MAGGIOLI EDITORE - Appalti & Contratti

Corte di Giustizia Europea, (Quarta Sezione), Sentenza del 1° agosto 2022
Rinvio pregiudiziale – Appalti pubblici – Contratti di concessione – Costituzione di una società a capitale misto – Aggiudicazione a tale società della gestione di un "servizio scolastico integrato" – Designazione del socio privato in base a una procedura di appalto – Direttiva 2014/23/UE – Articolo 38 – Direttiva 2014/24/UE – Articolo 58 – Applicabilità – Criteri in house – Requisito di una partecipazione minima del socio privato al capitale della società a capitale misto – Partecipazione indiretta dell'amministrazione aggiudicatrice al capitale del socio privato – Criteri di selezione

Rinvio pregiudiziale – Appalti pubblici – Contratti di concessione – Costituzione di una società a capitale misto – Aggiudicazione a tale società della gestione di un "servizio scolastico integrato" – Designazione del socio privato in base a una procedura di appalto – Direttiva 2014/23/UE – Articolo 38 – Direttiva 2014/24/UE – Articolo 58 – Applicabilità – Criteri in house – Requisito di una partecipazione minima del socio privato al capitale della società a capitale misto – Partecipazione indiretta dell'amministrazione aggiudicatrice al capitale del socio privato – Criteri di selezione

Corte di Giustizia Europea, (Quarta Sezione), Sentenza del 1° agosto 2022 Causa C-332/20

1) 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.

2) 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.

SENTENZA DELLA CORTE (Quarta Sezione)
1° agosto 2022 (*)

«Rinvio pregiudiziale – Appalti pubblici – Contratti di concessione – Costituzione di una società a capitale misto – Aggiudicazione a tale società della gestione di un "servizio scolastico integrato" – Designazione del socio privato in base a una procedura di appalto – Direttiva 2014/23/UE – Articolo 38 – Direttiva 2014/24/UE – Articolo 58 – Applicabilità – Criteri in house – Requisito di una partecipazione minima del socio privato al capitale della società a capitale misto – Partecipazione indiretta dell'amministrazione aggiudicatrice al capitale del socio privato – Criteri di selezione»

Nella causa C-332/20,

avente ad oggetto la domanda di pronuncia pregiudiziale proposta alla Corte, ai sensi dell'articolo 267 TFUE, dal Consiglio di Stato (Italia), con ordinanza del 13 febbraio 2020, pervenuta in cancelleria il 22 luglio 2020, nel procedimento

Roma Multiservizi SpA,
Rekeep SpA
contro
Roma Capitale,
Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato,
nei confronti di:
Consorzio Nazionale Servizi soc. coop. (CNS),

LA CORTE (Quarta Sezione),

composta da C. Lycourgos (relatore), presidente di sezione, S. Rodin, J.-C. Bonichot, L.S. Rossi e O. Spineanu-Matei, giudici,
avvocato generale: M. Szpunar
cancelliere: A. Calot Escobar
vista la fase scritta del procedimento,
considerate le osservazioni presentate:
– per la Roma Multiservizi SpA, da F. Baglivo, T. Frosini, P. Leozappa, D. Lipani e F. Sbrana, avvocati;
– per la Rekeep SpA, da A. Lirosi, M. Martinelli, G. Vercillo e A. Zoppini, avvocati;
– per Roma Capitale, da L. D'Ottavi, avvocato;
– per la Consorzio Nazionale Servizi soc. coop. (CNS), da F. Cintioli, G. Notarnicola e A. Police, avvocati;
– per la Commissione europea, da G. Gattinara, P. Ondrůšek e K. Talabér-Ritz, in qualità di agenti,
sentite le conclusioni dell'avvocato generale, presentate all'udienza del 24 febbraio 2022,
ha pronunciato la seguente

Sentenza

1 La domanda di pronuncia pregiudiziale verte sull'interpretazione dell'articolo 30 della direttiva 2014/23/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sull'aggiudicazione dei contratti di concessione (GU 2014, L 94, pag. 1), come modificata dal regolamento delegato (UE) 2017/2366 della Commissione, del 18 dicembre 2017 (GU 2017, L 337, pag. 21) (in prosieguo: la «direttiva 2014/23»), nonché degli articoli 12 e 18 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 (GU 2014, L 94, pag. 65), come modificata dal regolamento delegato (UE) 2017/2365 della Commissione, del 18 dicembre 2017 (GU 2017, L 337, pag. 19) (in prosieguo: la «direttiva 2014/24»), in combinato disposto con l'articolo 107 TFUE.
2 Tale domanda è stata presentata nell'ambito di una controversia tra, da un lato, la Roma Multiservizi SpA e la Rekeep SpA e, dall'altro, Roma Capitale (comune di Roma, Italia) nonché l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (Italia), in merito alla decisione del comune di Roma di escludere dalla procedura di aggiudicazione di un contratto il raggruppamento progettato dalla Roma Multiservizi e dalla Rekeep.

Contesto normativo

Diritto dell'Unione
Direttiva 2014/23
3 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».
4 L'articolo 5 di tale direttiva così prevede:
«Ai fini della presente direttiva si applicano le definizioni seguenti:

