

N. 01225/2013REG.PROV.COLL.

N. 05618/2012 REG.RIC.

N. 03237/2012 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 5618 del 2012, proposto da: Arcea Lazio Spa in p.l.r.p.t., rappresentato e difeso dall'avv. Ernesto Stajano, con domicilio eletto presso Ernesto Stajano in Roma, via Sardegna N° 14;

contro

Autostrade del Lazio Spa in p.l.r.p.t., rappresentato e difeso dall'avv. Stefano Vinti, con domicilio eletto presso Stefano Vinti in Roma, via Emilia N. 88; CIPE-Comitato Interministeriale per la Programmazione Economica, Presidenza del Consiglio dei Ministri, Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, ANAS Spa, rappresentati e difesi per legge dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliata in Roma, via dei Portoghesi, 12; Regione Lazio;

sul ricorso numero di registro generale 3237 del 2012, proposto da: Consorzio 2050, in p.l.r.p.t, rappresentato e difeso dagli avv. Salvatore Napolitano,

Alberto Costantini, Stefano Bona, Alessandro Arredi, con domicilio eletto presso Alessandro Arredi in Roma, via Filippo Ermini, 68;

contro

CIPE - Comitato Interministeriale Programmazione Economica, Presidenza del Consiglio dei Ministri, rappresentati e difesi per legge dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliata in Roma, via dei Portoghesi, 12;

nei confronti di

Ministero Infrastrutture in persona del Ministro p.t., ANAS Spa in p.l.r.p.t., rappresentati e difesi per legge dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliata in Roma, via dei Portoghesi, 12; Autostrade del Lazio Spa in p.l.r.p.t., rappresentato e difeso dall'avv. Stefano Vinti, con domicilio eletto presso Stefano Vinti in Roma, via Emilia N. 88; Commissario Straordinario Ing.Vincenzo Pozzi, rappresentato e difeso dall'avv. Marco Annoni, con domicilio eletto presso Marco Annoni in Roma, via Udine N. 6; Regione Lazio;

per la riforma

- Quanto al ricorso n. 3237 del 2012:

della sentenza del T.a.r. Lazio - Roma: Sezione I n. 03216/2012, resa tra le parti, concernente modifica soggetto aggiudicatore del "corridoio intermodale Roma-Latina e del collegamento Cisterna-Valmontone"

- Quanto al ricorso n. 5618 del 2012:

della sentenza del T.a.r. Lazio - Roma: Sezione I n. 03319/2012, resa tra le parti, concernente affidamento in concessione delle attività di progettazione realizzazione e gestione del "corridoio intermodale Roma-Latina e collegamento Cisterna-Valmontone"

Visti i ricorsi in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Autostrade del Lazio Spa, del CIPE-Comitato Interministeriale per la Programmazione Economica, della Presidenza del Consiglio dei Ministri, del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, di Anas Spa e del Commissario Straordinario Ing. Vincenzo Pozzi;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 29 gennaio 2013 il Cons. Giulio Veltri e uditi per le parti gli avvocati Ernesto Stajano, Stefano Vinti e l'avvocato dello Stato Alessandra Bruni Alessandro Arredi, Marco Annoni, Stefano Vinti, Elia Barbieri (su delega di Marco Annoni);

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con deliberazione n.121 del 21/12/2001 il CIPE individuava la realizzazione del collegamento autostradale A12 – Appia e bretella Autostradale Cisterna – Valmontone – Asse autostradale Roma – Latina, quale opera strategica di preminente interesse nazionale.

Nell'ambito delle intese istituzionali-quadro tra lo Stato e le Regioni, tese alla collaborazione per l'attuazione delle iniziative di cui alla legge obiettivo, la Regione Lazio con legge regionale 37 del 28 ottobre 2002, promuoveva la costituzione di una società a capitale misto per la progettazione, esecuzione, manutenzione, e gestione a tariffa o a pedaggio della rete autostradale e di infrastrutture di viabilità a pedaggio nel Lazio, con previsione di partecipazione maggioritaria della regione.

