

Per la Corte di giustizia UE, in tema di appalti pubblici e contratti di concessione, l'amministrazione aggiudicatrice può escludere un operatore economico dalla procedura volta, da un lato, a costituire una società a capitale misto e, dall'altro, ad aggiudicare a tale società un appalto di servizi, qualora tale esclusione sia giustificata dal fatto che la partecipazione massima dell'amministrazione aggiudicatrice al capitale di detta società sarebbe di fatto superata se questa stessa amministrazione aggiudicatrice scegliesse il suddetto operatore economico come proprio socio, a condizione che un simile superamento comporti un aumento del rischio economico a carico della stessa amministrazione aggiudicatrice.

[Corte di giustizia UE, sezione IV, sentenza 1 agosto 2022, C-332/20, Roma Multiservizi spa, Rekeep spa](#)

Contratti pubblici – Partecipazione del socio privato ad una costituenda società mista – Limite minimo del trenta per cento

L'articolo 58 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, come modificata dal regolamento delegato (UE) 2017/2365 della Commissione, del 18 dicembre 2017, deve essere interpretato nel senso che un'amministrazione aggiudicatrice può escludere un operatore economico dalla procedura volta, da un lato, a costituire una società a capitale misto e, dall'altro, ad aggiudicare a tale società un appalto pubblico di servizi, qualora tale esclusione sia giustificata dal fatto che, a causa della partecipazione indiretta di tale amministrazione aggiudicatrice al capitale di tale operatore economico, la partecipazione massima della suddetta amministrazione aggiudicatrice al capitale di detta società, così come stabilita dai documenti di gara, sarebbe di fatto superata se questa stessa amministrazione aggiudicatrice scegliesse il suddetto operatore economico come proprio socio, a condizione che un simile superamento comporti un aumento del rischio economico a carico della stessa amministrazione aggiudicatrice (1).

L'articolo 38 della direttiva 2014/23/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, come modificata dal regolamento delegato (UE) 2017/2366 della Commissione, del 18 dicembre 2017, deve essere interpretato nel senso che un'amministrazione aggiudicatrice può escludere un operatore economico dalla procedura volta, da un lato, a costituire una società a capitale misto e, dall'altro, ad aggiudicare a tale società una

concessione di servizi, qualora tale esclusione sia giustificata dal fatto che, a causa della partecipazione indiretta di tale amministrazione aggiudicatrice al capitale di tale operatore economico, la partecipazione massima della suddetta amministrazione aggiudicatrice al capitale di detta società, così come stabilita dai documenti di gara, sarebbe di fatto superata se questa stessa amministrazione aggiudicatrice scegliesse il suddetto operatore economico come proprio socio, a condizione che un simile superamento comporti un aumento del rischio economico a carico della stessa amministrazione aggiudicatrice (2).

(1-2) I. – La Corte di giustizia UE, sul rinvio pregiudiziale di [Cons. Stato, sez. V, ordinanza 11 maggio 2020, n. 2929](#) (oggetto della [News US, n. 60 del 21 maggio 2020](#), sulla quale si veda *infra*, § h) ha formulato i principi di cui in massima, relativi all'interpretazione delle disposizioni che impongono un limite minimo del trenta per cento di partecipazione del socio privato di una società mista affidataria di servizi pubblici.

II. – Il collegio, dopo aver analizzato la vicenda processuale sottesa e le disposizioni applicabili, ha osservato quanto segue:

- a) la controversia riguarda l'esclusione del raggruppamento ricorrente da una procedura finalizzata a concludere un accordo avente ad oggetto, da un lato, la costituzione di una società a capitale misto con un operatore economico selezionato da un comune e, dall'altro, l'aggiudicazione alla medesima società della fornitura di un insieme di servizi accessori alle attività scolastiche propriamente dette, consistenti essenzialmente in servizi ausiliari, manutenzione, pulizia, facchinaggio e assistenza al trasporto scolastico riservato;
 - a1) la procedura aveva quindi come obiettivo la conclusione di un contratto misto;
 - a2) il comune ha considerato che, se avesse costituito la società a capitale misto con il raggruppamento progettato dalle società ricorrenti, avrebbe detenuto di fatto il 73,5% del capitale di tale società, mentre la normativa nazionale limita al 70% la quota massima che un'amministrazione aggiudicatrice può detenere nel capitale di una simile società e i documenti di gara fissavano al 51% la partecipazione di tale comune al capitale di detta società;
 - a3) il comune ha constatato che avrebbe raggiunto la quota del 73,5% perché una delle sue società controllate al 100% disponeva del 51% delle quote sociali nel capitale di una delle società del raggruppamento;
 - a4) occorre quindi esaminare se il diritto dell'Unione osti a che un'amministrazione aggiudicatrice prenda in considerazione la sua partecipazione indiretta al capitale di un operatore economico che ha manifestato il proprio interesse a divenire suo socio;