1) "concessioni": le concessioni di lavori o di servizi di cui alle lettere a) e b):
(…)
b) "concessione di servizi", si intende un contratto a titolo oneroso stipulato per iscritto in virtù del quale una o più amministrazioni aggiudicatrici o uno o più enti aggiudicatori affidano la fornitura e la gestione di servizi diversi dall'esecuzione di lavori di cui alla lettera a) ad uno o più operatori economici, ove il corrispettivo consista unicamente nel diritto di gestire i servizi oggetto del contratto o in tale diritto accompagnato da un prezzo.
L'aggiudicazione di una concessione di lavori o di servizi comporta il trasferimento al concessionario di un rischio operativo legato alla gestione dei lavori o dei servizi, comprendente un rischio sul lato della domanda o sul lato dell'offerta, o entrambi. Si considera che il concessionario assuma il rischio operativo nel caso in cui, in condizioni operative normali, 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 al concessionario comporta una reale esposizione alle fluttuazioni del mercato tale per cui ogni potenziale perdita stimata subita dal concessionario non sia puramente nominale o trascurabile;
(…)».
5 L'articolo 8, paragrafo 1, di tale direttiva recita come segue:
«La presente direttiva si applica alle concessioni il cui valore sia pari o superiore a [EUR] 5 548 000 (…)».
6 L'articolo 10, paragrafo 3, della medesima direttiva è così formulato:
«La presente direttiva non si applica alle concessioni di servizi di trasporto aereo sulla base di una licenza di gestione a norma del regolamento (CE) n. 1008/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio[, del 24 settembre 2008, recante norme comuni per la prestazione di servizi aerei nella Comunità (GU 2008, L 293, pag. 3),] o alle concessioni di servizi di trasporto pubblico di passeggeri ai sensi del regolamento (CE) n. 1370/2007 [del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 ottobre 2007, relativo ai servizi pubblici di trasporto di passeggeri su strada e per ferrovia e che abroga i regolamenti del Consiglio (CEE) n. 1191/69 e (CEE) n. 1107/70 (GU 2007, L 315, pag. 1)]».
7 Ai sensi dell'articolo 17 della direttiva 2014/23:
«1. Una concessione aggiudicata da un'amministrazione aggiudicatrice o da un ente aggiudicatore ai sensi dell'articolo 7, paragrafo 1, lettera a), a una persona giuridica di diritto pubblico o di diritto privato non rientra nell'ambito di applicazione della presente direttiva quando siano soddisfatte tutte le seguenti condizioni:
a) l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore esercita sulla persona giuridica di cui trattasi un controllo analogo a quello da esso esercitato sui propri servizi;
b) oltre l'80% delle attività della persona giuridica controllata sono effettuate nello svolgimento dei compiti ad essa affidati dall'amministrazione aggiudicatrice o dall'ente aggiudicatore controllante o da altre persone giuridiche controllate dall'amministrazione aggiudicatrice o dall'ente aggiudicatore di cui trattasi; e
c) nella persona giuridica controllata non vi è alcuna partecipazione di capitali privati diretti, ad eccezione di forme di partecipazione di capitali privati che non comportano controllo o potere di veto, prescritte dalle disposizioni legislative nazionali, in conformità dei trattati, che non esercitano un'influenza determinante sulla persona giuridica controllata.
Si ritiene che un'amministrazione aggiudicatrice o un ente aggiudicatore di cui all'articolo 7, paragrafo 1, lettera a), eserciti su una persona giuridica un controllo analogo a quello da esso esercitato sui propri servizi ai sensi del presente paragrafo, primo comma, lettera a), quando esercita un'influenza decisiva sugli obiettivi strategici e sulle decisioni significative della persona giuridica controllata. Tale controllo può anche essere esercitato da una persona giuridica diversa, a sua volta controllata allo stesso modo dall'amministrazione aggiudicatrice o dall'ente aggiudicatore.
(…)
4. Un contratto concluso esclusivamente fra due o più amministrazioni aggiudicatrici o enti aggiudicatori di cui all'articolo 7, paragrafo 1, lettera a), non rientra nell'ambito di applicazione della presente direttiva qualora siano soddisfatte tutte le seguenti condizioni:
a) il contratto stabilisce o realizza una cooperazione tra le amministrazioni aggiudicatrici o gli enti aggiudicatori partecipanti, finalizzata a fare in modo che i servizi pubblici che esse sono tenute a svolgere siano prestati nell'ottica di conseguire gli obiettivi che esse hanno in comune;
b) l'attuazione di tale cooperazione è retta esclusivamente da considerazioni inerenti all'interesse pubblico; e
c) le amministrazioni aggiudicatrici o gli enti aggiudicatori partecipanti svolgono sul mercato aperto meno del 20% delle attività interessate dalla cooperazione
(…)».
8 L'articolo 19 di tale direttiva così dispone:

«Le concessioni per i servizi sociali e altri servizi specifici elencati nell'allegato IV che rientrano nell'ambito di applicazione della presente direttiva sono soggette esclusivamente agli obblighi previsti dall'articolo 31, paragrafo 3, e dagli articoli 32, 46 e 47».
9 L'articolo 20, paragrafo 1, di detta direttiva stabilisce quanto segue:
«Le concessioni aventi per oggetto sia lavori che servizi sono aggiudicate in conformità delle disposizioni applicabili al tipo di concessione che caratterizza l'oggetto principale del contratto in questione.
Nel caso di concessioni miste che consistono in parte in servizi sociali e altri servizi specifici elencati all'allegato IV, l'oggetto principale è determinato in base al valore stimato più elevato tra quelli dei rispettivi servizi».
10 L'articolo 30 della direttiva 2014/18 ha il seguente tenore:
«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.
(…)».
11 L'articolo 38, paragrafo 1, della direttiva 2014/23 è così formulato:
«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».
Direttiva 2014/24
12 Il considerando 32 della direttiva 2014/24 così recita:
«Gli appalti pubblici aggiudicati a persone giuridiche controllate non dovrebbero essere soggetti all'applicazione delle procedure previste dalla presente direttiva qualora l'amministrazione aggiudicatrice eserciti sulla persona giuridica di cui trattasi un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi, a condizione che la persona giuridica controllata svolga più dell'80% delle proprie attività nell'esecuzione di compiti a essa affidati dall'amministrazione aggiudicatrice che esercita il controllo o da altre persone giuridiche controllate da tale amministrazione aggiudicatrice, a prescindere dal beneficiario dell'esecuzione dell'appalto.
L'esenzione 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 nel capitale della persona giuridica controllata un indebito vantaggio rispetto ai suoi concorrenti. Tuttavia, date le particolari caratteristiche degli organismi pubblici con partecipazione obbligatoria, quali le organizzazioni responsabili della gestione o dell'esercizio di taluni servizi pubblici, ciò non dovrebbe valere nei casi in cui la partecipazione di determinati operatori economici privati al capitale della persona giuridica controllata è resa obbligatoria da una disposizione legislativa nazionale in conformità dei trattati, a condizione che si tratti di una partecipazione che non comporta controllo o potere di veto e che non conferisca un'influenza determinante sulle decisioni della persona giuridica controllata. Si dovrebbe inoltre chiarire che l'unico elemento determinante è la partecipazione privata diretta al capitale della persona giuridica controllata. Perciò, in caso di partecipazione di capitali privati nell'amministrazione aggiudicatrice controllante o nelle amministrazioni aggiudicatrici controllanti, ciò non preclude l'aggiudicazione di appalti pubblici alla persona giuridica controllata, senza applicare le procedure previste dalla presente direttiva in quanto tali partecipazioni non incidono negativamente sulla concorrenza tra operatori economici privati. Occorre altresì chiarire che le amministrazioni aggiudicatrici quali gli organismi di diritto pubblico, per i quali è possibile la partecipazione di capitali privati, dovrebbero essere in condizione di avvalersi dell'esenzione per la cooperazione orizzontale. Pertanto, se tutte le altre condizioni per la cooperazione orizzontale sono soddisfatte, l'esenzione ad essa relativa dovrebbe estendersi a tali amministrazioni aggiudicatrici qualora il contratto sia concluso esclusivamente tra amministrazioni aggiudicatrici».
13 L'articolo 2, paragrafo 1, di tale direttiva stabilisce quanto segue:
«Ai fini della presente direttiva si applicano le seguenti definizioni:
(…)
9) "appalti pubblici di servizi": appalti pubblici aventi per oggetto la prestazione di servizi diversi da

