

Project financing. La giurisdizione esclusiva del GA opera anche nelle ipotesi di sostituzione del socio esecutore inadempiente

Data di pubblicazione: 27-11-2017

Nel caso di controversia instaurata tra socio proprietario e concessionario del servizio, per l'affidamento a terzi dei servizi in precedenza eseguito da altro socio inadempiente (cessionario delle quote e posto in liquidazione), la relativa controversia è ascrivibile alla giurisdizione amministrativa esclusiva. Si ravvisa, un'ipotesi di giurisdizione esclusiva ex art. 133 c.p.a., in tutte le controversie di carattere non meramente patrimoniale insorte nell'ambito della fase di esecuzione del rapporto concessorio concernenti l'individuazione del soggetto esecutore di parte del servizio, in sostituzione di un socio esecutore.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso n. 4532 del 2017 di registro generale, proposto da:

Coopservice Soc. Coop. P.A., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avvocato Pierpaolo Salvatore Pugliano, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, largo Messico 7;

contro

Concessionaria Asolo Hospital Service S.p.A., non costituita in giudizio;

Tecnologie Sanitarie S.p.A., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avvocato Valentino Vulpetti, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Sabotino 2/A;

Azienda Unità Locale Socio Sanitaria N. 2 "Marca Trevigiana", in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avvocato Luigi Garofalo, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Ruggero Fauro, 43;

Asolo Hospital Service S.p.A., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dagli avvocati Giorgia Romitelli, Chiara Cacciavillani, con domicilio eletto presso lo studio Alessandro Boso Caretta in Roma, via dei Due Macelli 66;

nei confronti di

Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato - AGCM, Autorità Nazionale Anticorruzione – ANAC, entrambe non costituite in giudizio;

per l'annullamento

della sentenza breve del T.A.R. VENETO - VENEZIA :SEZIONE III n. 00526/2017, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Tecnologie Sanitarie S.p.A. e di Azienda Unità Locale Socio Sanitaria N. 2 "Marca Trevigiana" e di Asolo Hospital Service S.p.A.;

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 105, co. 2 e 87, co. 3, cod. proc. amm.;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 19 ottobre 2017 il Cons. Umberto Realfonzo e uditi per le parti gli avvocati Pierpaolo Salvatore Pugliano, Ludovica Bernardi su delega di Luigi Garofalo, Chiara Cacciavillani, Giorgia Romitelli e Valentino Vulpetti;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

L'Asolo Hospital Service S.p.A., Società di Progetto, nel 2004 era subentrata al RTI aggiudicatario della gara di Project Financing di cui alla L. 109/1994 e s.m.i. nel ruolo di concessionaria della "Concessione avente ad oggetto la realizzazione dei lavori di costruzione e la gestione di servizi relativi alle infrastrutture ospedaliere ubicate nei Comuni di Castelfranco Veneto e Montebelluna" di importo complessivo contrattualizzato in € 122.328.167,77, IVA

compresa e per una durata originaria di ventisette anni.

La predetta Asolo S.p.A. aveva stipulato un contratto di affidamento di servizi con Guerrato S.p.A., socia di minoranza di Asolo Spa, senza l'espletamento di una procedura selettiva, per la gestione di svariati servizi ricompresi nel più ampio rapporto di concessione, tra i quali: 1) energia e fornitura calore; 2) manutenzione apparecchiature sanitarie; 3) manutenzione opere edili, da fabbro e da falegname; 4) manutenzione arredi; 5) raccolta e smaltimento rifiuti; 6) gestione e manutenzione impianti ascensori e montacarichi; 7) vigilanza; 8) manutenzione PC e stampanti; 9) sterilizzazione; 10) rinnovi tecnologici dei predetti servizi.

In seguito alla risoluzione del predetto contratto per inadempimento ed alla cessione delle quote ad un gruppo straniero da parte della Guerrato S.p.A., la Asolo S.p.A. ha poi affidato il servizio di manutenzione apparecchiature sanitarie (n. 2) a Tecnologie Sanitarie S.p.a., all'esito di una informale procedura comparativa.