Per la scelta del socio di minoranza, la Regione procedeva ad una indagine esplorativa che si concludeva con la selezione di una associazione temporanea di

imprese composta da Autostrade S.p.A. la 34%, Consorzio 2050 al 10% e Monte dei Paschi di Siena al 5%.

Veniva pertanto costituita la società ARCEA S.p.A.

Su richiesta della Regione, ARCEA S.p.A. intraprendeva, avvalendosi del proprio socio Consorzio 2050, l'elaborazione del progetto preliminare con annesso studio di impatto ambientale del tratto di autostrada compreso tra Fiumicino e Formia. Acquisiti i pareri favorevoli da parte degli enti competenti, il progetto, unitamente al progetto preliminare della bretella autostradale Cisterna-Valmontone già predisposto autonomamente dalla regione, veniva sottoposto all'esame del CIPE.

Il CIPE approvava il suddetto progetto (costituente il primo stralcio funzionale dell'opera programmata) con deliberazione 20 del 29 settembre 2004, assegnando un primo finanziamento pari a € 359,560 milioni.

Medio tempore, con deliberazione 1 del 2004 l'Autorità di vigilanza, a seguito di segnalazione dell'ANCE, rilevava che la neo costituita Società per azioni avrebbe dovuto qualificarsi quale organismo di diritto pubblico soggetto alla disciplina normativa e regolamentare dei contratti pubblici, con conseguente impossibilità di avvalersi per i lavori, del socio privato di minoranza; nel 2004 la Commissione della Unione europea avviava una procedura d'infrazione in relazione al disposto della legge regionale 37 del 2004 che consentiva l'attuazione dell'opera a mezzo di società a prevalente capitale regionale.

Ciò nonostante la progettazione delle opere procedeva: ARCEA incaricava il proprio socio Consorzio 2050 di redigere il progetto definitivo integrato del Corridoio tirrenico meridionale (Roma-Terracina) e della Cisterna-Valmontone.

Solo nel 2006, con legge regionale n. 11, la Regione Lazio approvava sostanziali modifiche alla legge 37 del 2002, prevedendo che fosse essa stessa a provvedere alla progettazione, all'esecuzione, alla manutenzione e alla gestione a tariffa o a pedaggio della rete autostradale regionale e delle infrastrutture di viabilità a

pedaggio, mediante l'affidamento di appalti o di concessioni di lavori pubblici a soggetti scelti secondo le procedure del diritto comunitario e nazionale in materia di affidamento di lavori, servizi e forniture.

Nel frattempo la progettazione elaborata da Consorzio 2050 veniva inviata al Ministero delle Infrastrutture (23/02/2006). Quest'ultimo classificava il nuovo percorso autostradale quale appartenente, per caratteristiche sue proprie, al demanio dello Stato, mantenendo al demanio regionale le due stradi complanari alla S.R. Pontina e previste nel progetto definitivo.

La contitolarità dell'opera conduceva ad una intesa tra Stato e Regione Lazio, siglata l'8 novembre 2006 avente ad oggetto l'impegno del primo a: a) finanziare la realizzazione del Corridoio intermodale Roma-Latina e del collegamento Cisterna-Valmontone nel limite del 40%; b) favorire la costituzione di una società partecipata in egual misura dalla Regione Lazio e da ANAS S.p.a., cui conferire il ruolo di soggetto aggiudicatore; c) assegnare al nuovo soggetto aggiudicatore il contributo già stanziato dal CIPE a mezzo della deliberazione Successivamente, con delibera di Giunta del 26/01/2007, , promuoveva la costituzione di una società per azioni, la società autostrade del Lazio, partecipata in eguale misura da regione Lazio e Anas, società la cui costituzione era favorita dal Ministero delle infrastrutture che a sua volta si impegnava ad assicurare il cofinanziamento degli interventi consistenti nel corridoio intermodale Roma-Latina e nel collegamento Cisterna Valmontone, nonché ad assegnare alla regione il contributo già assegnato dal CIPE con deliberazione n. 20 del 29 settembre 2004.