quelli di cui al punto 6;
(…)».
14 L'articolo 3 di detta direttiva prevede quanto segue:
«1. Il paragrafo 2 si applica ai contratti misti aventi per oggetto diverse tipologie di appalto, tutte contemplate nella presente direttiva.
I paragrafi da 3 a 5 si applicano ai contratti misti aventi per oggetto gli appalti contemplati nella presente direttiva e in altri regimi giuridici.
2. I contratti aventi ad oggetto due o più tipi di appalto (lavori, servizi o forniture) sono aggiudicati secondo le disposizioni applicabili al tipo di appalti che caratterizza l'oggetto principale del contratto in questione.
Nel 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.
3. Se le diverse parti di un determinato contratto sono oggettivamente separabili, si applica il paragrafo 4.
Se le diverse parti di un determinato contratto sono oggettivamente non separabili, si applica il paragrafo 6.
Se parte di un determinato contratto è disciplinata dall'articolo 346 TFUE o dalla direttiva 2009/81/CE [del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 luglio 2009, relativa al coordinamento delle procedure per l'aggiudicazione di taluni appalti di lavori, di forniture e di servizi nei settori della difesa e della sicurezza da parte delle amministrazioni aggiudicatrici/degli enti aggiudicatori, e recante modifica delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE (GU 2009, L 216, pag. 76)], si applica l'articolo 16 della presente direttiva.
4. Nel caso di contratti aventi ad oggetto appalti disciplinati dalla presente direttiva nonché appalti che non rientrano nell'ambito di applicazione della presente direttiva, le amministrazioni aggiudicatrici possono scegliere di aggiudicare appalti distinti per le parti distinte o di aggiudicare un appalto unico. Se le amministrazioni aggiudicatrici scelgono di aggiudicare appalti distinti per le parti distinte, la decisione che determina quale regime giuridico si applica a ciascuno di tali appalti distinti è adottata in base alle caratteristiche della parte distinta di cui trattasi.
Se le amministrazioni aggiudicatrici scelgono di aggiudicare un appalto unico, la presente direttiva si applica, salvo se altrimenti previsto all'articolo 16, all'appalto misto che ne deriva, a prescindere dal valore delle parti cui si applicherebbe un diverso regime giuridico e dal regime giuridico cui tali parti sarebbero state altrimenti soggette.
Nel caso di contratti misti che contengono elementi di appalti di forniture, lavori e servizi e di concessioni, il contratto misto è aggiudicato in conformità con la presente direttiva, purché il valore stimato della parte del contratto che costituisce un appalto disciplinato dalla presente direttiva, calcolato secondo l'articolo 5, sia pari o superiore alla soglia pertinente di cui all'articolo 4.
5. Nel caso di contratti aventi per oggetto sia appalti disciplinati dalla presente direttiva sia appalti per l'esercizio di un'attività soggetta alla 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)], le norme applicabili sono determinate, fatto salvo il paragrafo 4 del presente articolo, a norma degli articoli 5 e 6 della direttiva [2014/25].
6. Se 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».
15 L'articolo 4 della stessa direttiva così dispone:
«La presente direttiva si applica agli appalti con un importo, al netto dell'imposta sul valore aggiunto (IVA), pari o superiore alle soglie seguenti:
(…)
b) [EUR] 144 000 (…) per gli appalti pubblici di forniture e di servizi aggiudicati dalle autorità governative centrali e per i concorsi di progettazione organizzati da tali autorità; se gli appalti pubblici di forniture sono aggiudicati da amministrazioni aggiudicatrici operanti nel settore della difesa, questa soglia si applica solo agli appalti concernenti i prodotti menzionati nell'allegato III;
c) [EUR] 221 000 (…) per gli appalti pubblici di forniture e di servizi aggiudicati da amministrazioni aggiudicatrici sub-centrali e concorsi di progettazione organizzati da tali amministrazioni; tale soglia si applica anche agli appalti pubblici di forniture aggiudicati dalle autorità governative centrali che operano nel settore della difesa, allorché tali appalti concernono prodotti non menzionati nell'allegato III;
d) [EUR] 750 000 (…) per gli appalti di servizi sociali e di altri servizi specifici elencati all'allegato XIV».
16 L'articolo 7 della direttiva 2014/24 è così formulato:
«La presente direttiva non si applica agli appalti pubblici e ai concorsi di progettazione di cui alla direttiva

[2014/25] che sono aggiudicati o organizzati dalle amministrazioni aggiudicatrici che esercitano una o più delle attività di cui agli articoli da 8 a 14 di detta direttiva e sono aggiudicati per l'esercizio di tali attività (…)».
17 Ai sensi dell'articolo 12 di tale direttiva:
«1. Un appalto pubblico aggiudicato da un'amministrazione aggiudicatrice a una persona giuridica di diritto pubblico o di diritto privato non rientra nell'ambito di applicazione della presente direttiva quando siano soddisfatte tutte le seguenti condizioni:
a) l'amministrazione aggiudicatrice esercita sulla persona giuridica di cui trattasi un controllo analogo a quello da essa esercitato sui propri servizi;
b) oltre l'80% delle attività della persona giuridica controllata sono effettuate nello svolgimento dei compiti ad essa affidati dall'amministrazione aggiudicatrice controllante o da altre persone giuridiche controllate dall'amministrazione aggiudicatrice di cui trattasi; e
c) nella persona giuridica controllata non vi è alcuna partecipazione diretta di capitali privati, ad eccezione di forme di partecipazione di capitali privati che non comportano controllo o potere di veto, prescritte dalle disposizioni legislative nazionali, in conformità dei trattati, che non esercitano un'influenza determinante sulla persona giuridica controllata.
Si ritiene che un'amministrazione aggiudicatrice eserciti su una persona giuridica un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi ai sensi della lettera a) qualora essa eserciti un'influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni significative della persona giuridica controllata. Tale controllo può anche essere esercitato da una persona giuridica diversa, a sua volta controllata allo stesso modo dall'amministrazione aggiudicatrice.
(…)
4. Un contratto concluso esclusivamente tra due o più amministrazioni aggiudicatrici non rientra nell'ambito di applicazione della presente direttiva, quando sono soddisfatte tutte le seguenti condizioni:
a) il contratto stabilisce o realizza una cooperazione tra le amministrazioni aggiudicatrici partecipanti, finalizzata a garantire che i servizi pubblici che esse sono tenute a svolgere siano prestati nell'ottica di conseguire gli obiettivi che esse hanno in comune;
b) l'attuazione di tale cooperazione è retta esclusivamente da considerazioni inerenti all'interesse pubblico; e
c) le amministrazioni aggiudicatrici partecipanti svolgono sul mercato aperto meno del 20% delle attività interessate dalla cooperazione.
(…)».
18 L'articolo 18 di tale direttiva così dispone:
«1. 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.
2. Gli Stati membri adottano misure adeguate per garantire che gli operatori economici, nell'esecuzione di appalti pubblici, rispettino gli obblighi applicabili in materia di diritto ambientale, sociale e del lavoro stabiliti dal diritto dell'Unione, dal diritto nazionale, da contratti collettivi o dalle disposizioni internazionali in materia di diritto ambientale, sociale e del lavoro elencate nell'allegato X».
19 L'articolo 57 di detta direttiva prevede quanto segue:
«1. Le amministrazioni aggiudicatrici escludono un operatore economico dalla partecipazione a una procedura d'appalto qualora abbiano stabilito attraverso una verifica ai sensi degli articoli 59, 60 e 61 o siano a conoscenza in altro modo del fatto che tale operatore economico è stato condannato con sentenza definitiva per uno dei seguenti motivi:
a) partecipazione a un'organizzazione criminale, quale definita all'articolo 2 della decisione quadro 2008/841/GAI del Consiglio[, del 24 ottobre 2008, relativa alla lotta contro la criminalità organizzata (GU 2008, L 300, pag. 42)];
b) corruzione, quale definita all'articolo 3 della convenzione relativa alla lotta contro la corruzione nella quale sono coinvolti funzionari delle Comunità europee o degli Stati membri dell'Unione europea (…) e all'articolo 2, paragrafo 1 della decisione quadro 2003/568/GAI del Consiglio[, del 22 luglio 2003, relativa alla lotta contro la corruzione nel settore privato (GU 2003, L 192, pag. 54)]; nonché corruzione come definita nel diritto nazionale dell'amministrazione aggiudicatrice o dell'operatore economico;
c) frode ai sensi dell'articolo 1 della convenzione relativa alla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee (…);