Con il presente gravame Coopservice, socio di minoranza della Concessionaria Società di Progetto Asolo Hospital Service S.p.A. chiede l'annullamento della sentenza con cui il TAR ha dichiarato inammissibile per difetto di giurisdizione il suo ricorso con cui:

a) aveva chiesto l'annullamento:

-- della lettera di invito, nota prot. n. 7039 del 28 marzo 2017, con la quale la predetta Concessionaria - a seguito di inadempienze nella gestione di alcuni servizi contestate a uno dei soci qualificanti (Guerrato S.p.A.), soggetto mandatario dell'originario RTI aggiudicatario della procedura di evidenza pubblica - ha avviato una procedura di scelta dei nuovi gestori disciplinata esclusivamente dal diritto privato, anziché applicare la legge di riferimento (art. 37-quinquies, comma 1-bis, L. 109/1994, poi art. 156, comma 2, D.lgs. 163/2006 e s.m.i., e infine art. 184, comma 2, D.lgs. 50/2016) e di conseguenza di provvedere ad affidare i servizi direttamente ai soci, previa verifica del mantenimento dei necessari requisiti economici e organizzativi;

-- della nota prot. n. 7098 del 19 aprile 2017, con la quale la Concessionaria Società di Progetto Asolo Hospital Service S.p.A. ha comunicato che i servizi oggetto della gravata Lettera di invito sono stati affidati temporaneamente, senza alcuna specifica sulla durata del contratto, sulle regole seguite per la scelta del nuovo gestore nell'interesse della Società e dei soci e senza indicare il nominativo dell'affidatario;

-- dei verbali del Consiglio di Amministrazione, nella parte in cui eventualmente deliberino di affidare i servizi oggetto di Concessione, in precedenza svolti da un socio qualificato Guerrato S.p.A. attraverso procedure disancorate dall'evidenza pubblica;

-- della nota prot. n. 7027 del 23 marzo 2017, con la quale la Asolo Hospital Service S.p.A. ha affermato che la Concessionaria di lavori pubblici, non rientrerebbe nel novero delle Amministrazioni Aggiudicatrici di cui al Codice degli Appalti Pubblici e che quindi sarebbe libera di affidare i servizi in questione con strumenti civilistici, senza il rispetto della normativa di riferimento invocata dalla ricorrente in primo grado, e comunque senza alcun obbligo di

indire una procedura ad evidenza pubblica;

-- e degli altri atti meramente confermativi dei predetti orientamenti

b) aveva chiesto, in via subordinata, la declaratoria dell'obbligo di indire una procedura ad evidenza pubblica tramite cui individuare i nuovi gestori non soci.

Il ricorso è affidato alla denuncia della violazione, tra gli altri, dell'art. 184, commi 2 e 3, D.lgs. n. 50/2016, (già art. 156, commi 2 e 3, D.lgs. n. 163/2006, già art. 37-*quinquies*, comma 1-*bis* e 1-*ter*, L. 109/1994); nonché dell'eccesso di potere per travisamento, sviamento, carenza di presupposti, contraddittorietà, manifesta ingiustizia difetto d'istruttoria e di motivazione.

In subordine ha chiesto che venga introdotta una questione pregiudiziale di rimessione alla Corte di Giustizia Europea sull'applicazione del diritto comunitario agli appalti di servizi dei concessionari.

Secondo l'appellante, erroneamente il primo Giudice avrebbe recepito acriticamente l'argomentare delle difese della Concessionaria, e con un'affermazione stereotipata ed avulsa dai fatti di causa, avrebbe dichiarato il difetto di giurisdizione. Al contrario la giurisdizione sarebbe di pertinenza del giudice amministrativo, in quanto il gravame di primo grado era diretto a sindacare le regole di affidamento della Concessionaria, laddove con regole del diritto privato ha esternalizzato i servizi in precedenza prestati da uno dei soci affidati all'esito della gara per un valore annuo complessivo per circa 19.000.000,00 e, per questo, era pienamente e totalmente soggetta alla relativa disciplina via via succedutasi in materia, per la quale l'affidamento diretto da parte del concessionario può essere disposto solo nei confronti dei soci originari.

La Coopservice contesta in particolare la legittimità della lettera d'invito strutturata secondo le regole del diritto privato in contrasto con la normativa di settore delle Società di Progetto che prevede l'affidamento diretto solo in favore dei soci e di nessun altro soggetto.

Il Giudice di primo grado, erroneamente avrebbe ancorato l'oggetto del giudizio a un "*diritto di preferenza asseritamente sancito*", quando invece la pretesa azionata dall'appellante mirava a censurare la difformità delle modalità di affidamento attuate dalla Concessionaria rispetto al quadro normativo di riferimento, consacrate in una disposizione del Codice dei Contratti Pubblici che perimetra chiaramente le regole di affidamento diretto.