In attuazione della citata intesa, la Regione Lazio emanava la legge regionale n. 22 del 21 dicembre 2007, promuovendo la costituzione, "ai sensi degli articoli 2325 e seguenti del codice civile, di una società per azioni a partecipazione regionale, ai fini della realizzazione di infrastrutture strategiche relative al sistema viario e, in

particolare, di quella prevista dall'intesa dell'8 novembre 2006 tra il Ministero delle infrastrutture, la Regione Lazio e l'ANAS società per azioni, ai sensi della legge 21 dicembre 2001, n. 443 e del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 La società si configura quale soggetto aggiudicatore e svolge tutte le attività e i compiti inerenti a tale qualifica, ivi compreso il reperimento, anche tramite il ricorso alla finanza privata, delle risorse necessarie per la realizzazione delle infrastrutture”.

In data 4 marzo 2008 veniva costituita la società suddetta e dunque nasceva “Autostrade del Lazio S.p.A.

Il CIPE con deliberazione 55 del 2 aprile 2008, in attuazione degli impegni presi in sede di Intesa e della legge regionale 22/2007, individuava in Autostrade per il Lazio S.p.a. il nuovo soggetto aggiudicatore.

La società Autostrade per il Lazio a decorrere dalla predetta deliberazione intraprendeva la propria attività progettuale nonché i rapporti con le amministrazioni pubbliche coinvolte.

Con deliberazione CIPE n. 88 del 18 novembre 2010 veniva altresì approvato, con prescrizioni, il progetto definitivo del “Corridoio intermodale integrato Pontino”; contestualmente prescrivendo un'unica procedura di gara ad evidenza pubblica per l'aggiudicazione di una concessione di costruzione e gestione.

Seguiva la pubblicazione sulla GURI 149 del 19/12/2011 del bando per la selezione del concessionario (da rilevare che la deliberazione CIPE n. 88/2010, aveva altresì prescritto che il bando di gara avrebbe dovuto essere pubblicato solo dopo l'approvazione da parte del Comitato del progetto definitivo relativo alla collegamento A 12-Roma, e previa completa definizione di ogni forma di contenzioso in essere, sicché in sede di bando, Autostrade del Lazio S.P.A ha inserito una clausola che subordina la conclusione della procedura all'avveramento delle condizioni indicate dal CIPE).

Tutti gli atti citati, successivi all'emanazione della legge 11/2006 ritenuti pregiudizievoli dell'interesse all'attuazione della mission iniziale di progettazione, realizzazione e gestione delle opere sono stati tempestivamente impugnati dal Consorzio 2050, ivi compresi gli ultimi atti con i quali Autostrade del Lazio S.P.A ha bandito la gara per la scelta del concessionario.

Solo la delibera CIPE n. 88 del 18 novembre 2010 e gli atti successivi sono stati altresì impugnati tempestivamente (la delibera 55 del 2 aprile 2008 è stata impugnata contestualmente alla n. 88 del 18 novembre 2010) da ARCEA S.p.a., società della quale è stata medio tempore disposta la liquidazione, non ancora concretamente eseguita.

Il TAR Lazio, decidendo sul ricorso di ARCEA S.p.a., lo ha dichiarato inammissibile perché tardivo rispetto alla delibera 55 del 2 aprile 2008 – ritenuta direttamente ed immediatamente lesiva – ed improcedibile per difetto di interesse rispetto agli atti successivi e consequenziali; decidendo sul ricorso del Consorzio 2050, lo ha giudicato inammissibile per difetto di legittimazione ad agire, sul presupposto che il ricorrente sia un mero socio di minoranza di ARCEA S.p.a., unico soggetto cui la posizione giuridica di vantaggio della quale è chiesta tutela è imputabile.

Entrambi i ricorrenti hanno proposto appello.

