell’ambito del quale gli istituti giuridici elaborati a livello sovranazionale sono applicati sulla base della reale essenza della fattispecie concreta, a prescindere dalle qualificazioni formali vigenti negli ordinamenti dei singoli Paesi membri. Resta intatta la considerazione, però, che nell’ambito dell’ordinamento nazionale (che solo rileva ai fini specifici) non è prevista - per le società in house così come per quelle miste - alcuna apprezzabile deviazione rispetto alla comune disciplina privatistica delle società di capitali, nel senso che la posizione dei comuni all’interno della società è unicamente quella di socio in base al capitale conferito; donde soltanto in tale veste l’ente pubblico può influire sul funzionamento della società, avvalendosi non di poteri pubblicistici ma dei soli strumenti previsti dal diritto societario, da esercitare a mezzo dei membri presenti negli organi della società”*;
- v) sulla dismissione di quote pubbliche di società partecipate è stato evidenziato che l’obiettivo di riduzione delle partecipazioni si iscrive nel più ampio progetto di razionalizzazione degli organismi partecipati (anche societari), già predisposto dal Commissario straordinario per la *spending review* ai sensi dell’art. 23, d.l. 24 aprile 2014, n. 66, convertito dalla l. 23 giugno 2014, n. 89, poi seguito dal d. lgs. n. 175 del 2016. Le Sezioni regionali di controllo della Corte dei conti hanno sovente qualificato come motivo di rilievo, tra gli altri, l’inerzia delle amministrazioni locali quanto a dismissione di organismi partecipati (in grave perdita, privi di dipendenti o chiamati a svolgere attività analoghe o simili a quelle di altri enti o società presenti sul medesimo territorio) e la mancata motivazione e utilità di

interventi di soccorso finanziario vanificati dall'attivazione di subitane procedure di liquidazione (Corte conti, sez. aut., delib. 21 dicembre 2018 n. 23/SEZAUT/2018/FRG). La Corte costituzionale, con sentenza 16 giugno 2016 n. 144 (in *Giornale dir. amm.*, 2017, 357, con nota di TORELLI), ha identificato nell'impianto normativo lo scopo di *“evitare che soggetti dotati di privilegi svolgano attività economica al di fuori dei casi nei quali ciò è imprescindibile per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali, ovvero per la produzione di servizi di interesse generale (casi compiutamente identificati dal citato art. 3, co. 27 [l. n. 244 del 2007, n.d.e.]), al fine di eliminare eventuali distorsioni della concorrenza. Inoltre, esse mirano a realizzare detta finalità con modalità non irragionevoli, siccome il divieto stabilito dalle disposizioni censurate e l'obbligo di dismettere le partecipazioni possedute in violazione del medesimo non hanno carattere di generalità, ma riguardano esclusivamente i casi nei quali non sussista una relazione necessaria tra società, costituite o partecipate dalle amministrazioni pubbliche, e perseguimento delle finalità istituzionali”*.

Si vedano:

- v1) Cons. giust. amm. sic., sez. giur., 5 marzo 2020, n. 149, secondo cui *“Nell'ipotesi in cui l'amministrazione pubblica dismetta le quote di partecipazione in società miste pubbliche/private, l'acquisto da parte dei privati delle quote da alienare deve avvenire mediante procedure ad evidenza pubblica”*;
- v2) T.a.r. per la Sicilia, Catania, sez. I, 18 febbraio 2020, n. 395 con particolare riferimento alla causa di prelazione che impone l'alienazione delle quote di società pubblica ad altro socio della medesima società;
- v3) Cons. giust. amm. sic., sez. giur., 5 giugno 2019, n. 530 secondo cui: I) occorre *“richiamare le finalità che sono alla base del t.u. e, prima ancora, delle diverse disposizioni che, specie a far data dal 2006, lo hanno preceduto. Disposizioni mosse dall'intenzione del legislatore di porre un argine al proliferare delle società pubbliche, laddove non strettamente necessarie per il perseguimento delle finalità istituzionali dei singoli enti pubblici, a tutela sia della concorrenza che della sostenibilità della finanza pubblica. Seguendo questo obiettivo – che, invero, una pubblica amministrazione maggiormente consapevole del proprio ruolo avrebbe potuto e dovuto conseguire anche senza l'intervento del legislatore - sono stati posti dei limiti alla capacità di diritto privato delle pubbliche amministrazioni, specie a livello locale, accentuando il profilo del cd. vincolo di scopo, vietando loro di costituire società e di mantenerne la partecipazione, ove non strettamente necessario. Su un piano ancora più generale, intervenendo nel tormentato dibattito sulla natura delle società pubbliche, il legislatore, con una norma del 2012 oggi riprodotta all'art. 1, co. 3, del t.u., ha chiarito come «Per tutto quanto non derogato dalle disposizioni del presente decreto, si applicano alle società a partecipazione*