- b) la costituzione da parte di un'amministrazione aggiudicatrice e di un operatore economico privato di un'impresa comune non rientra, in quanto tale, nelle norme del diritto dell'Unione relative agli appalti pubblici o alle concessioni di servizi, ma:
- b1) occorre accertare se tale operazione in capitale non nasconda in realtà l'attribuzione a un partner privato di contratti definibili come appalti pubblici o concessioni;
 - b2) il fatto che un soggetto privato e un'amministrazione aggiudicatrice cooperino nell'ambito di un'entità a capitale misto non può giustificare il mancato rispetto di tali norme in sede di aggiudicazione di un appalto pubblico o di una concessione a tale soggetto privato o all'entità a capitale misto;
- c) nel caso di specie, inoltre, il contratto misto oggetto del procedimento principale richiedeva che *“le due parti di tale contratto fossero concluse con un partner unico che disponesse, come richiesto dai documenti di gara, sia della capacità finanziaria necessaria ad acquisire il 49% del capitale della costituenda società a capitale misto sia della capacità finanziaria e tecnica necessaria per incaricarsi, in pratica, di tutte le prestazioni di servizi accessori alle attività scolastiche del comune di Roma. Ne consegue che, salva verifica da parte del giudice del rinvio, le due parti di contratto di cui al procedimento principale appaiono collegate in modo inscindibile e costituenti un tutto indivisibile”*;
- c1) pertanto, l'operazione deve essere esaminata nel suo insieme in modo unitario ai fini della sua qualifica giuridica e deve essere valutata sulla base delle regole che disciplinano la parte che ne costituisce l'oggetto principale o l'elemento preponderante;
 - c2) nel caso di specie, l'obiettivo principale della procedura non era di creare una società a capitale misto, bensì di far gravare sul socio del Comune, nell'ambito di tale società, l'intero rischio operativo connesso alle prestazioni di servizi accessori alle attività scolastiche di tale comune, posto che detta società era concepita solo come il supporto mediante il quale il Comune riteneva che la qualità delle prestazioni fosse meglio garantita;
 - c3) nulla lascia emergere che la mera detenzione di una quota del capitale della società a capitale misto potesse costituire una fonte di reddito rilevante per il socio del comune. Risulta pertanto salva la verifica da parte del giudice del rinvio che la parte di contratto relativa alla prestazione dei servizi accessori alle attività scolastiche propriamente dette costituisce l'oggetto principale e l'elemento preponderante di cui al procedimento principale;
 - c4) *“In tali circostanze, occorre rispondere alle questioni pregiudiziali partendo dal presupposto secondo cui le due parti di contratto di cui al procedimento principale*

costituiscono un tutto indivisibile e che la parte preponderante del medesimo è quella avente ad oggetto l'aggiudicazione, alla società a capitale misto, delle prestazioni di servizi accessorie alle attività scolastiche del comune di Roma. Pertanto, il regime giuridico applicabile al contratto di cui al procedimento principale, considerato nella sua interezza, è quello a cui tale parte di contratto è soggetta'';