La causa, discussa alla pubblica udienza del 29 gennaio 2013, è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

A. L'appello n. 5618 del 2012 proposto da ARCEA S.p.a..

1. Avrebbe errato, il giudice di prime, cure nel ritenere il ricorso tardivo. Il primo atto realmente lesivo sarebbe costituito dalla delibera n.88 del 18 novembre 2010, poichè solo con quest'ultima le legittime aspettative di ARCEA S.p.a. di portare a compimento la mission per la quale era stata istituita, o comunque di ottenere un

qualche ruolo gestionale delle opere eseguite che non rendesse totalmente vana la sua costituzione, sarebbero state concretamente disattese, in particolare a mezzo dell'imposizione di procedere all'affidamento, mediante unica gara, di una concessione di costruzione e gestione in favore di terzi. Il precedente atto del CIPE, ossia la delibera 55 del 2 aprile 2008, nell'individuare un nuovo soggetto aggiudicatore, non avrebbe invece espressamente e chiaramente escluso il coinvolgimento operativo, quanto meno sul versante gestionale, di ARCEA S.p.a. Essa sarebbe divenuta lesiva solo a seguito dello sviluppo operato dalla successiva delibera n.88 del 18 novembre 2010, quest'ultima tempestivamente impugnata unitamente alla prima.

ARCEA S.p.A. ritenendo pertanto doverosa una pronuncia nel "merito" ripropone tutti i motivi di ricorso non esaminati dal giudice di prime cure.

2. Il contenzioso può rapidamente dirimersi, senza approfondimento dei singoli motivi di censura, in ragione della correttezza delle statuizioni di prime cure in punto di inammissibilità per tardività.

2.1. L'assunto che, alla luce del combinato disposto delle leggi regionali n. 11/2006 e 22/2007, delle censure comunitarie cui ha posto rimedio la prima, e dell'intesa Stato/Regione Lazio recepita nella seconda, nonché della deliberazione CIPE n. 55 del 2 aprile 2008 che coerentemente individua il nuovo soggetto aggiudicatore nella neo costituita Autostrade del Lazio S.p.a., potesse ancora residuare un qualche ruolo operativo o gestionale di ARCEA S.p.A. (tra l'altro posta in liquidazione con decreto del Presidente della Giunta regionale n. 612/2010, non ancora eseguito), è privo di ogni fondamento.

2.2. Già la legge regionale 11/2006 (modificativa della l.r. 37/2002 al fine di evitare infrazioni all'ordinamento dell'Unione) aveva previsto, non solo che la Regione (e non più ARCEA S.p.a.), provvedesse alla progettazione, all'esecuzione, alla manutenzione e alla gestione a tariffa o a pedaggio della rete autostradale regionale

e delle infrastrutture di viabilità a pedaggio, ma anche che ciò dovesse avvenire *“mediante l'affidamento di appalti o di concessioni di lavori pubblici a soggetti scelti secondo le procedure del diritto comunitario e nazionale in materia di affidamento di lavori, servizi e forniture e, in ogni caso, nel rispetto dei principi di non discriminazione, concorrenza, parità di condizioni e trasparenza”*.

L'univocità delle previsioni, era del resto accentuata dall'art. 7 delle disposizioni transitorie portate dalla medesima fonte, laddove, proprio sul presupposto della “chiusura” del ruolo in precedenza affidato all'ARCEA S.p.A. si prevedeva che *“le modifiche apportate dalla presente legge alla l.r. 37/2002 costituiscono titolo per l'esercizio della facoltà di recesso, a norma degli articoli 2437 e seguenti del codice civile, dei soggetti o enti che partecipano, alla data di entrata in vigore della presente legge, alla società già costituita ai sensi dell'articolo 1 della l.r. 37/2002. Resta salvo, limitatamente alle prestazioni eseguite anteriormente alla data di entrata in vigore della presente legge, l'affidamento della progettazione preliminare e definitiva del corridoio autostradale Tirreno Sud”*.

L'unico ruolo “salvato”, perchè svolto prima dell'entrata in vigore della norma ostativa è, cioè, la progettazione, rectius, le prestazioni progettuali già eseguite da ARCEA S.p.a.