Il gravame è fondato, per le ragioni di seguito illustrate.

Si deve osservare preliminarmente, in linea generale, che il tema della finanza di progetto implica la soluzione di questioni molto complesse sul piano giuridico, funzionale, amministrativo, economico e processuale, anche perché solo adesso stanno venendo al pettine molte problematiche finanziarie, gestionali ed operative di precedenti esperimenti di *project financing*.

In ogni caso, tale istituto non può infatti risolversi in un vulnus per la concorrenza comunitaria.

Il vero problema è che, sul punto, la normativa che si è succeduta nel tempo non appare di grande chiarezza sistematica, e si presta ad interessate interpretazioni ondivaghe.

Ai sensi dell'art. 37-*quinquies* comma 1-*bis* (comma introdotto dall'articolo 6 della legge n. 144 del 1999) ed identicamente ripreso dal 184 comma 3 D.lgs. 50:

1-bis. I lavori da eseguire e i servizi da prestare da parte delle società disciplinate dal comma 1 si intendono realizzati e prestati in proprio anche nel caso siano affidati direttamente dalle suddette società ai propri soci, sempre che essi siano in possesso dei requisiti stabiliti dalle vigenti norme legislative e regolamentari. Restano ferme le disposizioni legislative, regolamentari e contrattuali che prevedano obblighi di affidamento dei lavori o dei servizi a soggetti terzi."

Ragioni di sistematica portano a dover concludere che:

-- non vi sono dubbi che, in base alla normativa, nell'ambito del "recinto" originario dei soci della società di progetto, i servizi oggetto della concessione possono essere liberamente affidati ai soci, sempre che questi siano in possesso dei necessari requisiti;

-- il secondo capoverso -- non a caso collocato in coda all'eccezione precedente contemplata dal passo precedente -- se riletto nel contesto complessivo della disposizione comporta che debbano restare ferme le norme che impongono sempre l'evidenza pubblica per affidamento a terzi dei servizi oggetto della concessione.

In conseguenza, una volta che i soci abbiano costituito la società di progetto, e questa sia subentrata nel rapporto di concessione all'aggiudicatario, diventando concessionaria a legittimo titolo derivato, qualsiasi altro soggetto terzo è estraneo al rapporto di concessione.

In altre parole, non si tratta di un generico rinvio ad altre disposizioni -- se e nei limiti in cui esse si applicano -- ma, al contrario, di una norma di chiusura ordinamentale.

Se non fosse così, il precetto non avrebbe né portata pratica e neppure alcun senso logico-giuridico. Alla luce del primato del diritto europeo, i principi fondamentali, che presiedono la materia della tutela della concorrenza, sono espressione di canoni di rango comunitario tali da imporsi *ex se* a quelli che presiedono le scelte basilari operate dal legislatore nazionale.

Assieme ai principi costituzionali di efficienza, imparzialità e trasparenza, si tratta di cardini che costituiscono tasselli fondamentali per l'abbattimento delle barriere limitative della libertà di concorrenza (cfr. Autorità nazionale anticorruzione, Del. 21/01/2015, n. 9).

Tuttavia, la stretta delimitazione dei soggetti esecutori all'area dei soli soci (ed ai loro subappaltatori precedentemente indicati nell'offerta) è stata indirettamente confermata dall'art. 174 del d.lgs. n. 50/2016, che ha esteso ai concessionari la disciplina generale del sub-appalto, ed ha previsto espressamente che, in caso di concessione sopra la soglia comunitaria ex art. 35, comma 1, ogni offerente, qualora intenda ricorrere al subappalto, ha

l'obbligo di indicare nell'offerta la terna dei nominativi dei sub-appaltatori

Ciò posto, si deve annotare che, conformemente alla prospettazione indicata dall'appellante, nel presente giudizio è in discussione la giurisdizione sulla controversia originata dalla contestata legittimità della decisione della società concessionaria di attribuire direttamente, e previa gara informale, taluni dei servizi oggetto di concessione a soggetti diversi dai soci, senza l'osservanza delle regole nazionali ed europee in materia di evidenza pubblica.