- d) il giudice del rinvio non si è pronunciato sulla questione di stabilire se il contratto di cui al procedimento principale mirava ad aggiudicare alla società a capitale misto una concessione di servizi o un appalto pubblico di servizi. Infatti la prima questione pregiudiziale riguarda indistintamente le direttive [2014/23](#) e [2014/24](#):
- d1) un appalto pubblico di servizi si distingue da una concessione di servizi a causa della natura del corrispettivo concesso all'aggiudicatario del contratto per i servizi da esso prestati. Infatti, il corrispettivo dell'aggiudicatario di un appalto pubblico consiste in un prezzo pagato dall'amministrazione aggiudicatrice, mentre il corrispettivo del concessionario consiste nel diritto di gestire il servizio oggetto della concessione, diritto che eventualmente può essere corredato di un prezzo. L'aggiudicazione di una concessione implica pertanto il trasferimento al concessionario di un rischio di gestione;
 - d2) spetta al giudice del rinvio determinare se l'aggiudicazione alla società a capitale misto avrebbe costituito un appalto pubblico di servizi o una concessione di servizi. Al fine di fornire una risposta utile al giudice del rinvio occorre esaminare le questioni pregiudiziali alla luce di entrambe le ipotesi;
- e) con riferimento alla direttiva 2014/24 e, quindi, nel caso in cui il contratto sia qualificato come appalto pubblico di servizi:
- e1) il valore stimato di un simile appalto è ampiamente superiore alle soglie oltre le quali gli appalti pubblici di servizi rientrano nell'ambito di applicazione della direttiva;
 - e2) l'art. 12, par. 4, della direttiva prevede che un appalto concluso esclusivamente tra due o più amministrazioni aggiudicatrici non rientra nell'ambito di applicazione di tale direttiva qualora ricorrano le condizioni previste da tale disposizione. Nel caso di specie, è sufficiente rilevare che un accordo di cooperazione non può avere l'effetto di porre un'impresa privata in una situazione privilegiata rispetto ai suoi concorrenti e ciò si sarebbe necessariamente verificato nel caso di specie tenuto conto della partecipazione di capitali privati nella costituenda società a capitale misto, di modo che tale disposizione non consente di sottrarre la procedura di cui

trattasi nel procedimento principale all'ambito di applicazione della direttiva 2014/24;

- e3) la società a capitale misto in questione non avrebbe comunque potuto soddisfare le condizioni, imposte dall'art. 12, par. 1, che consentono di considerarla come un ente *in house* del Comune. In particolare, se è vero che in un ente *in house* possono essere consentite forme di partecipazione diretta di capitali privati, è inoltre necessario che queste ultime non comportino controllo o potere di veto e che non consentano al socio privato di esercitare un'influenza determinante su tale società, mentre l'amministrazione aggiudicatrice deve, al contrario, conservare una simile influenza. Nel caso di specie, inoltre, la partecipazione del socio privato non deriva da un obbligo legale, ma costituisce una libera scelta dell'amministrazione aggiudicatrice di ricorrere a una procedura di partenariato pubblico-privato al fine di gestire i servizi accessori alle attività scolastiche;
- e4) gli artt. 74-77 della direttiva 2014/24 stabiliscono un regime semplificato di aggiudicazione degli appalti pubblici aventi ad oggetto i servizi sociali e specifici elencati nell'allegato XIV della direttiva e il contratto di cui al procedimento principale sembra avere avuto in parte come oggetto l'aggiudicazione di servizi elencati in tale allegato. In forza dell'art. 3, par. 2, secondo comma, della direttiva 2014/24, le norme applicabili a questo tipo di appalti pubblici misti sono quelle che disciplinano l'aggiudicazione dell'oggetto principale dell'appalto in questione, oggetto principale che è esso stesso determinato in base al valore stimato più elevato tra quelli dei rispettivi servizi interessati. Nel caso di specie risulta che il valore stimato dei servizi di cui al procedimento principale, che possono rientrare nell'allegato XIV della direttiva 2014/24, potrebbe essere inferiore al valore stimato degli altri servizi oggetto del contratto di cui al procedimento principale. Pertanto, occorre partire dal presupposto secondo cui gli articoli da 74 a 77 di tale direttiva non sono applicabili, circostanza che spetta tuttavia al giudice del rinvio verificare;
- f) poste tali considerazioni, occorre stabilire se le norme generali di aggiudicazione degli appalti pubblici come stabilite dalla direttiva 2014/24 ostino a che un operatore economico sia escluso dalla procedura di aggiudicazione di un contratto misto, come quello di cui al procedimento principale, per il motivo che, dopo aver preso in considerazione la sua partecipazione indiretta al capitale di tale operatore economico, l'amministrazione aggiudicatrice ha ritenuto che il suo apporto al capitale della costituenda società a capitale misto andasse, di fatto, oltre quanto

previsto dai documenti di gara, se avesse scelto detto operatore economico come suo socio;