2.3. Ma il legislatore regionale è stato ancora più esplicito nella successiva legge 22/2007, disponendo che la Regione promuovesse una società per azioni a compartecipazione regionale (non più prevalente), e statale, aperta all'ingresso di altri (soli) enti pubblici, ai fini della realizzazione di infrastrutture strategiche relative al sistema viario e, *“in particolare, di quella prevista dall'intesa dell'8 novembre 2006 tra il Ministero delle infrastrutture, la Regione Lazio e l'ANAS società per azioni, ai sensi della legge 21 dicembre 2001, n 443”*, configurata quale “soggetto aggiudicatore” che svolge *“tutte le attività e i compiti inerenti a tale qualifica, ivi compreso il reperimento, anche tramite il ricorso alla finanza privata, delle risorse necessarie per la realizzazione delle infrastrutture”*.

Dunque, già al dicembre del 2007, vi era un quadro normativo primario che, corrette le previsioni iniziali su impulso della Commissione UE, aveva chiaramente delineato il nuovo assetto attuativo delle programmate opere strategiche, con totale “abbandono” della società ARCEA S.p.A., poi conseguentemente posta in liquidazione, previo riconoscimento ex lege del diritto di recesso ai soci privati.

2.4. Le delibera CIPE n. 55 del 2 aprile 2008 è il primo atto amministrativo, che dovendo provvedere alla concreta approvazione dei progetti ed alle assegnazioni delle somme stanziare, sostituisce, sul piano operativo ed in adempimento di quanto innanzi pattuito e disciplinato normativamente, il precedente soggetto partecipato da privati (società mista), ormai esautorato, con la nuova società interamente pubblica, ovviamente soggiacente, ai sensi della normativa regionale, ma ancor prima in forza del codice dei contratti pubblici, alle procedure di evidenza pubblica per l'affidamento della realizzazione e gestione delle opere o se del caso per l'eventuale coinvolgimento della finanza privata a mezzo di strumenti di P.P.P.

A mezzo di tale atto, la lesione (forse sarebbe più corretto dire la perdita delle aspettative nutrite) si attualizza per ARCEA anche sul piano amministrativo, divenendo ormai impraticabile un qualsivoglia residuo margine operativo nell'ambito del processo di realizzazione e gestione delle opere, che non si limiti al mero riconoscimento del ruolo storico rivestito nella progettazione.

Il decreto di scioglimento di ARCEA (ancora inesequito) e la delibera CIPE n. 88 del 18 novembre 2010 non sono altro che atti consequenziali, che completano il nuovo quadro attuativo, introducendo (quanto alla seconda) un *quid pluris* consistente nell'individuazione – in verità pressoché obbligata in considerazione della disponibilità di un progettazione preliminare e definitiva, e dell'insufficienza delle risorse pubbliche stanziare - dello strumento contrattuale per l'affidamento dei lavori e della gestione nella concessione di costruzione e gestione.

Il nuovo tassello completa tuttavia un mosaico dal quale l'ARCEA S.p.a. era già stata estromessa, senza che la stessa (a differenza di quanto, vedremo, fatto dal socio di minoranza) se ne fosse tempestivamente lamentata, con il corollario che, a differenza di quanto sostenuto da ARCEA, non è la deliberazione CIPE n. 88 del 18 novembre 2010 che attualizza la lesione ma, viceversa, l'inoppugnabilità della deliberazione CIPE n. 55 del 2 aprile 2008 che rende irretrattabile la lesione già prodottasi.

E' pertanto corretta la statuizione di prime cure che dinanzi alla tardività dell'impugnativa della delibera CIPE n. 55 del 2 aprile 2008, ha dichiarato inammissibile il ricorso ed improcedibile, per difetto di interesse, il gravame avverso gli atti successivi.