Al riguardo, si deve del tutto escludere che, al di fuori dei rapporti obbligatori tra i soci, che sono loro garantiti dal contratto di concessione (a partire dall'art. 37-*quinquies*, comma 1, della l. n. 109/1994), possa rinvenirsi una qualche disposizione che integri un diritto di preferenza dei soci di una società di progetto concessionaria di pubblici servizi, all'affidamento diretto dei servizi.

In questo senso, viene meno l'argomento centrale esposto dalla società appellata, e fatto proprio anche dal TAR, secondo cui la controversia in esame concernerebbe "diritti soggettivi privati", riguardando esclusivamente i rapporti interni tra i componenti societarie della concessionaria.

Anche l'art. 177 del d.lgs. n. 50 cit. conferma indirettamente che gli affidamenti devono restare nell'ambito delle "*società controllate o collegate per i soggetti privati, ovvero tramite operatori individuati mediante procedura ad evidenza pubblica, anche di tipo semplificato*" anche quando pone il principio generale per cui, in caso di concessioni "*non affidate con la formula della finanza di progetto, ovvero con procedure di gara ad evidenza pubblica secondo il diritto dell'Unione europea*" (come quella in esame), una quota pari all'ottanta per cento dei contratti di importo pari o superiore a 150.000 euro deve essere affidata con procedura ad evidenza pubblica.

Né, a sostegno della propria pretesa, nel caso in esame, la Coopservice, odierna appellante, ha invocato una specifica disposizione del contratto di concessione che deponga in tal senso

Pertanto, deve escludersi *sic et simpliciter* un diritto soggettivo al subentro di un socio nel contratto dell'impresa precedente affidataria risultata inadempiente.

Il socio di minoranza, contrariamente a quanto eccepito dalla società appellata, ha però un interesse ed una legittimazione, alla tutela dei suoi interessi legittimi, al buon andamento finanziario e gestionale della Società. Ed in tal senso la circostanza per cui Coopservice non avesse formulato nessuna offerta a seguito dell'invito inoltrato da Asolo per una procedura estemporanea, ritenuta illegittima, non poteva far venir meno né la sua posizione legittimante e né i suoi interessi di socio di minoranza, anche con riguardo al solo rispetto delle regole.

L'ordinamento non disciplina chiaramente le modalità di affidamento dei servizi in precedenza affidati ai soci.

In tale direzione, ai fini della definizione della giurisdizione in tali casi, deve si deve operare un'analisi, caso per caso, diretta a distinguere le tipologie di affidamenti tra:

-- concessioni senza contributo pubblico che si differenziano sostanzialmente dall'appalto e sono svolte in pieno regime di concorrenza (c.d. concessioni "calde");

-- concessioni parzialmente o prevalentemente finanziate dal pubblico erario che, per la loro assimilabilità agli appalti, non escono dal recito della concorrenza per il mercato (c.d. concessioni "fredde").

Anche, in tal senso, l'Autorità nazionale anticorruzione (Det. 23/09/2015, n. 10/2015) ha sottolineato che, nel regime della Direttiva n.24/2014/UE la concessione, sia essa di lavori che di servizi, si differenzia dal contratto d'appalto, per la ripartizione del rischio tra amministrazione e concessionario. In assenza di alea correlata alla gestione, indipendentemente dal *nomen iuris* utilizzato, non si configura la concessione bensì l'appalto (nel quale vi è unicamente il rischio imprenditoriale derivante dalla errata valutazione dei costi di costruzione, da una cattiva gestione da inadempimenti contrattuali da parte dell'operatore economico o da cause di forza maggiore) con tutte le conseguenze del caso.

Si deve sottolineare come, nel caso, è anche assolutamente rilevante che i servizi affidati, in precedenza erano svolti da un socio qualificante poi venuto meno (Guerrato S.p.A.).

Tale circostanza altera infatti il profilo soggettivo del concessionario, in quanto, fin dall'art. 43 Dir. 2014/23/UE, il venir meno dei soci qualificanti e designati a titolo proprio come esecutori delle prestazioni, integra una fattispecie di "modifica soggettiva della concessione" che, tuttavia, non comporta automaticamente l'indizione di una nuova gara per il ri-affidamento della stessa.