pubblica le norme sulle società contenute nel codice civile e le norme generali di diritto privato». Una vera e propria clausola ermeneutica generale, dunque, che deve ammonire l'interprete come il diritto privato sia la regola e le deviazioni da tale modello siano delle eccezioni"; II) "il Collegio deve sottolineare come il t.u. non preveda una disciplina di dettaglio in ordine alle modalità di alienazione delle partecipazioni sociali, non fornendo al riguardo indicazioni specifiche, fatto salvo il rispetto dei principi di pubblicità, trasparenza e non discriminazione. Nel silenzio del legislatore si è posto, nei primi commenti, il tema dell'alternativa tra il modello dell'evidenza pubblica e quello della negoziazione diretta. Il richiamo nell'atto impugnato all'istituto del «recesso» deve intendersi riferito a quanto disciplinato dal c.c. agli artt. 2437 e ss., dove è previsto un procedimento (si intende, di diritto privato) volto a determinare il valore delle azioni del recedente, sulla base del quale gli amministratori debbono offrirle in opzione agli altri soci della società; con la previsione che, qualora i soci non acquistino in tutto o in parte le azioni del recedente, gli amministratori possono collocarle presso terzi ovvero saranno acquistate da parte della società (gli artt. 2437-ter e quater sono comunque richiamati dall'art. 24, co. 5, del t.u., sebbene nell'ipotesi in cui la ricognizione non sia fatta o ad essa non segua l'alienazione, prevedendosi in tal caso una sorta di recesso ex lege, a conferma ulteriore della doverosità che impronta il t.u.)";

w) sull'affidamento di servizi a società mista nella legislazione regionale: Corte cost., 16 luglio 2014, n. 199 (in *Giur. cost.*, 2014, 3194);

x) sulla manifestazione di volontà del soggetto pubblico socio di società mista: Cons. Stato, sez. V, 23 gennaio 2019, n. 578 (in *Giur. it.*, 2019, 926, con nota di FERRARI) secondo cui:

x1) *"La volontà del soggetto pubblico che è socio di una società mista, analogamente a di quella di ogni soggetto collettivo socio di una società di capitali, e a differenza di quanto accade per il socio persona fisica, non si forma nel foro interno per essere, poi, esternata mediante dichiarazione e il voto in assemblea; ma all'esito di un evidente procedimento amministrativo, il cui atto principale è deliberato dall'organo competente per legge";*

x2) *"Se il soggetto collettivo è un soggetto privato, si tratta di interna corporis rilevanti solo per i partecipanti a quel soggetto stesso; ma se è ente pubblico, questo è un procedimento amministrativo che rileva per la generalità e rispetto al quale ben vi possono essere posizioni differenziate, sindacabili davanti al giudice amministrativo quale giudice del legittimo esercizio del potere pubblico";*

x3) *"V'è, dunque, una fase pubblicistica che precede la fase privatistica interna alla società e che si conclude con l'adozione della delibera da parte degli organi societari.*

Il socio pubblico, infatti, agisce prima come autorità e, poi, come socio: per così dire, come autorità determina e come socio delibera”;