B. L'appello n 3237 del 2012 proposto da Consorzio 2050.

1. Il Consorzio 2050 ha pacificamente impugnato in termini la delibera CIPE n. 55 del 2 aprile 2008, ma il TAR ha escluso in radice la sussistenza di una sua legittimazione soggettiva: la posizione giuridica fatta valere sarebbe unicamente imputabile ad ARCEA S.p.a. (società della quale il Consorzio è socio di minoranza) e non potrebbe che esser fatta valere da quest'ultima, in assenza di fattispecie di sostituzione processuale, espressamente contemplate dalla legge. Per dirla con le parole del Giudice di prime cure, *“la qualità di socio di società commerciali non è idonea ad individuare e radicare in capo al singolo socio interessi legittimi distinti da quelli della società nei confronti di atti che ledano gli interessi della stessa; la posizione di socio non legittima pertanto la proposizione di un autonomo ricorso avverso provvedimenti sfavorevoli alla società, potendo al più giustificare un intervento ad adiuvandum nel giudizio instaurato dalla società (Cfr. CdS, VI, 8 febbraio 2012, n. 676; CGARS, 13 luglio 1999, n. 339....)”*

Il Consorzio sul punto articola una serie di censure, per poi riproporre i motivi non esaminati dal primo giudice. Occorre dunque approfondire la questione della legittimazione.

2. Secondo il Consorzio 2050, l'interesse legittimo sarebbe autonomamente radicato in capo al medesimo dall'essere l'aggiudicatario della primigenia selezione pubblica finalizzata all'individuazione del socio operativo, sicché la detta posizione non sarebbe riducibile al mero conferimento di capitale di rischio come nella generalità delle società commerciali, bensì sostanziata dall'aspettativa, ingenerata proprio dalla procedura di evidenza pubblica (cd gara a doppio oggetto), circa lo svolgimento di ben individuati compiti di impresa: in tale direzione, non sarebbe un caso che i rapporti tra ARCEA e Consorzio 2050 non siano regolati esclusivamente da Statuto ed atto costitutivo, ma anche da un apposito contratto di servizi.

Del resto – secondo l'appellante – l'aver l'ordinamento inibito ai soci privati di società pubbliche lo svolgimento di altre attività commerciali diverse da quelle specifiche per le quali la società è costituita, non farebbe che dare corpo alla tesi appena esposta, atteso che, diversamente ragionando si chiederebbe alla società privata un sacrificio a fronte di un'aspettativa che però non è giuridicamente tutelata se non in "occasionale" connessione con la tutela riconosciuta e domandata dal soggetto societario interposto.

3. La tesi contiene senza dubbio elementi di verità. Nella gara cd a doppio oggetto, l'amministrazione che promuove la costituzione della società mista, sceglie il suo socio attraverso una procedura pubblica (il primo oggetto è dunque la qualità di socio) al fine di affidare allo stesso compiti operativi di rilievo economico, di interesse dell'amministrazione (è questo il secondo oggetto). Il socio operativo dunque prende parte alla società mista non perché vuole condividere il rischio dell'intrapresa, com'è comune per i soci di una società commerciale, ma perché vuole svolgere i compiti operativi di cui il proprio partner pubblico necessita. Lo schema societario contiene e veicola per il socio privato le utilità del contratto di appalto.

Se questo è vero, allora, l'interesse sostanziale (cd bene della vita) del socio privato aggiudicatario della gara a doppio oggetto, è ben diverso da quello del partner pubblico, in specie ove quest'ultimo coincida con la stessa amministrazione aggiudicatrice.

Resta da vedere come questo interesse sostanziale è protetto direttamente dall'ordinamento: se cioè quest'ultimo, in caso di asserita violazione delle norme che disciplinano l'affidamento dei contratti pubblici, riconosca al partecipante una posizione giuridica di interesse legittimo autonoma rispetto a quella evidentemente riconosciuta alla società partecipata.

3.1. La risposta è negativa. Non v'è dubbio che interessi legittimi autonomi sussistano in ordine alla procedura di evidenza pubblica con il quale l'aspirante socio è scelto; superata questa fase e costituita la società, il socio ne diviene parte, e pur conservando la propria generale soggettività giuridica, affida esclusivamente alla società la realizzazione della missione statutaria affinché questa agisca come nuovo ed unico soggetto nei rapporti con gli altri soggetti dell'ordinamento. I patti interni e le regolazioni dei rispettivi interessi dei soci che partecipano all'intrapresa comune, stimulate dalla diverse e concrete motivazioni che spinge ciascuno di loro, costituiscono il modo per assicurare all'interno della compagine sociale, una ripartizione dei compiti e delle responsabilità corrispondenti o compatibili con la causa concreta della partecipazione di ognuno, ma non assumono rilevanza esterna nei rapporti con il committente pubblico il quale non può che relazionarsi sul piano giuridico esclusivamente con la società.