L'art. 175, comma 1, del d.lgs. n. 50/2016, tra le differenti ipotesi di modifica successiva delle concessioni, prevede, tra le altre fattispecie, il caso di cui alla lett. d, n. 2) per cui, al concessionario iniziale possa succedere, anche in via particolare, un nuovo soggetto a seguito di ristrutturazioni societarie, acquisizioni o insolvenza, *"purché ciò non implichi altre modifiche sostanziali al contratto e non sia finalizzato ad eludere l'applicazione del presente codice, fatta salva l'autorizzazione del concedente"*.

A chiusura del sistema si prevede al comma 7, lett. d) che, in tutti gli altri casi *"se un nuovo concessionario sostituisce quello cui la stazione appaltante aveva inizialmente aggiudicato la concessione in casi diversi da quelli previsti al comma 1, lettera d)"* la modifica della concessione durante il periodo della sua efficacia è considerata "sostanziale", il che implica la sua decadenza e l'espletamento di una nuova procedura.

Ora, è evidente che, in tale ipotesi, l'autonomia gestionale del concessionario incontra il limite procedimentale del potere-dovere dell'amministrazione concedente di verificare la sussistenza o meno dei predetti presupposti previsti dalla legge sulla base di valutazioni che non sono solo ancorate alla discrezionale considerazione dei profili soggettivi connessi con la situazione, dell'interesse pubblico alla salvaguardia dello standard dei servizi ed al rispetto dei presupposti previsti dalla predetta disciplina comunitaria.

Con la cessione, e l'acquisto delle quote della società di progetto da parte di terzi, non

possono infatti aggirarsi i presidi posti dall'Unione europea a tutela della concorrenza e della qualità dei servizi pubblici.

In tale direzione, quindi, contrariamente a quanto afferma la Asolo S.p.a., l'art. 184, comma 3, d.lgs. n. 50/2016 (che riprende identicamente le precedenti disposizioni di cui al successivo comma 1-ter dell'art. 37-quinquies della L. n. 109/1994 ed all'art. 156 del d.lgs. n. 163/2006), non ha affatto introdotto una norma speciale per cui, dopo il collaudo, sarebbe arbitrariamente consentita la modificabilità dei soci selezionati con gara, e quindi autorizzata l'indiscriminata sostituzione degli operatori individuati inizialmente all'esito della procedura di gara per la gestione dei servizi con nuovi soggetti. Al contrario si tratta di un'ipotesi totalmente differente come è evidente, all'ultimo periodo con cui si dispone che: *“L'ingresso nel capitale sociale della società di progetto e lo smobilizzo delle partecipazioni da parte di banche e altri investitori istituzionali che non abbiano concorso a formare i requisiti per la qualificazione possono tuttavia avvenire in qualsiasi momento”*.

Nel contesto complessivo del comma (che concerne la responsabilità solidale, le garanzie bancarie e assicurative, la garanzia finanziaria per il buon adempimento, ecc.) emerge chiaramente che il precetto ha un mero rilievo ai fini esclusivamente finanziari, in quanto autorizza la circolazione dei capitali impiegati dai soci finanziatori, escludendo invece espressamente che -- con l'uscita di coloro che avevano concorso a formare i requisiti per la qualificazione tecnica dell'aggiudicatario originario -- possano per tale via modificarsi gli assetti societari e l'esecuzione delle prestazioni.

Pertanto, nel caso di controversia instaurata tra socio proprietario e concessionario del servizio, per l'affidamento a terzi dei servizi in precedenza eseguito da altro socio inadempiente (cessionario delle quote e posto in liquidazione), la relativa controversia è ascrivibile alla giurisdizione amministrativa esclusiva sotto un duplice aspetto.

In primo luogo si deve far riferimento all'art. 133 c.p.a. comma 1, lett. a-bis) e b), concernenti le concessioni di servizi pubblici, le cui controversie sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, fin dall'art. 5, comma 2, della l. n. 1034 del 1971.

Naturalmente sono escluse le controversie concernenti *"indennità, canoni o altri corrispettivi"*, riservate alla giurisdizione del Giudice Ordinario dall'art. 133, comma 1, lett. c), del c.p.a., in quanto vicende afferenti alla fase dell'adempimento delle obbligazioni ed alla disciplina dei rapporti che scaturiscono direttamente dal contratto (cfr. Cassazione civile sez. un. 5 aprile 2012 n. 5446; Consiglio di Stato sez. VI 10 maggio 2013 n. 2547; Consiglio di Stato Sez. V - 16/8/2016 n. 3640).