- x4) *“La determinazione amministrativa precede ed è prodromica alla delibera societaria, secondo l’usuale schema dell’atto amministrativo prodromico all’adozione di un atto negoziale, ampiamente praticato in tema di contratti stipulati da una pubblica amministrazione (sul quale cfr. Cons. Stato, Ad. plen., 5 maggio 2014, n. 13, in *Giornale dir. amm.*, 2014, 825, con nota di MASSERA; v. altresì, ad es., Cass. civ., sez. un., 12 marzo 2007, n. 5593 in *Foro amm.-Cons. Stato*, 2007, 2084, con nota di PERFETTI; 10 ottobre 2002, n. 14474)”;*
- x5) *“La volontà del socio pubblico si forma nella prodromica determinazione amministrativa, e va a produrre i suoi reali effetti nei confronti della società, come nei confronti degli altri soci”;*
- x6) *“La posizione del socio di fronte all’esercizio del potere pubblico che riguarda la successiva condotta dell’ente all’interno della società non è, pertanto, [...] indifferenziata e assimilabile a quella di un quisque de populo estraneo al capitale sociale: ma è una situazione soggettiva particolare e differenziata”;*
- y) sulla legittimazione processuale del socio privato di società mista: Cons. Stato, sez. V, 23 gennaio 2019, n. 578, cit., secondo cui *“Il socio privato di una società di capitali a prevalente partecipazione pubblica è legittimato ad impugnare le deliberazioni dei comuni-soci prodromiche alle decisioni assunte in sede societaria che abbiano deciso di non alienare le partecipazioni detenute nella società”;*
- z) sul tema del rischio operativo e del piano economico finanziario:
 - z1) Cons. Stato, sez. V, 17 luglio 2019, n. 5022 (in *Foro it.*, 2019, III, 650, con nota di CORDOVA, alla quale si rinvia per ulteriori approfondimenti), secondo cui: *“se nel procedimento di revisione o di aggiornamento del piano economico finanziario di un rapporto concessorio, alla proposta del concessionario non segue la determinazione del concedente e, pertanto, non interviene il suo consenso, riprendono efficacia i generali principî dell’azione amministrativa autoritativa”;* *“data l’elevatissima complessità del procedimento di revisione o di aggiornamento del piano economico finanziario di un rapporto concessorio, derivante dalla difficoltà di trovare un punto di equilibrio accettabile tra le richieste formulate dal concessionario e le esigenze di finanza pubblica sottese al corretto esercizio del rapporto di concessione, va respinta, per mancanza del requisito della colpa, la domanda di condanna dell’amministrazione al risarcimento dei danni per non aver proceduto tempestivamente all’approvazione del piano economico finanziario”;*
 - z2) Cons. giust. amm. Sicilia, sez. giur., 26 aprile 2019, n. 343 (in *Azienditalia*, 2019, 12, 1661, con nota di VALLONE MUSCATO), secondo cui I) *“Il tratto distintivo che differenzia la concessione rispetto al contratto di appalto è*