L'interesse sostanziale ad assumere compiti operativi è quindi tutelato attraverso il riconoscimento di interessi legittimi nella fase preliminare di gara ed in quella endo-societaria di assegnazione del ruolo posto a base di gara, ma una volta costituito il nuovo soggetto al quale l'amministrazione aggiudicatrice dovrà direttamente affidare la commessa – ferme le posizioni giuridiche endosocietarie -

è questo e solo questo che può dolersi di un successivo e cattivo esercizio del potere che abbia condotto, in concreto, al mancato affidamento.

Non già per un motivo processuale o per la sussistenza di uno schermo societario che impedisce la tutela dei reali interessi, ma perché l'aspirazione in ordine all'affidamento diretto costituisce per il socio un'aspettativa di natura economica esposta fisiologicamente al rischio di impresa, anche se presidiata da interessi legittimi riconosciuti in capo alla società che senz'altro tale rischio riducono (è proprio questo il motivo per il quale il socio privato è scelto a mezzo di procedura di evidenza pubblica). Che poi tali posizioni giuridiche siano effettivamente ed efficacemente tutelate dalla società e dal suo amministratore è problema che attiene, come accennato, all'ambito endosocietario

3.2. Potrebbe giungersi a soluzioni diverse solo sostenendo che, anche in questo caso, come nell'appalto pubblico, il privato è scelto direttamente e da subito, dall'amministrazione, quale aggiudicatario: la tesi non è però sostenibile atteso che la società mista si presenta comunque come uno strumento di partenariato pubblico-privato istituzionalizzato (PPPI), dotato di personalità giuridica propria, per la realizzazione e/o gestione di un'opera pubblica o di un servizio, in virtù del quale il socio pubblico assume un ruolo imprenditoriale e profili di rischio così come il socio privato, e tra i profili di rischio, per entrambi sussistenti, rientra anche quello che la società partecipata non ottenga le commesse per le quali è stata costituita, o soccomba nel giudizio teso all'ottenimento di quelle commesse.

4. In conclusione, può affermarsi, in adesione a quanto statuito dal giudice di prime cure ed alla giurisprudenza da egli richiamata, che l'interesse sostanziale del socio privato all'ottenimento, da parte della società mista, della commessa pubblica, è un interesse riflesso e mediato che non assurge ad interesse legittimo e può pertanto essere condotto nel processo amministrativo solo attraverso l'intervento ad adiuvandum, impregiudicata restando, ovviamente, l'esperibilità di

altri strumenti di tutela civilistici in ambito endosocietario (si pensi all'azione di responsabilità, esperibile dai soci ai sensi dell'art 2393 bis, o dal singolo socio direttamente danneggiato, ex art. 2395 c.c.).

E' del resto la soluzione che, seppur in tema di accesso, la Sezione ha già dichiarato preferibile proprio con riferimento ad un contenzioso instaurato da Consorzio 2050 (cfr. Sez. IV, 4 settembre 2012, n. 4671).

C. Entrambi gli appelli sono in conclusione respinti.

Avuto riguardo alla novità delle questioni ed all'oggettiva dinamicità e mutevolezza del quadro normativo, le spese del giudizio possono essere compensate.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sugli appelli, come in epigrafe proposti, previa riunione, li respinge entrambi.

Spese compensate.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 29 gennaio 2013 con l'intervento dei magistrati:

Giorgio Giaccardi, Presidente

Raffaele Greco, Consigliere

Andrea Migliozi, Consigliere

Oberdan Forlenza, Consigliere

Giulio Veltri, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 28/02/2013

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)