d) reati terroristici o reati connessi alle attività terroristiche, quali definiti rispettivamente all'articolo 1 e all'articolo 3 della decisione quadro 2002/475/GAI del Consiglio[, del 13 giugno 2002, sulla lotta contro il terrorismo (GU 2002, L 164, pag. 3)] ovvero istigazione, concorso, tentativo di commettere un reato quali definiti all'articolo 4 di detta decisione quadro;
e) riciclaggio di proventi di attività criminose o finanziamento del terrorismo, quali definiti all'articolo 1 della direttiva 2005/60/CE del Parlamento europeo e del Consiglio[, del 26 ottobre 2005, relativa alla prevenzione dell'uso del sistema finanziario a scopo di riciclaggio dei proventi di attività criminose e di finanziamento del terrorismo (GU 2005, L 309, pag. 15)];
f) lavoro minorile e altre forme di tratta di esseri umani definite all'articolo 2 della direttiva 2011/36/UE del Parlamento europeo e del Consiglio[, del 5 aprile 2011, concernente la prevenzione e la repressione della tratta di esseri umani e la protezione delle vittime, e che sostituisce la decisione quadro del Consiglio 2002/629/GAI (GU 2011, L 101, pag. 1)].
L'obbligo di escludere un operatore economico si applica anche nel caso in cui la persona condannata definitivamente è un membro del consiglio di amministrazione, di direzione o di vigilanza di tale operatore economico o è una persona ivi avente poteri di rappresentanza, di decisione o di controllo.
2. Un operatore economico è escluso dalla partecipazione a una procedura d'appalto se l'amministrazione aggiudicatrice è a conoscenza del fatto che l'operatore economico non ha ottemperato agli obblighi relativi al pagamento di imposte o contributi previdenziali e se ciò è stato stabilito da una decisione giudiziaria o amministrativa avente effetto definitivo e vincolante secondo la legislazione del paese dove è stabilito o dello Stato membro dell'amministrazione aggiudicatrice.
Inoltre, le amministrazioni aggiudicatrici possono escludere o possono essere obbligate dagli Stati membri a escludere dalla partecipazione a una procedura d'appalto un operatore economico se l'amministrazione aggiudicatrice può dimostrare con qualunque mezzo adeguato che l'operatore economico non ha ottemperato agli obblighi relativi al pagamento di imposte o contributi previdenziali.
Il presente paragrafo non è più applicabile quando l'operatore economico ha ottemperato ai suoi obblighi pagando o impegnandosi in modo vincolante a pagare le imposte o i contributi previdenziali dovuti, compresi eventuali interessi o multe.
(…)
4. Le amministrazioni aggiudicatrici possono escludere, oppure gli Stati membri possono chiedere alle amministrazioni aggiudicatrici di escludere dalla partecipazione alla procedura d'appalto un operatore economico in una delle seguenti situazioni:
a) ove l'amministrazione aggiudicatrice possa dimostrare con qualunque mezzo adeguato la violazione degli obblighi applicabili di cui all'articolo 18, paragrafo 2;
b) se l'operatore economico è in stato di fallimento o è oggetto di una procedura di insolvenza o di liquidazione, se è in stato di amministrazione controllata, se ha stipulato un concordato preventivo con i creditori, se ha cessato le sue attività o si trova in qualsiasi altra situazione analoga derivante da una procedura simile ai sensi di leggi e regolamenti nazionali;
c) se l'amministrazione aggiudicatrice può dimostrare con mezzi adeguati che l'operatore economico si è reso colpevole di gravi illeciti professionali, il che rende dubbia la sua integrità;
d) se l'amministrazione aggiudicatrice dispone di indicazioni sufficientemente plausibili per concludere che l'operatore economico ha sottoscritto accordi con altri operatori economici intesi a falsare la concorrenza;
e) se un conflitto di interessi ai sensi dell'articolo 24 non può essere risolto efficacemente con altre misure meno intrusive;
f) se una distorsione della concorrenza derivante dal precedente coinvolgimento degli operatori economici nella preparazione della procedura d'appalto di cui all'articolo 41 non può essere risolta con altre misure meno intrusive;
g) se l'operatore economico ha evidenziato significative o persistenti carenze nell'esecuzione di un requisito sostanziale nel quadro di un precedente contratto di appalto pubblico, di un precedente contratto di appalto con un ente aggiudicatore o di un precedente contratto di concessione che hanno causato la cessazione anticipata di tale contratto precedente, un risarcimento danni o altre sanzioni comparabili;
h) se l'operatore economico si è reso gravemente colpevole di false dichiarazioni nel fornire le informazioni richieste per verificare l'assenza di motivi di esclusione o il rispetto dei criteri di selezione, non ha trasmesso tali informazioni o non è stato in grado di presentare i documenti complementari di cui all'articolo 59; o
i) se l'operatore economico ha tentato di influenzare indebitamente il procedimento decisionale dell'amministrazione aggiudicatrice, ha tentato di ottenere informazioni confidenziali che possono conferirgli vantaggi indebiti rispetto alla procedura di aggiudicazione dell'appalto, oppure ha fornito per

negligenza informazioni fuorvianti che possono avere un'influenza notevole sulle decisioni riguardanti l'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione.
Fermo restando il primo comma, lettera b), gli Stati membri possono esigere o prevedere la possibilità che l'amministrazione aggiudicatrice non escluda un operatore economico che si trovi in una delle situazioni di cui a tale lettera, qualora l'amministrazione aggiudicatrice abbia stabilito che l'operatore economico in questione sarà in grado di eseguire il contratto, tenendo conto delle norme e misure nazionali applicabili in relazione alla prosecuzione delle attività nelle situazioni di cui alla lettera b).
(…)».
20 L'articolo 58 della medesima direttiva stabilisce quanto segue:
«1. 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.
(…)
3. Per quanto riguarda la capacità economica e finanziaria, le amministrazioni aggiudicatrici possono imporre requisiti per garantire che gli operatori economici possiedano la capacità economica e finanziaria necessaria per eseguire l'appalto. A tal fine, le amministrazioni aggiudicatrici possono esigere in particolare che gli operatori economici abbiano un determinato fatturato minimo annuo, compreso un determinato fatturato minimo nel settore di attività oggetto dell'appalto. Inoltre le amministrazioni aggiudicatrici possono esigere che gli operatori economici forniscano informazioni riguardo ai loro conti annuali che evidenzino i rapporti, ad esempio, tra attività e passività. Possono inoltre esigere un livello adeguato di copertura assicurativa contro i rischi professionali.
Il fatturato minimo annuo che gli operatori economici devono avere non supera il doppio del valore stimato dell'appalto, salvo in circostanze debitamente motivate relative ai rischi specifici connessi alla natura dei lavori, servizi o forniture. L'amministrazione aggiudicatrice indica i motivi principali di tale requisito nei documenti di gara o nella relazione unica di cui all'articolo 84.
Ad esempio è possibile tenere conto del rapporto tra attività e passività se l'amministrazione aggiudicatrice specifica, nei documenti di gara, i metodi e i criteri per prendere in considerazione tale rapporto. Tali metodi e criteri sono trasparenti, oggettivi e non discriminatori.
Per gli appalti divisi in lotti il presente articolo si applica per ogni singolo lotto. Tuttavia, l'amministrazione aggiudicatrice può fissare il fatturato minimo annuo che gli operatori economici devono avere con riferimento a gruppi di lotti nel caso in cui all'aggiudicatario siano aggiudicati più lotti da eseguirsi contemporaneamente.
Se gli appalti basati su un accordo quadro devono essere aggiudicati in seguito alla riapertura della gara, il requisito del fatturato annuo massimo di cui al secondo comma del presente paragrafo è calcolato sulla base del valore massimo atteso dei contratti specifici che saranno eseguiti contemporaneamente, se conosciuto, altrimenti sulla base del valore stimato dell'accordo quadro. Nel caso di sistemi dinamici di acquisizione, il requisito del fatturato annuo massimo di cui al secondo comma è calcolato sulla base del valore massimo atteso degli appalti specifici da aggiudicare nell'ambito di tale sistema.
(…)».
21 L'articolo 74 della direttiva 2014/24 così recita:
«Gli appalti pubblici di servizi sociali e di altri servizi specifici di cui all'allegato XIV sono aggiudicati in conformità del presente capo quando il valore di tali contratti sia pari o superiore alla soglia indicata all'articolo 4, lettera d)».
Direttiva 2014/25
22 Ai sensi dell'articolo 6, paragrafo 2, della direttiva 2014/25:
«A un appalto destinato all'esercizio di più attività si applicano le norme relative alla principale attività cui è destinato».
23 L'articolo 11 di tale direttiva così dispone:
«La presente direttiva si applica alle attività relative alla messa a disposizione o alla gestione di reti destinate a fornire un servizio al pubblico nel campo del trasporto ferroviario, tranviario, filoviario, mediante autobus, sistemi automatici o cavo.
Nei servizi di trasporto, si considera che una rete esiste se il servizio viene fornito alle condizioni operative