rappresentato dalla sussistenza di un rischio operativo sostanziale, da ultimo definito dal legislatore come il rischio legato alla gestione dei lavori o dei servizi sul lato della domanda o sul lato dell'offerta o di entrambi, trasferito all'operatore economico"; II) "Il rischio operativo si ritiene sussistente nel caso in cui, in condizioni operative normali (per tali intendendosi l'insussistenza di eventi non prevedibili) «non sia garantito il recupero degli investimenti effettuati o dei costi sostenuti per la gestione dei lavori o dei servizi oggetto della concessione. La parte del rischio trasferita all'operatore economico deve comportare una reale esposizione alle fluttuazioni del mercato tale per cui ogni potenziale perdita stimata subita dall'operatore economico non sia puramente nominale o trascurabile»; II) "Tali chiarimenti normativi in tema di rischio operativo sono riferibili anche alle concessioni sorte nella vigenza del d.lgs. n. 163 del 2006; III) "la mancata corrispondenza fra costi operativi gestionali e canone concessorio (con conseguente perdita di esercizio per il gestore) rappresenta pur sempre un - non auspicabile, ma possibile - evento connesso all'ordinaria dinamica gestionale. Più in particolare, il rischio che la non corretta valutazione della domanda del servizio (e dei conseguenti flussi di cassa) determini effetti negativi sulla gestione del servizio rappresenta un ordinario «rischio di domanda», connaturato con lo stesso istituto concessorio (e, anzi, coesistente ad esso)": IV) "in capo all'ente concedente non sussiste alcun obbligo alla riconduzione del contratto di concessione ad una dimensione di remuneratività economica"; V) "La scelta dell'Amministrazione di accordare ex post una rimodulazione degli aspetti economici del contratto in corso di esecuzione si porrebbe in contrasto con i principi libero-concorrenziali, determinando una modifica successiva delle condizioni in relazione alle quali si è svolto il confronto competitivo fra più potenziali concessionari. Del resto, l'art. 106 del nuovo «Codice dei contratti» stabilisce che la modifica dei contratti in corso di esecuzione è eccezionalmente possibile, purché la necessità della modifica sia determinata da circostanze imprevedibili ed imprevedibili al momento di conclusione della concessione e che la modifica non alteri la natura generale del contratto (ivi compresi gli elementi costitutivi dell'equilibrio economico");

- aa) sul partenariato pubblico privato in generale e sul correlato affidamento della progettazione, costruzione e gestione di opere pubbliche a diretto utilizzo della pubblica amministrazione: Cons. Stato, sez. I, parere 28 aprile 2020, n. 823 (oggetto della News US n. 58 del 16 maggio 2020);
- bb) sulle forme e modalità di controllo di una pluralità di soci pubblici nelle società a partecipazione pubblica, Corte conti, sez. riun., 22 maggio 2019, n. 16 (in *Foro it.*, 2019, III, 474 con note di RANUCCI e D'AURIA), secondo cui "La qualificazione di una società a partecipazione pubblica come «società a controllo pubblico» (ai sensi

dell'art. 1, 1° comma, lett. b, d.leg. 19 agosto 2016 n. 175) si fonda sull'effettiva influenza degli enti partecipanti in ordine all'assunzione delle «decisioni finanziarie e gestionali strategiche relative all'attività sociale» ed è ravvisabile unicamente quando, in virtù di norme di legge o statutarie o di patti parasociali, le decisioni strategiche per la vita sociale richiedano il consenso unanime delle amministrazioni pubbliche che esercitano il controllo, restando escluso che la menzionata qualificazione possa essere desunta da «comportamenti univoci o concludenti» che consentano di configurare il «controllo congiunto» degli enti controllanti”; sulle diverse modalità di partecipazione pubblica, Cons. Stato, sez. I, parere 7 maggio 2019, n. 1389/19 (in *Foro amm.*, 2019, 812);

cc) sui rapporti fra codice dei contratti e disciplina previgente cfr. Cons. giust. amm. sic., sez. giur., 12 aprile 2018, n. 217 (in *Foro it.*, 2018, III, 414, con note di richiami di CAVALIERI; *Appalti & Contratti*, 2018, fasc. 5, 108; *Guida al dir.*, 2018, fasc. 21, 86, con nota di PONTE), secondo cui: “in materia di concessioni di servizi, il rapporto tra la disciplina dettata dal codice dei contratti pubblici e le disposizioni contenute nelle discipline settoriali previgenti richiede una specifica valutazione, alla luce dei principi generali sulla successione delle leggi nel tempo;