- f1) nell'ambito di un contratto misto come quello di cui al procedimento principale, l'appalto pubblico di servizi è affidato senza che questo sia stato oggetto di una procedura di aggiudicazione conforme ai requisiti della direttiva 2014/24;
- f2) tali requisiti sono rispettati in occasione dell'aggiudicazione di un simile appalto pubblico qualora l'operatore economico con il quale l'amministrazione aggiudicatrice è chiamata a costituire la società a capitale misto, aggiudicatario di tale appalto, sia stato selezionato secondo una procedura che rispetta i suddetti requisiti;
- f3) *“Ne consegue che tale procedura deve consentire, in particolare, di selezionare il socio dell'amministrazione aggiudicatrice, a cui sono affidate l'attività operativa e la gestione del servizio oggetto dell'appalto pubblico, nel rispetto dei principi di parità di trattamento e di non discriminazione, di libera concorrenza nonché di trasparenza. I criteri di selezione di tale socio non possono, pertanto, fondarsi unicamente sui capitali conferiti, ma devono consentire ai candidati di dimostrare, oltre alla loro capacità di divenire azionista, anzitutto la loro capacità tecnica di fornire i servizi oggetto dell'appalto pubblico e i vantaggi, economici e di altro tipo, della loro offerta (v., per analogia, [sentenza del 15 ottobre 2009, Acoset, C-196/08, EU:C:2009:628, punti 59 e 60](#))”*;
- f4) inoltre, nei limiti in cui il ricorso a una società a capitale misto si spiega con l'intento dell'amministrazione aggiudicatrice di limitare sia il suo investimento nel capitale di tale società sia i rischi economici che ne derivano, deve inoltre essere consentito a tale amministrazione aggiudicatrice di tener conto della partecipazione, sia pure indiretta, che essa detiene nel capitale degli operatori economici che hanno manifestato il loro interesse a divenire socio della medesima. Infatti, anche quando è indiretta, una simile partecipazione espone, in linea di principio, l'amministrazione aggiudicatrice a un rischio supplementare rispetto a quello che avrebbe sopportato se non avesse detenuto, direttamente o indirettamente, alcuna quota del capitale del suo socio;
- f5) pertanto, *“un'amministrazione aggiudicatrice deve poter escludere, in base alla selezione qualitativa dell'operatore economico destinato a diventare suo socio, qualsiasi candidato di cui detenga quote sociali, sia pure indirettamente, qualora tale partecipazione porti a violare, di fatto, la ripartizione del capitale della società a capitale misto tra detta amministrazione aggiudicatrice e il suo socio, quale stabilita dai documenti di gara, e a rimettere così in discussione la capacità*

economica e finanziaria del suo socio di sopportare, senza intervento dell'amministrazione aggiudicatrice, gli obblighi che gli derivano da un simile contratto misto";