stabilite dalla competente autorità di uno Stato membro, quali le condizioni relative alle tratte da servire, alla capacità di trasporto disponibile o alla frequenza del servizio».

Diritto italiano

24 L'articolo 5, comma 9, del decreto legislativo del 18 aprile 2016, n. 50 – Codice dei contratti pubblici (supplemento ordinario alla GURI n. 91, del 19 aprile 2016; in prosieguo: il «decreto legislativo n. 50/2016») enuncia quanto segue:

«Nei 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».

25 L'articolo 4 del decreto legislativo del 19 agosto 2016, n. 175 – Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica (GURI n. 210, dell'8 settembre 2016; in prosieguo: il «decreto legislativo n. 175/2016») stabilisce che le finalità perseguibili dalle pubbliche amministrazioni col ricorso alla costituzione di società partecipate soggiacciono ad un doppio vincolo di scopo. Da un lato, deve trattarsi di società aventi ad oggetto attività strettamente necessarie per il perseguimento delle finalità istituzionali dell'ente di cui trattasi. Dall'altro, le attività da svolgersi devono rientrare tra quelle espressamente indicate dal secondo comma della medesima norma, ossia, tra l'altro, la produzione di un servizio di interesse generale, ivi inclusa la realizzazione e la gestione delle reti e degli impianti funzionali ai servizi medesimi e la realizzazione e la gestione di un servizio d'interesse generale attraverso un contratto di partenariato di cui all'articolo 180 del decreto legislativo n. 50/2016, con un imprenditore selezionato con le modalità di cui all'articolo 17, commi 1 e 2, del decreto legislativo n. 175/2016.

26 L'articolo 7, comma 5, del decreto legislativo n. 175/2016 prescrive che i soci privati vengano previamente individuati attraverso procedure di evidenza pubblica, a norma dell'articolo 5, comma 9, del decreto legislativo n. 50/2016.

27 L'articolo 17, comma 1, del decreto legislativo n. 175/2016 così recita:

«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. 50/2016] 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».

28 Ai sensi dell'articolo 17, comma 2, del decreto legislativo n. 175/2016:

«Il socio privato deve possedere i requisiti di qualificazione previsti da norme legali o regolamentari in relazione alla prestazione per cui la società è stata costituita (…)».

Procedimento principale e questioni pregiudiziali

29 Il 4 settembre 2018 il comune di Roma ha indetto una gara d'appalto finalizzata, da un lato, a designare un socio al fine di costituire una società a capitale misto e, dall'altro, ad assegnare a tale società la gestione del «servizio scolastico integrato», per un importo stimato in EUR 277 479 616,21. Stando agli atti di gara, il comune di Roma avrebbe detenuto il 51% delle quote sociali di detta società, mentre il restante 49% avrebbe dovuto essere acquisito dal suo socio, il quale era anche chiamato a farsi carico dell'intero rischio operativo.

30 Una sola offerta è stata depositata da un costituendo raggruppamento, composto dalla Roma Multiservizi e dalla Rekeep. Era previsto che tale raggruppamento fosse detenuto al 10% dalla Rekeep, in qualità di mandante, e al 90% dalla Roma Multiservizi, in qualità di capogruppo mandataria, e che queste due società sottoscrivessero il capitale della costituenda società a capitale misto con il comune di Roma, in misura proporzionale alla loro quota in tale raggruppamento.

31 La Roma Multiservizi, creata nel 1994 dal comune di Roma, è detenuta al 51% dall'AMA SpA, mentre il resto del suo capitale è di proprietà della Rekeep e di La Veneta Servizi SpA. Il capitale dell'AMA è, dal canto suo, interamente detenuto da tale comune.

32 Il 1º marzo 2019 il costituendo raggruppamento formato dalla Roma Multiservizi e dalla Rekeep è stato escluso dalla procedura in corso, in quanto, tenuto conto della partecipazione dell'AMA al capitale della Roma Multiservizi, il comune di Roma avrebbe detenuto, di fatto, il 73,5% del capitale della società a capitale misto che sarebbe stata costituita con tale raggruppamento, superando così il limite del 51% fissato nel bando di gara e portando sotto la soglia del 49% la quota di capitale di rischio detenuta da operatori privati in tale società.

33 Tale decisione di esclusione è stata contestata dalla Rekeep e dalla Roma Multiservizi dinanzi al Tribunale amministrativo regionale per il Lazio (Italia). Quest'ultimo ha respinto i loro ricorsi con due sentenze pronunciate il 18 giugno 2019.