dd) per un'ampia casistica in materia di SIG e SIEG (in dottrina DE NICTOLIS, *op. Appalti pubblici e concessioni*, Bologna, 2020, 1767), Corte di giustizia UE, 28 gennaio 2016, C-50/14 (in *Foro it.*, 2016, IV, 142; *Guida al dir.*, 2016, 9, 104, con nota di CASTELLANETA; *Riv. trim. appalti*, 2016, 651), secondo cui, tra l'altro: “Gli art. 49 e 56 Tfu devono essere interpretati nel senso che non ostano a una normativa nazionale, come quella di cui al procedimento principale, che consente alle autorità locali di attribuire la fornitura di servizi di trasporto sanitario mediante affidamento diretto, in assenza di qualsiasi forma di pubblicità, ad associazioni di volontariato, purché il contesto normativo e convenzionale in cui si svolge l'attività delle associazioni in parola contribuisca effettivamente a una finalità sociale e al perseguimento degli obiettivi di solidarietà ed efficienza di bilancio”; “Qualora uno stato membro, che consente alle autorità pubbliche di ricorrere direttamente ad associazioni di volontariato per lo svolgimento di determinati compiti, autorizzi dette associazioni a esercitare determinate attività commerciali, spetta a tale stato membro fissare i limiti entro i quali le suddette attività possono essere svolte; detti limiti devono tuttavia garantire che le menzionate attività commerciali siano marginali rispetto all'insieme delle attività di tali associazioni, e siano di sostegno al perseguimento dell'attività di volontariato di queste ultime”;

ee) in dottrina:

ee1) sul PPP e sulla sua ripartizione (contrattuale – istituzionale) v. in dottrina R. DE NICTOLIS, *Appalti pubblici e concessioni*, Bologna, 2020, 1876 ss.; sulle

- concessioni di lavori e servizi, id., 1761 ss.; sulla finanza di progetto id., 1896 ss.;
- ee2) sulla differenza fra società miste e *in house*, oggetto sociale, sulla gara unica per la scelta del socio privato e relative modalità di svolgimento, e correlati profili processuali, R. DE NICTOLIS, cit., 212 ss.
- ee3) sulle società miste nella logica del codice appalti, R. DE NICTOLIS, cit., 251;
- ee4) sulla non perfetta coincidenza di vedute tra ordinamento UE e sistema nazionale in tema di società miste, R. VILLATA, *Pubblici servizi*, Milano, 2008, 143 ss.; S. MONZANI, *Controllo "analogo" e governance societaria nell'affidamento diretto dei servizi pubblici locali*, Milano, 2009, 163 ss.;
- ee5) sul peculiare tema dell'utilizzabilità delle società miste per l'esecuzione di "opere" necessarie allo svolgimento del servizio pubblico, v. G. MORBIDELLI, in F. TRIMARCHI (a cura di), *Le società miste per i servizi locali*, Milano, 1999, 106 ss.;
- ee6) sulla convivenza tra diritto commerciale e diritto amministrativo, v. M. LIBERTINI, in L. TORCHIA (a cura di), *Attraversare i confini del diritto*, Bologna, 2016, 215 ss.;
- ee7) sull'influenza del diritto eurounitario su quello nazionale con considerazioni rilevanti anche in questa materia: G. MONTEDORO, *Il diritto pubblico tra ordine e caos – I pubblici poteri nell'età della responsabilità*, Bari, 2018, 121 ss.;
- ee8) sul rapporto tra scelta concorrenziale del socio e affidamento diretto: F. CINTIOLI, *Concorrenza, istituzioni e servizio pubblico*, Milano, 2010, 235 ss.; S. DEL GATTO, in L. TORCHIA (a cura di), *Lezioni di diritto amministrativo progredito*, Milano, 2010, 92 ss.;
- ee9) sugli oneri di motivazione analitica per le "esternalizzazioni" dei servizi, S. NICODEMO, M.V. SUSANNA, *Società a partecipazione pubblica*, Ospedaletto (PI), 2018, 70 ss.;
- ee10) sul fenomeno delle società miste e sul suo possibile fondamento comunitario nel quadro del partenariato pubblico privato tratteggiato dal "Libro verde" della Commissione CE, presentato il 30 aprile 2004, v. M.A. SANDULLI, *Il partenariato pubblico-privato e il diritto europeo degli appalti e delle concessioni: profili della tutela*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 2005, 167 ss.