- f6) un requisito del genere consente quindi di garantire, come impone l'art. 58, par. 1, della direttiva 2014/24, che gli operatori economici dispongano della capacità economica e finanziaria necessaria per adempiere gli obblighi derivanti dal contratto misto di cui si tratta;
- f7) inoltre, salva verifica da parte del giudice del rinvio, detto requisito non sembra andare oltre quanto necessario per garantire l'obiettivo perseguito dall'amministrazione aggiudicatrice e consistente nel non impegnarsi economicamente, sia pure indirettamente, al di là della quota di capitale della società a capitale misto che, nei documenti di gara, tale amministrazione aggiudicatrice ha manifestato l'intenzione di acquisire. Un simile requisito potrebbe essere considerato sproporzionato solo nell'ipotesi in cui, in forza della normativa nazionale applicabile o delle disposizioni contrattuali pertinenti, fosse escluso che, nell'ambito delle attività della società a capitale misto costituita da un'amministrazione aggiudicatrice e da un operatore economico di cui tale amministrazione aggiudicatrice detenga, direttamente o indirettamente, una parte del capitale, detta amministrazione aggiudicatrice sia esposta a qualsivoglia rischio economico aggiuntivo, anche indiretto, a causa di una simile partecipazione al capitale del suo socio;
- f8) inoltre, i principi di parità di trattamento e di trasparenza richiedono che tutte le condizioni e le modalità della procedura di aggiudicazione siano formulate in maniera chiara, precisa e univoca nei documenti di gara, così da permettere a tutti i candidati e gli offerenti ragionevolmente informati e normalmente diligenti di comprenderne l'esatta portata e di interpretarle allo stesso modo e, inoltre, all'autorità aggiudicatrice di essere in grado di verificare effettivamente se il profilo e le offerte dei partecipanti rispondano ai criteri che disciplinano l'appalto;
- f9) spetta al giudice del rinvio verificare se, nel caso di specie, si possa dedurre in modo chiaro, preciso e univoco dai documenti di gara che le partecipazioni indirette del comune al capitale degli operatori economici che si erano candidati a divenirne il socio sarebbero state prese in considerazione al fine di stabilire se questi ultimi disponessero di una capacità economica e finanziaria sufficiente;
- g) con riferimento alla direttiva 2014/23 e, quindi, nell'ipotesi in cui la parte di contratto di cui al procedimento principale relativa all'aggiudicazione delle

prestazioni di servizi accessori alle attività scolastiche dovesse essere qualificata come concessione di servizi;

- g1) il valore stimato di tale parte supera ampiamente la soglia oltre la quale la direttiva è applicabile;
- g2) per motivi analoghi a quanto previsto con riferimento alla disciplina di cui alla direttiva 2014/24, spetta al giudice del rinvio verificare, in forza dell'art. 20, par. 1, secondo comma, della direttiva 2014/23, se la concessione di servizi di cui al procedimento principale non è soggetta al regime semplificato di aggiudicazione di cui all'art. 19 di tale direttiva, in quanto il valore stimato dei servizi di cui al procedimento principale, che possono rientrare nell'allegato IV di detta direttiva, non è superiore al valore degli altri servizi oggetto della concessione;
- g3) *“l'articolo 38 della direttiva 2014/23 autorizza un'amministrazione aggiudicatrice a tener conto della sua eventuale partecipazione indiretta al capitale degli operatori economici che hanno manifestato il loro interesse a divenire socio della medesima, al fine di determinare se la costituzione della società a capitale misto con simili operatori non le impedirebbe di rispettare, di fatto, il limite di partecipazione al capitale di tale società che essa stessa si è imposto. Tale articolo 38 l'autorizza altresì, in linea di principio, a escludere dalla procedura di aggiudicazione della concessione di servizi qualsiasi operatore economico che, per il fatto che l'amministrazione aggiudicatrice detiene, seppur indirettamente, una parte del suo capitale, non potrebbe essere il socio di tale amministrazione aggiudicatrice senza violare, di fatto, il limite di partecipazione massima al capitale di tale società a capitale misto che l'amministrazione aggiudicatrice si è stabilita”*;
- g4) ne discende il principio di cui in massima.

III. – Per completezza si osserva quanto segue:

- h) la questione è stata rimessa all'attenzione della Corte dalla citata [Cons. Stato, sez. V, ordinanza 11 maggio 2020, n. 2929](#), oggetto della [News US, n. 60 del 21 maggio 2020](#), alla quale si rinvia, oltre che per l'esame delle argomentazioni sviluppate dal collegio: al § p), sulla configurazione ordinamentale della società mista; ai §§ q) ed r) sulla scelta del socio privato mediante procedura ad evidenza pubblica; al § s), sulle gare a doppio oggetto tese all'individuazione del socio e in via contemporanea all'affidamento del servizio; al § t), sulla scelta del modulo gestionale da parte degli enti locali; al § u), sulla natura delle società miste; al § v), sulla dismissione di quote pubbliche di società partecipate; al § w), sull'affidamento di servizi a società mista nella legislazione regionale; al § x), sulla manifestazione di volontà del soggetto pubblico socio di società mista; al § y), sulla legittimazione processuale del socio privato di società mista; al § z), sul tema del

rischio operativo e del piano economico finanziario; al § 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; al § bb), sulle forme e modalità di controllo di una pluralità di soci pubblici nelle società a partecipazione pubblica; al § cc), sui rapporti fra codice dei contratti e disciplina previgente; al § dd), per un'ampia casistica in materia di SIG e SIEG; al § ee), per riferimenti dottrinali;