34 La Roma Multiservizi e la Rekeep hanno interposto appello avverso queste due sentenze dinanzi al

giudice del rinvio.
35 Nelle more del procedimento d'appello, il comune di Roma ha aggiudicato, al termine di una procedura negoziata, l'esecuzione del «servizio scolastico integrato» alla Consorzio Nazionale Servizi soc. coop. (CNS). Tale aggiudicazione è stata sospesa dal giudice del rinvio.
36 Nella sua domanda di pronuncia pregiudiziale, il Consiglio di Stato (Italia) rileva, in primo luogo, che, secondo la normativa nazionale applicabile, qualora società a capitale misto abbiano ad oggetto la realizzazione di un'opera pubblica o l'organizzazione e la gestione di un servizio d'interesse generale, attraverso un contratto di partenariato con un imprenditore selezionato con le modalità di cui all'articolo 17, commi 1 e 2, del decreto legislativo n. 175/2016, la partecipazione della persona privata non può essere inferiore al 30% e la selezione di tale socio privato deve avvenire mediante l'aggiudicazione di un appalto pubblico.
37 Il giudice del rinvio rileva, al riguardo, che la legittimità della partecipazione massima dell'amministrazione aggiudicatrice in una società a capitale misto non è stata contestata dinanzi ad esso e che esso è chiamato unicamente a esaminare se occorra tener conto della partecipazione indiretta del comune di Roma al capitale della Roma Multiservizi al fine di determinare se il suddetto limite sia stato rispettato.
38 In secondo luogo, secondo tale giudice, l'aggiudicazione diretta di un servizio a una società a capitale misto non è, in quanto tale, incompatibile con il diritto dell'Unione, a condizione, da un lato, che la gara d'appalto organizzata ai fini della selezione del socio privato dell'amministrazione aggiudicatrice nella società aggiudicataria si svolga nel rispetto degli articoli 49 e 56 TFUE nonché dei principi di parità di trattamento, di non discriminazione e di trasparenza e, dall'altro, che i criteri di selezione di tale socio privato siano legati non solo all'apporto di capitale di quest'ultimo, ma anche alle sue capacità tecniche e alle caratteristiche della sua offerta, in relazione alle prestazioni specifiche da fornire, di modo che la selezione dell'aggiudicatario possa essere considerata indirettamente derivante da quella del socio dell'amministrazione aggiudicatrice. Tale socio dovrebbe, pertanto, essere un partner operativo adeguato e non un semplice azionista, in quanto la sua partecipazione si giustifica proprio con la carenza, in seno alla pubblica amministrazione, delle competenze necessarie di cui dispone il socio privato.
39 Secondo il giudice del rinvio, è al fine di garantire una tale adeguatezza che il legislatore italiano ha fissato al 30% la soglia minima di partecipazione privata nelle società a capitale misto. Tale giudice precisa che il massimale del 70% della partecipazione pubblica in simili società corrisponde alla soglia oltre la quale l'attività di tali società può alterare la concorrenza privando il mercato in questione della sua attrattiva e consentendo al socio privato di limitare eccessivamente il rischio economico della sua partecipazione a dette società.
40 Il giudice del rinvio rileva, in terzo luogo, che, se la percentuale di partecipazione del socio dell'amministrazione aggiudicatrice al capitale della società a capitale misto dovesse essere calcolata prendendo unicamente in considerazione la forma giuridica di tale socio, l'esclusione del raggruppamento proposto dalla Roma Multiservizi e dalla Rekeep dalla procedura di aggiudicazione di cui al procedimento principale non sarebbe giustificata. Per contro, se si dovesse tener conto della partecipazione indiretta del comune di Roma al capitale della Roma Multiservizi, la quota del socio privato risultante dalla partecipazione del raggruppamento progettato dalla Roma Multiservizi e dalla Rekeep nella società a capitale misto, fissata formalmente al 49%, sarebbe in realtà del 26,5%, circostanza che darebbe luogo a una situazione di inefficienza del mercato e costituirebbe una violazione del principio della concorrenza, in quanto tale socio potrebbe trarre indebitamente profitto dai vantaggi della partecipazione pubblica e assicurarsi così una rendita di posizione sostanziale.
41 In tali circostanze, il Consiglio di Stato ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali:
«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 2014/24 e 30 della direttiva 2014/23, 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 [di 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%».

Sulle questioni pregiudiziali

Sulla ricevibilità delle questioni pregiudiziali

42 Secondo una costante giurisprudenza, le questioni vertenti sul diritto dell'Unione sono assistite da una presunzione di rilevanza. Il diniego della Corte di statuire su una questione pregiudiziale proposta da un giudice nazionale è possibile solo quando appaia in modo manifesto che l'interpretazione del diritto dell'Unione richiesta non ha alcuna relazione con la realtà effettiva o con l'oggetto della controversia principale, qualora il problema sia di natura ipotetica oppure, ancora, qualora la Corte non disponga degli elementi di fatto o di diritto necessari per fornire una risposta utile alle questioni che le vengono sottoposte [sentenze del 15 dicembre 1995, Bosman, C-415/93, EU:C:1995:463, punti 59 e 61, nonché del 25 novembre 2021, État luxembourgeois (Informazioni su un gruppo di contribuenti), C-437/19, EU:C:2021:953, punto 81].

43 L'esigenza di giungere a un'interpretazione del diritto dell'Unione che sia utile per il giudice nazionale impone che quest'ultimo definisca il contesto di fatto e di diritto in cui si inseriscono le questioni da lui sollevate o che, quantomeno, esso spieghi le ipotesi di fatto su cui tali questioni sono fondate. La decisione di rinvio deve, inoltre, indicare le ragioni precise che hanno indotto il giudice nazionale a interrogarsi sull'interpretazione del diritto dell'Unione e a ritenere necessario sottoporre alla Corte una questione pregiudiziale [sentenza del 10 marzo 2022, Commissioners for Her Majesty's Revenue and Customs (Assicurazione malattia che copre tutti i rischi), C-247/20, EU:C:2022:177, punto 75 e giurisprudenza ivi citata].

44 Orbene, il giudice del rinvio non spiega né le ragioni per cui ritiene che occorra interpretare l'articolo 107 TFUE né il collegamento che esso stabilisce tra tale disposizione e la normativa nazionale di cui al procedimento principale.

45 Per contro, a differenza di quanto sostiene la CNS, il giudice del rinvio, da un lato, identifica con sufficiente precisione le disposizioni delle direttive 2014/23 e 2014/24 di cui chiede l'interpretazione e, dall'altro, non chiede alla Corte di applicare il diritto dell'Unione alla controversia principale.

46 Da quanto precede risulta che le questioni pregiudiziali sono ricevibili, tranne, per quanto concerne la prima di esse, per la parte in cui riguarda l'interpretazione dell'articolo 107 TFUE.

Nel merito

47 La controversia di cui al procedimento principale riguarda l'esclusione del raggruppamento progettato dalla Roma Multiservizi e dalla Rekeep dalla procedura avviata il 4 settembre 2018 e finalizzata – prima che venisse abbandonata dal comune di Roma proprio a causa dell'esclusione di tale raggruppamento, il quale era stato l'unico a depositare un'offerta – a concludere un accordo avente ad oggetto, da un lato, la costituzione di una società a capitale misto con un operatore economico selezionato da tale comune e, dall'altro, l'aggiudicazione a tale 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. Ne consegue che tale procedura aveva come obiettivo la conclusione di un contratto misto.

48 Risulta inoltre dalla decisione di rinvio che il comune di Roma ha considerato che, se avesse costituito la società a capitale misto di cui al procedimento principale con il raggruppamento progettato dalla Roma Multiservizi e dalla Rekeep, esso avrebbe detenuto, di fatto, il 73,5% del capitale di tale società, mentre la normativa nazionale pertinente limita al 70% la quota massima che un'amministrazione aggiudicatrice può detenere nel capitale di una simile società e i documenti di gara, elaborati da tale comune, fissavano al 51% la partecipazione di tale comune al capitale di detta società.

49 Il comune di Roma è tuttavia giunto alla constatazione che esso avrebbe detenuto, di fatto, il 73,5% del capitale della costituenda società a capitale misto solo perché ha tenuto conto della circostanza che una delle sue società controllate, vale a dire l'AMA, da esso detenuta al 100%, disponeva del 51% delle quote sociali nel capitale della Roma Multiservizi.

50 Inoltre, dalla domanda di pronuncia pregiudiziale e dalle risposte ai quesiti posti dalla Corte risulta che l'esclusione del raggruppamento progettato dalla Roma Multiservizi e dalla Rekeep dalla procedura di cui trattasi nel procedimento principale è stata giustificata, quanto meno, sia dall'impossibilità di rispettare, se tale raggruppamento fosse stato scelto dal comune di Roma, il limite massimo di partecipazione di tale comune al capitale della società a capitale misto fissato dalla normativa nazionale pertinente, sia dall'impossibilità di rispettare il limite più rigoroso a una simile partecipazione previsto dai documenti di gara.

51 Al fine di fornire una risposta utile al giudice del rinvio, è pertanto sufficiente esaminare se il diritto dell'Unione osti a che, al fine di esaminare se quest'ultimo limite sia rispettato, un'amministrazione aggiudicatrice prenda altresì in considerazione la sua partecipazione indiretta al capitale di un operatore economico che ha manifestato il proprio interesse a divenire suo socio.