Lo stesso Giudice della giurisdizione ha individuato il confine in tutte quelle aree che, rivelandosi immuni da ogni interferenza con poteri d'intervento riservato alla pubblica amministrazione per la tutela di interessi generali, restano caratterizzate da contenuto puramente patrimoniale (cfr. Cassazione civile sez. un. 2 febbraio 2016 n. 1916).

In secondo luogo, anche ai sensi dell'art. 133, comma 1, lett. c) n. 1, del d.lgs. n. 104 del 2010, l'assunzione da parte di imprese estranee al novero dei soci della società di progetto di

servizi e di quote sociali è questione concernente profili estranei al mero rapporto patrimoniale tra la società medesima ed i suoi soci, in quanto attiene strettamente e funzionalmente alla qualità ed alle garanzie di un servizio pubblico essenziale di interesse generale rilevante ai fini della giurisdizione.

I servizi sanitari garantiscono a tutti i cittadini, in condizioni di uguaglianza, l'accesso universale all'erogazione equa delle prestazioni sanitarie, in attuazione dell'art. 32 della Costituzione.

Nell'ottica dell'art. 175 cit., va dunque richiamato la lett. e) n. 1, comma 1, dell'art. 133 del d.lgs. n. 104/2010, secondo cui (oltre agli affidamenti di pubblici lavori, servizi, forniture), con il riferimento al socio restano attratte nella giurisdizione esclusiva anche le procedure *"...svolte da soggetti comunque tenuti, nella scelta del contraente o del socio, all'applicazione della normativa comunitaria ovvero al rispetto dei procedimenti di evidenza pubblica previsti dalla normativa statale o regionale"*.

In conclusione, è ravvisabile, nella fattispecie, un'ipotesi di giurisdizione esclusiva ex art. 133 c.p.a., atteso che la giurisdizione esclusiva ivi prevista si estende anche alle controversie di carattere non meramente patrimoniale insorte nell'ambito della fase di esecuzione del rapporto concessorio concernenti l'individuazione del soggetto esecutore di parte del servizio, in sostituzione di un socio esecutore. In tale quadro complessivo, anche alla luce delle considerazioni sulla natura "fredda" o "calda" della concessione spetta al Tribunale Amministrativo la definizione esclusiva della legittimità, o meno, dell'affidamento dell'esecuzione e delle quote a terzi con l'evidenza pubblica, perché non è una questione meramente contrattuale di carattere patrimoniale.

Pertanto, in accoglimento dell'appello, la sentenza impugnata va annullata con rinvio al medesimo T.A.R.

Le spese del doppio grado possono essere integralmente compensate tra le parti.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e dichiara la giurisdizione del giudice amministrativo. Per l'effetto, annulla con rinvio la sentenza di primo grado.

Spese del doppio grado compensate.

Ordina che la pubblica amministrazione dia esecuzione alla presente decisione.

Guida alla lettura

Nella sentenza in commento si esamina la possibilità per il socio della Società di Progetto (SDP) di affidare, direttamente e senza gara, ad una società propria partecipata la gestione di uno o più servizi della concessione.

In particolare la controversia verte sulla possibilità della SDP di adottare strumenti civilistici senza il rispetto della normativa di riferimento, senza alcun obbligo di indire una procedura ad evidenza pubblica. Nel caso di specie, la SDP dopo essere subentrata nel RTI aggiudicatario della gara di *project financing* di cui alla L. 109/1994, avente ad oggetto la realizzazione dei lavori di costruzione e la gestione di servizi relativi alle infrastrutture ospedaliere, aveva stipulato un contratto di affidamento di servizi con una socia di minoranza, senza l'espletamento di una procedura selettiva, per la gestione di servizi ricompresi nel più ampio rapporto di concessione. A seguito della risoluzione di tale contratto per inadempimento della società di minoranza e della cessione delle quote di quest'ultima ad un gruppo straniero, la concessionaria aveva affidato il servizio di manutenzione di apparecchiature sanitarie ad una società terza all'esito di una informale procedura comparativa. La società appellante, anch'essa socia di minoranza della concessionaria, chiedeva a questo Consiglio l'annullamento della sentenza con cui il giudice di prime cure aveva dichiarato inammissibile per difetto di giurisdizione il suo ricorso. Secondo l'odierna appellante, la giurisdizione sarebbe di pertinenza del giudice amministrativo, in quanto il gravame di primo grado era diretto a sindacare le regole di affidamento della concessionaria. In particolare veniva contestata la legittimità della lettera d'invito con la quale la predetta concessionaria, a seguito di inadempimenti nella gestione di alcuni servizi contestate a uno dei soci - in qualità di soggetto mandatario dell'originario RTI aggiudicatario della procedura di evidenza pubblica - aveva avviato una procedura di scelta dei nuovi gestori disciplinata esclusivamente dal diritto privato, anziché applicare la legge di riferimento (art. 37-*quinquies*, comma 1-*bis*, L. 109/1994, poi art. 156, comma 2, D.lgs. 163/2006 e s.m.i., e infine art. 184, comma 2, D.lgs. 50/2016).