- i) con riferimento allo schema di contratto *standard* per l'affidamento della progettazione, costruzione e gestione di opere pubbliche a diretto utilizzo della pubblica amministrazione da realizzare in partenariato pubblico-privato, si veda [Cons. Stato, sez. I, parere 28 aprile 2020, n. 823](#), oggetto della [News US, n. 58 del 16 maggio 2020](#), cui si rinvia, oltre che per l'esame delle argomentazioni del collegio: al § j), sul PPP e sulla sua ripartizione contrattuale e istituzionale; al § k), sul tema del rischio e del piano economico finanziario; al § l), sui rapporti tra codice dei contratti e disciplina previgente; al § n), sulla differenza tra appalto e concessione;
- j) sull'art. 12, della direttiva 2014/24, si veda [Corte di giustizia UE, sez. IX, 30 giugno 2020, C-618/19, Ge.Fi.L.](#) (oggetto della [News US, n. 86 del 29 luglio 2020](#)), secondo cui *"L'articolo 12, paragrafo 4, 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, dev'essere interpretato nel senso che esso osta a una disposizione nazionale che consente l'affidamento diretto, senza gara, dell'appalto dei servizi relativi alla gestione della tassa automobilistica a un ente pubblico non economico che ha il compito di gestire il pubblico registro automobilistico"*. Alla citata News US si rinvia, oltre che per l'esame delle argomentazioni del collegio: al § g), sulla nozione di appalto rilevante ai fini dell'applicazione della disciplina europea; al § h), sulla motivazione del mancato ricorso al mercato; al § i), sul partenariato tra enti pubblici e motivazione del ricorso alla gara; al § j), sulla natura del partenariato pubblico-privato; al § k), sulla cooperazione fra amministrazioni ai fini dell'applicabilità della disciplina sulla evidenza pubblica; al § l), sul tema dei contratti di cooperazione tra entità pubbliche finalizzata a garantire l'adempimento di una funzione di servizio pubblico comune a queste ultime e sottratti all'evidenza pubblica; al § m), sull'onerosità o meno del contratto in presenza di un rimborso spese; al § n), sull'affidamento diretto di servizi all'ACI e al § o) sulla natura giuridica dell'ACI; al § p), per riferimenti dottrinali;
- k) sugli accordi fra pubbliche amministrazioni ai fini della disciplina sugli appalti pubblici, [Corte di giustizia UE, sez. VIII, 19 dicembre 2018, C-216/17, AGCM ed altri/ASST della Valcamonica ed altri](#) (oggetto della [News US, n. 8 del 7 gennaio](#)

2019), con cui la Corte ha affermato la compatibilità con il diritto europeo della clausola di estensione di un accordo quadro ad amministrazioni aggiudicatrici diverse da quelle che lo hanno stipulato, a condizione che le stesse siano chiaramente individuate e che sia determinata la quantità delle prestazioni che potranno essere richieste, non essendo a ciò sufficiente il riferimento all'ordinario fabbisogno delle amministrazioni non firmatarie. Alla citata News US si rinvia, oltre che per l'esame delle argomentazioni del collegio: al § i), in dottrina sugli istituti dell'accordo quadro e della centrale di committenza; al § j), in tema di convenzioni quadro; al § k), sulla estensione e i limiti della nozione di appalto; al § l), sull'accordo quadro in giurisprudenza; al § m), sulla centrale di committenza in giurisprudenza;