52 Alla luce di tali osservazioni, si deve considerare che, con le sue due questioni pregiudiziali, che occorre esaminate congiuntamente, il giudice del rinvio chiede sostanzialmente se le direttive 2014/24 e 2014/23 debbano essere interpretate nel senso che un'amministrazione aggiudicatrice non può escludere un operatore economico dalla procedura finalizzata, da un lato, alla costituzione di una società a capitale misto e, dall'altro, all'aggiudicazione a tale società di un appalto 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 scegliesse il suddetto operatore economico come proprio socio.
Sul regime giuridico applicabile al contratto di cui al procedimento principale
53 In primo luogo, occorre ricordare anzitutto che 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. Ciò premesso, occorre accertarsi che tale operazione in capitale non nasconda in realtà l'attribuzione a un partner privato di contratti definibili come «appalti pubblici» o come «concessioni». Inoltre, 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 (v., in tal senso, sentenza del 22 dicembre 2010, Mehiläinen e Terveystalo Healthcare, C-215/09, EU:C:2010:807, punti 33 e 34).
54 Inoltre, come sottolineato, in sostanza, dall'avvocato generale ai paragrafi da 57 a 59 delle sue conclusioni, dalla decisione di rinvio nonché dalle risposte ai quesiti posti dalla Corte risulta che le peculiarità del contratto misto di cui trattasi nel procedimento principale richiedevano 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 (v., in tal senso, sentenza del 6 maggio 2010, Club Hotel Loutraki e a., C-145/08 e C-149/08, EU:C:2010:247, punti 53 e 54).
55 Orbene, in un'ipotesi del genere, l'operazione di cui trattasi 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 (sentenze del 6 maggio 2010, Club Hotel Loutraki e a., C-145/08 e C-149/08, EU:C:2010:247, punto 48, nonché del 22 dicembre 2010, Mehiläinen e Terveystalo Healthcare, C-215/09, EU:C:2010:807, punto 36).
56 A tale riguardo, dalla decisione di rinvio e dalle risposte ai quesiti posti dalla Corte risulta che l'obiettivo essenziale della procedura di cui trattasi nel procedimento principale non era di creare una società a capitale misto, bensì di far gravare sul socio del comune di Roma, 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 di Roma riteneva che la qualità delle prestazioni fosse meglio garantita.
57 Inoltre, nulla lascia emergere che la mera detenzione di una quota del capitale della stessa società a capitale misto potesse costituire una fonte di reddito rilevante per il socio del comune di Roma.
58 Risulta pertanto, salva 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 del contratto di cui al procedimento principale.
59 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.
60 In secondo luogo, occorre rilevare che 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, che può rientrare nell'ambito di applicazione della direttiva 2014/23, o un appalto pubblico di servizi, che può rientrare nell'ambito di applicazione della direttiva 2014/24. Infatti la prima questione pregiudiziale riguarda indistintamente queste due direttive, i cui ambiti di applicazione tuttavia si escludono a vicenda.
61 A tale riguardo, occorre anzitutto ricordare che 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 (v., in tal senso, sentenze del 10 settembre 2009, Eurawasser, C-206/08, EU:C:2009:540, punto 51, e del 15 ottobre 2009, Acoset, C-196/08, EU:C:2009:628, punto 39).
62 Spetta al giudice del rinvio determinare, alla luce di quanto precede, se l'aggiudicazione alla società a capitale misto di cui al procedimento principale della gestione dei servizi accessori alle attività scolastiche del comune di Roma avrebbe costituito un appalto pubblico di servizi o una concessione di servizi. Al fine di fornire una risposta utile al giudice del rinvio, occorre tuttavia, nell'ambito della presente sentenza, esaminare le questioni pregiudiziali alla luce di ciascuna di queste due ipotesi.
63 Inoltre, nei limiti in cui, come sottolineato al punto 47 della presente sentenza, servizi di assistenza al trasporto scolastico riservato fanno parte dei servizi oggetto del contratto di cui al procedimento principale, occorre esaminare se una simile circostanza sia tale da influenzare l'applicabilità della direttiva 2014/23 o della direttiva 2014/24 alla procedura di aggiudicazione del contratto di cui al procedimento principale.
64 A tale riguardo, si deve sottolineare, da un lato, che, conformemente all'articolo 7 della direttiva 2014/24, l'ambito di applicazione di quest'ultima non si estende agli appalti pubblici nel settore dei servizi di trasporto, come definito all'articolo 11 della direttiva 2014/25.
65 Ciò premesso, dal fascicolo di cui dispone la Corte non risulta che i servizi di assistenza al trasporto scolastico, di cui al procedimento principale, consistono nella gestione di una rete destinata a fornire un servizio di trasporto, in particolare, mediante autobus, alle condizioni stabilite dall'autorità nazionale competente, quali le condizioni relative alle tratte da servire, alla capacità di trasporto disponibile o alla frequenza del servizio, ai sensi di tale articolo 11.
66 In ogni caso, dall'articolo 3, paragrafo 5, della direttiva 2014/24 risulta che, quando l'oggetto di un appalto è costituito da acquisti contemplati da tale direttiva e da acquisti effettuati ai fini dell'esercizio di un'attività disciplinata dalla direttiva 2014/25, occorre prendere in considerazione gli articoli 5 e 6 di quest'ultima direttiva. L'articolo 6, paragrafo 2, della medesima prevede, dal canto suo, che a un appalto destinato all'esercizio di più attività si applicano le norme relative alla principale attività cui è destinato.
67 Orbene, dal fascicolo di cui dispone la Corte non risulta che le prestazioni di assistenza al trasporto scolastico riservato previste dal contratto di cui al procedimento principale, anche supponendo che soddisfino le condizioni previste all'articolo 11 della direttiva 2014/25, costituiscono l'attività principale per la quale un simile contratto è stato concluso.
68 Dall'altro lato, ai sensi del suo articolo 10, paragrafo 3, la direttiva 2014/23 non si applica alle concessioni relative a servizi pubblici di trasporto di passeggeri, ai sensi del regolamento n. 1370/2007.
69 Ciò premesso, da detto fascicolo risulta ancor meno che le prestazioni di assistenza al trasporto scolastico riservato, oggetto del contratto di cui al procedimento principale, devono essere considerate servizi pubblici di trasporto di passeggeri, ai quali si applica il regolamento n. 1370/2007.
Sulla direttiva 2014/24
70 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 «appalto pubblico di servizi», ai sensi dell'articolo 2, paragrafo 1, punto 9, della direttiva 2014/24, occorrerebbe, in via preliminare, procedere alle seguenti constatazioni.
71 In primo luogo, dalla decisione di rinvio risulta che il valore stimato di un simile appalto, e pertanto del contratto di cui al procedimento principale, nella sua interezza, è ampiamente superiore alle soglie oltre le quali, conformemente all'articolo 4 della direttiva 2014/24, gli appalti pubblici di servizi rientrano nell'ambito di applicazione di tale direttiva.
72 In secondo luogo, occorre esaminare, come il giudice del rinvio invita a fare, se il contratto di cui al procedimento principale possa nondimeno esulare dall'ambito di applicazione di tale direttiva in forza del suo articolo 12.
73 A tale riguardo, occorre rilevare, da un lato, che l'articolo 12, paragrafo 4, della direttiva 2014/24 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.
74 Senza che sia necessario esaminare se, nel caso di specie, la società a capitale misto di cui al procedimento principale avrebbe potuto essere considerata un'amministrazione aggiudicatrice ai sensi dell'articolo 2, paragrafo 1, punto 1, della direttiva 2014/24, è sufficiente rilevare che, per rientrare nell'ambito di applicazione delle disposizioni dell'articolo 12, paragrafo 4, di tale direttiva, un accordo di cooperazione non può avere l'effetto di porre un'impresa privata in una situazione privilegiata rispetto ai