Questo Consiglio ritiene fondato il gravame.

In tema di *project financing* ai sensi dell'art. 37-*quinquies* comma 1-*bis* (comma introdotto dall'articolo 6 della legge n. 144 del 1999) ed identicamente ripreso dall'art. 184 comma 2 D.lgs. 50/2016 *i lavori da eseguire e i servizi da prestare da parte delle società disciplinate dal comma 1 si intendono realizzati e prestati in proprio anche nel caso siano affidati direttamente dalle suddette società ai propri soci, sempre che essi siano in possesso dei requisiti stabiliti dalle vigenti norme legislative e regolamentari. Restano ferme le disposizioni legislative, regolamentari e contrattuali che prevedano obblighi di affidamento dei lavori o dei servizi a soggetti terzi*. Si può dunque ritenere che una volta che i soci abbiano costituito la società di progetto, e questa sia subentrata nel rapporto di concessione all'aggiudicatario, diventando concessionaria a titolo derivato, qualsiasi altro soggetto terzo è estraneo al rapporto di concessione. Si deve del tutto escludere che, al di fuori dei rapporti obbligatori tra i soci, che

sono garantiti dal contratto di concessione (a partire dall'art. 37-*quinquies*, comma 1, della l. n. 109/1994), possa rinvenirsi una qualche disposizione che integri un diritto di preferenza dei soci di una società di progetto concessionaria di pubblici servizi, all'affidamento diretto dei servizi. Il Giudice di primo grado, erroneamente avrebbe ancorato l'oggetto del giudizio a un "*diritto di preferenza asseritamente sancito*", quando invece la pretesa azionata dall'appellante mirava a censurare la difformità delle modalità di affidamento attuate dalla concessionaria rispetto al quadro normativo di riferimento. Deve escludersi *sic et simpliciter* un diritto soggettivo al subentro di un socio nel contratto dell'impresa precedente affidataria risultata inadempiente. L'ordinamento non disciplina chiaramente le modalità di affidamento dei servizi in precedenza affidati ai soci ma ai fini della definizione della giurisdizione in tali casi, si deve operare un'analisi, caso per caso. Con la cessione e l'acquisto delle quote della società di progetto da parte di terzi, non possono aggirarsi i presidi posti dall'Unione Europea a tutela della concorrenza e della qualità dei servizi pubblici. L'art. 184, comma 3, d.lgs. n. 50/2016 (che riprende identicamente le precedenti disposizioni di cui al successivo comma 1-*ter* dell'art. 37-*quinquies* della l. n. 109/1994 ed all'art. 156 del d.lgs. n. 163/2006), non ha affatto introdotto una norma speciale per cui, dopo il collaudo, sarebbe arbitrariamente consentita la modificabilità dei soci selezionati con gara, e quindi autorizzata l'indiscriminata sostituzione degli operatori individuati inizialmente all'esito della procedura di gara per la gestione dei servizi con nuovi soggetti. Il precetto ha un mero rilievo ai fini esclusivamente finanziari, in quanto autorizza la circolazione dei capitali impiegati dai soci finanziatori, escludendo invece espressamente che con l'uscita di coloro che avevano concorso a formare i requisiti per la qualificazione tecnica dell'aggiudicatario originario possano per tale via modificarsi gli assetti societari e l'esecuzione delle prestazioni. Nel caso di controversia instaurata tra socio proprietario e concessionario del servizio, per l'affidamento a terzi dei servizi in precedenza eseguito da altro socio inadempiente (cessionario delle quote e posto in liquidazione), la relativa controversia è dunque ascrivibile alla giurisdizione amministrativa esclusiva.