- l) nel senso che la costituzione di un'impresa non rilevi ai fini dell'applicabilità della normativa in tema di contratti pubblici si veda Corte di giustizia UE, 22 dicembre 2010, [C-215/09](#), *Mehiläinen Oy* (in *Repertorio Foro Italiano* 2011, Unione europea e Consiglio d'Europa, n.° 1459; *Foro amm.-Cons. Stato* 2010, 2589; *Riv. amm. appalti* 2010, 190 (m), con nota di TOMASSI; *Nuovo notiziario giur.* 2011, 240; *Giurisdiz. amm.* 2010, III, 1081; *Riv. it. dir. pubbl. comunitario* 2011, 621; *Raccolta* 2010, I, 13749; *Rass. dir. farmaceutico* 2011, 622), secondo cui *“La costituzione, da parte di un'amministrazione aggiudicatrice e di un operatore economico privato, di un'impresa comune non rientra, come tale, nella direttiva 2004/18; occorre tuttavia accertare se tale operazione in capitale non nasconda in realtà l'attribuzione ad un partner privato di contratti definibili come appalti pubblici o come concessioni; il fatto che un soggetto privato e un'amministrazione aggiudicatrice cooperino nell'ambito di un'entità a capitale misto non può giustificare il mancato rispetto, in sede di aggiudicazione di concessioni a tale soggetto privato o all'entità a capitale misto, delle disposizioni in materia di appalti pubblici”; “La partecipazione, anche minoritaria, di un'impresa privata al capitale di una società alla quale partecipi anche l'amministrazione aggiudicatrice esclude in ogni caso che tale amministrazione possa esercitare su detta società un controllo analogo a quello che essa esercita sui propri servizi”; “L'attribuzione di un appalto pubblico ad una società mista pubblico-privata senza indizione di gara pregiudica l'obiettivo di una concorrenza libera e non falsata ed il principio della parità di trattamento, nella misura in cui una procedura siffatta offrirebbe ad un'impresa privata presente nel capitale di detta società un vantaggio rispetto ai suoi concorrenti”;*
- m) sull'esigenza di esaminare il contratto misto nella sua complessità si veda Corte di giustizia UE, 6 maggio 2010, [C-145/08](#), *Club Hotel Loutraki A E* (in *Repertorio Foro Italiano* 2010, Unione europea e Consiglio d'Europa, n.° 1748; *Foro amm.-Cons. Stato* 2010, 923; *Raccolta* 2010, I, 4165), secondo cui *“Nella materia degli appalti e delle concessioni di servizi, in caso di contratto misto le cui differenti parti sono*

inseparabilmente connesse e formano un tutto indivisibile, l'operazione deve essere esaminata nel suo insieme in modo unitario ai fini della sua qualifica giuridica e deve essere valutata sulla base delle regole che disciplinano la parte che costituisce l'oggetto principale o l'elemento preponderante del contratto"; "Un contratto misto il cui oggetto principale è l'acquisizione da parte di un'impresa del quarantanove per cento del capitale di un'impresa pubblica e il cui oggetto accessorio, indissolubilmente connesso con tale oggetto principale, verte sulla fornitura di servizi e sull'esecuzione di lavori non rientra, nel suo insieme, nell'ambito dell'applicazione delle direttive in materia di pubblici appalti; ciò non esclude che un siffatto contratto debba osservare le regole fondamentali e i principi generali del trattato, in particolare in materia di libertà di stabilimento e di libera circolazione di capitali";