suoi concorrenti (sentenza del 28 maggio 2020, Informatikgesellschaft für Software-Entwicklung, C-796/18, EU:C:2020:395, punto 76). Orbene, come rilevato dall'avvocato generale al paragrafo 78 delle sue conclusioni, ciò si sarebbe verificato necessariamente 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.
75 Dall'altro lato, non risulta neppure che la società a capitale misto di cui al procedimento principale avrebbe potuto soddisfare le condizioni, imposte dall'articolo 12, paragrafo 1, della direttiva 2014/24, che consentono di considerarla un ente in house del comune di Roma.
76 A tale riguardo, se è vero che, in forza di tale disposizione, un ente in house può comportare forme di partecipazione diretta di capitali privati, è inoltre necessario che queste ultime non comportino controllo o potere di veto, che siano prescritte dalle disposizioni legislative nazionali, in conformità dei trattati, e che non consentano di esercitare un'influenza determinante su tale società, mentre l'amministrazione aggiudicatrice deve, al contrario, conservare una simile influenza.
77 Orbene, per quanto riguarda la condizione secondo cui tali forme di partecipazione devono essere imposte dalle disposizioni legislative nazionali, si deve constatare che la creazione della società a capitale misto di cui trattasi nel procedimento principale e, di conseguenza, la partecipazione di un socio privato al capitale di quest'ultima sembrano derivare non da un obbligo legale gravante sul comune di Roma, bensì dalla libera scelta di tale amministrazione aggiudicatrice di ricorrere a una procedura di partenariato pubblico-privato al fine di gestire i servizi accessori alle attività scolastiche.
78 In terzo luogo, va osservato che gli articoli da 74 a 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 di tale direttiva. Orbene, dalle risposte fornite ai quesiti posti dalla Corte risulta che il contratto di cui al procedimento principale sembra avere avuto, in parte, come oggetto l'aggiudicazione di servizi elencati in tale allegato.
79 In forza dell'articolo 3, paragrafo 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.
80 Alla luce delle risposte fornite ai quesiti posti dalla Corte, 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 nel caso di specie, circostanza che spetta tuttavia al giudice del rinvio verificare.
81 Fatte salve tali osservazioni, 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.
82 In primo luogo, occorre sottolineare che, nell'ambito di un contratto misto come quello di cui al procedimento principale, l'appalto pubblico di servizi è aggiudicato senza che quest'ultimo sia stato oggetto, in quanto tale, di una procedura di aggiudicazione conforme ai requisiti della direttiva 2014/24.
83 Ciò premesso, si deve ritenere che tali requisiti siano stati 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 rispetti i suddetti requisiti. 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).
84 In secondo luogo, dall'articolo 58, paragrafi 1 e 3, della direttiva 2014/24 risulta che un'amministrazione aggiudicatrice può ricorrere a criteri di selezione volti, in particolare, a escludere dalla procedura di aggiudicazione i candidati o gli offerenti che non presentino garanzie sufficienti quanto alla loro

capacità economica e finanziaria necessaria per eseguire l'appalto pubblico di cui trattasi, a condizione che detti criteri siano, da un lato, adeguati per assicurare che un candidato o un offerente abbia tale capacità e, dall'altro, attinenti e proporzionati all'oggetto dell'appalto.
85 A tale riguardo, occorre rilevare, in primo luogo, che è nella natura stessa di un contratto misto come quello di cui al procedimento principale che l'amministrazione aggiudicatrice fissi la ripartizione, tra essa stessa e il suo socio, del capitale della costituenda società a capitale misto.
86 Ne consegue che, nell'ambito della sua applicazione a un simile contratto misto, l'articolo 58, paragrafi 1 e 3, della direttiva 2014/24 consente a un'amministrazione aggiudicatrice di esigere, dagli operatori economici che abbiano manifestato il loro interesse a divenirne il socio e a farsi carico dell'effettiva esecuzione del contratto di servizi aggiudicato alla società così costituita, che essi dimostrino di disporre della capacità economica e finanziaria necessaria sia alla costituzione di tale società sia all'esecuzione di tale contratto.
87 In secondo luogo, nei limiti in cui il ricorso a una società a capitale misto si spiega, in particolare, 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.
88 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.
89 Un requisito del genere consente quindi di garantire, come impone l'articolo 58, paragrafo 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 trattasi.
90 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.
91 In terzo luogo, si deve aggiungere che i principi di parità di trattamento e di trasparenza, richiamati al punto 83 della presente sentenza, richiedono anche 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, anzitutto, a tutti i candidati e gli offerenti ragionevolmente informati e normalmente diligenti di comprenderne l'esatta portata e d'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 in questione (v., in tal senso, sentenze del 19 dicembre 2018, Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato – Antitrust e Coopservice, C-216/17, EU:C:2018:1034, punto 63, nonché del 17 giugno 2021, Simonsen & Weel, C-23/20, EU:C:2021:490, punto 61).
92 Spetta pertanto al giudice del rinvio verificare se, nel caso di specie, si potesse dedurre in modo chiaro, preciso e univoco dai documenti di gara che le partecipazioni indirette del comune di Roma 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.
93 Dall'insieme delle considerazioni che precedono risulta che l'articolo 58 della direttiva 2014/24 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.
Sulla direttiva 2014/23
94 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», ai sensi dell'articolo 5, paragrafo 1, lettera b), della direttiva 2014/23, occorre rilevare, in primo luogo, che il valore stimato di tale parte, e pertanto del contratto di cui al procedimento principale nella sua interezza, supera ampiamente la soglia oltre la quale, in forza del suo articolo 8, tale direttiva è applicabile.
95 In secondo luogo, per ragioni analoghe a quelle esposte ai punti da 73 a 77 della presente sentenza, l'articolo 17, paragrafi 1 e 4, di tale direttiva non risulta applicabile al procedimento principale.
96 In terzo luogo, per motivi analoghi a quelli esposti ai punti da 78 a 80 della presente sentenza, occorre muovere dal presupposto, che spetta tuttavia al giudice del rinvio verificare, secondo cui, in forza dell'articolo 20, paragrafo 1, secondo comma, della direttiva 2014/23, la concessione di servizi di cui al procedimento principale non è soggetta al regime semplificato di aggiudicazione di cui all'articolo 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 appare superiore al valore degli altri servizi oggetto della concessione.
97 In quarto luogo, per motivi analoghi a quelli esposti ai punti da 82 a 93 della presente sentenza, occorre considerare che 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.
98 Dall'insieme delle considerazioni che precedono risulta che l'articolo 38 della direttiva 2014/23 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.

Sulle spese

99 Nei confronti delle parti nel procedimento principale la presente causa costituisce un incidente sollevato dinanzi al giudice nazionale, cui spetta quindi statuire sulle spese. Le spese sostenute da altri soggetti per presentare osservazioni alla Corte non possono dar luogo a rifusione.

Per questi motivi, la Corte (Quarta Sezione) dichiara:

1) 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.

2) 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.

Lycourgos Rodin Bonichot
Rossi Spineanu-Matei

Così deciso e pronunciato a Lussemburgo il 1° agosto 2022.

Il cancelliere Il presidente della Quarta Sezione
A. Calot Escobar C. Lycourgos

---

* Lingua processuale: l'italiano.