- n) sulla differenza tra appalto e concessione di servizi si veda tra le [altre Corte di giustizia UE, 10 settembre 2009, n. 206/08, Eurawasser mbH](#) (in *Repertorio Foro Italiano* 2010, Unione europea e Consiglio d'Europa, n.° 1752; *Raccolta* 2009, I, 8377; *Dir. comunitario scambi internaz.* 2010, 273, con nota di BIANCHI, PONZONE), secondo cui *"Nel caso di un contratto avente ad oggetto servizi, il fatto che la controparte contrattuale non sia direttamente remunerata dall'amministrazione aggiudicatrice, ma abbia il diritto di riscuotere un corrispettivo presso terzi, è sufficiente per qualificare quel contratto come «concessione di servizi» ai sensi dell'art. 1 n. 3 lett. b) dir. 2004/17, che coordina le procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto e servizi postali, allorché il rischio di gestione nel quale incorre l'amministrazione aggiudicatrice, per quanto considerevolmente ridotto in conseguenza della configurazione giuspubblicistica dell'organizzazione del servizio, è assunto integralmente o in misura significativa dalla controparte contrattuale; il fatto che il prestatore di servizi sia remunerato attraverso pagamenti da parte di terzi è una delle forme che può assumere l'esercizio del diritto, riconosciuto al prestatore, di gestire il servizio; è irrilevante, a tale proposito, che la remunerazione sia disciplinata dal diritto privato o dal diritto pubblico; quando le modalità di remunerazione pattuite consistono nel diritto del prestatore di sfruttare la propria prestazione, esse implicano che il prestatore si assuma il rischio legato alla gestione dei servizi in questione, poiché in tal caso il rischio è insito nella gestione economica del servizio; se l'amministrazione aggiudicatrice continua a sopportare detto rischio a carico completo, non esponendo il prestatore all'alea del mercato, l'assegnazione della gestione del servizio richiede il rispetto delle formalità previste dalla dir. 2004/17, al fine della tutela della trasparenza e della concorrenza; in caso di totale assenza di trasferimento al prestatore del rischio legato alla prestazione di servizi, l'operazione in parola rappresenta un appalto di servizi; in quest'ultimo caso il corrispettivo non consisterebbe nel diritto di gestire il servizio; in ogni caso, anche se il rischio nel quale incorre l'amministrazione aggiudicatrice è molto ridotto, sulla base*

dell'applicazione della normativa propria del settore di attività in esame, per poter ritenere sussistente una concessione di servizi è necessario che l'amministrazione aggiudicatrice trasferisca integralmente o, almeno, in misura significativa, al concessionario il rischio di gestione nel quale essa incorre; spetta al giudice nazionale valutare se si sia verificato un trasferimento integrale o in misura significativa del rischio nel quale incorre l'amministrazione aggiudicatrice; a tal fine, non devono essere presi in considerazione i rischi generali risultanti dalle modifiche normative intervenute nel corso dell'esecuzione del contratto"; "Nel caso di un contratto avente a oggetto servizi, il fatto che la controparte contrattuale non sia direttamente remunerata dall'amministrazione aggiudicatrice, ma abbia il diritto di riscuotere un corrispettivo presso terzi, è sufficiente per qualificare quel contratto come «concessione di servizi» ai sensi dell'art. 1 n. 3 lett. b) dir. n. 2004/17/Ce, che coordina le procure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto e servizi postali, dal momento che il rischio di gestione corso dall'amministrazione aggiudicatrice, per quanto considerevolmente ridotto in conseguenza della configurazione giuspubblicistica dell'organizzazione del servizio, è assunto dalla controparte contrattuale a carico completo o pressoché completo";

- o) sul rispetto dei principi di parità di trattamento e di trasparenza si veda [Corte di giustizia UE, 19 dicembre 2018, C-216/17](#), *Autorità garante concorrenza e mercatoc. Az. socio sanit. territ. Valcamonica* (in *Repertorio Foro Italiano* 2018, *Unione europea e Consiglio d'Europa*, n.° 1519; *Foro amm.* 2018, 2128; *Urbanistica e appalti* 2019, 347, con nota di PORCU), secondo cui "l'art. 1, par. 5, e l'art. 32, par. 2, 4° comma, direttiva 2004/18/Ce del parlamento europeo e del consiglio, del 31 marzo 2004, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi, devono essere interpretati nei seguenti termini: un'amministrazione aggiudicatrice può agire per se stessa e per altre amministrazioni aggiudicatrici, chiaramente individuate, che non siano direttamente parti di un accordo quadro, purché i requisiti di pubblicità e di certezza del diritto e, pertanto, di trasparenza siano rispettati, e è escluso che le amministrazioni aggiudicatrici che non siano firmatarie di tale accordo quadro non determinino la quantità delle prestazioni che potranno essere richieste all'atto della conclusione da parte loro degli accordi che gli danno esecuzione o che la determinino mediante riferimento al loro ordinario fabbisogno, pena violare i principi di trasparenza e di parità di trattamento degli operatori economici interessati alla conclusione di tale accordo quadro".