



**R E P U B B L I C A I T A L I A N A**  
**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**  
**Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio**  
**(Sezione Seconda)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 4701 del 2019, proposto dalla società Rekeep S.p.A, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Antonio Lirosi, Andrea Zoppini, Giorgio Vercillo, Marco Martinelli e Carmine Pepe, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia nonché in Roma Via delle Quattro Fontane 20;

***contro***

Roma Capitale, in persona del Sindaco pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Luigi D'Ottavi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia nonché in Roma, via del Tempio di Giove, 21;

***nei confronti***

Autorita' Nazionale Anticorruzione, Autorita' Garante della Concorrenza e del Mercato, Corte dei Conti- Procura Regionale per il Lazio, Corte dei Conti - Sezione Regionale di Controllo per il Lazio non costituiti in giudizio;

***per l'annullamento, previa tutela cautelare:***

A - del provvedimento di Roma Capitale, di cui alla D.D rep. 435 del 1.3.2019 (prot. 7218) di esclusione del costituendo RTI tra la Società, in qualità di

mandante, e Roma Multiservizi S.p.A., in qualità di mandataria (il “Provvedimento di Esclusione” o “Esclusione”), dalla “Gara a doppio oggetto per la scelta del socio privato e per l'affidamento del servizio scolastico integrato di competenza di Roma Capitale a Società Spa mista Pubblico-privata.” (la “Gara” o “Procedura”), pubblicato il 14.3.19 sul sito internet istituzionale di Roma Capitale ai sensi dell'art. 29 del D.Lgs. 50/2016 e comunicato alla Società in pari data con nota prot. 8692, nonché di ogni atto presupposto, connesso e consequenziale, ivi inclusi,

B - la predetta nota di comunicazione dell'Esclusione;

C - il verbale di seduta di gara rep. N. 13013 del 12.12.2018, allegato sub A) all'Esclusione; e, ancorché non conosciuti:

D - le note prot. QM 65056 del 21.12.18 e QM 2997 del 28.1.19 di richiesta al Dipartimento Partecipate – Gruppo Roma Capitale di esprimere il parere di competenza “circa il superamento della quota di partecipazione pubblico alla Newco” e

E - il parere di cui alla prot. n. RL/393 del 5 febbraio 2018 (di seguito, nel complesso, “Provvedimenti Impugnati”);

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Roma Capitale;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 22 maggio 2019 il dott. Filippo Maria Tropiano e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

1.Rekeep spa ha impugnato gli atti indicati in epigrafe, per mezzo dei quali Roma Capitale ha determinato l'esclusione del costituendo RTI tra la società istante (mandante) e Roma Multiservizi SpA (mandataria) dalla gara a doppio

oggetto per la scelta del socio privato e per l'affidamento del Servizio Scolastico Integrato di competenza di Roma Capitale a società spa mista pubblico – privata.

L'esponente ha articolato i seguenti motivi di diritto i quali inficerebbero il provvedimento di esclusione:

*-Erronea interpretazione della lex specialis del rapporto tra quota pubblica e quota privata della NewCo. Violazione e falsa applicazione degli artt. 4, co. 2 lett. c) e 17 D.Lgs. 175/16, dell'art. 2359 cod.civ., degli artt. 5, 4, 45, 83 e 180 D.Lgs. 50/2016, dell'art. 2, §1, n. 10, 18 e 57 Direttiva 24/2014/UE, dell'art. 5, §1, n. 2 e 30 Direttiva 23/2014/UE. Violazione dell'art. 5 del Disciplinare di Gara. Eccesso di potere per difetto di istruttoria e di motivazione. Violazione del principio di proporzionalità e ragionevolezza, di concorrenza negli affidamenti, par condicio e non discriminazione.*

*-Violazione e falsa applicazione dell'art. 17 D.Lgs. 175/16, 2359 cod.civ., degli artt. 4, 45 e 83 D.Lgs. 50/2016. Eccesso di potere per difetto di istruttoria e di motivazione, violazione del principio di proporzionalità e ragionevolezza. Contraddittorietà dell'azione amministrativa.*

Sulla base delle sopra esposte doglianze, l'esponente ha concluso per l'annullamento degli atti gravati, previa concessione di tutela cautelare.

Ha chiesto in subordine disporsi rinvio pregiudiziale alla Corte UE, nei sensi esposti in ricorso.

Si è costituita Roma Capitale, contestando il ricorso e chiedendone il rigetto.

Dopo un rinvio disposto su istanza delle parti, la causa è stata chiamata alla camera di consiglio del 22 maggio 2019 e ivi trattenuta in decisione previo avviso ai sensi dell'art. 60 comma 1 cpa.

2. Il ricorso è infondato nel merito e tanto consente di assorbire ogni altra questione e/o eccezione pur sollevata dalla difesa comunale.

3. Per mezzo della prima censura, l'istante si duole della erronea interpretazione della legge di gara nonché della violazione e/o falsa applicazione della normativa di riferimento citata, sotto il profilo del corretto intendimento del rapporto tra quota pubblica e quota privata della società mista di cui si verte.

Secondo il ricorrente, l'ente avrebbe errato nel ritenere alterata la quota di ripartizione di rischio indicata al paragrafo 2 del disciplinare di gara (nonché agli artt.1, 6 e 7 dello statuto della Newco), posto che, al fine di integrare il requisito che doveva possedere la Newco (51% partecipazione azionaria di Roma Capitale e 49% di partecipazione del socio operativo), bisognava dare rilievo unicamente e semplicemente al rapporto diretto tra socio privato e comune, senza considerare la partecipazione indiretta di Roma Capitale a RMS per il tramite di AMA (titolare del 51 % delle azioni di RMS e, a sua volta, detenuta al 100% dal comune stesso).

L'amministrazione avrebbe dovuto porre attenzione esclusivamente alla veste formale del socio operativo, il quale è costituito da un RTI tra due società di capitali di diritto privato, che offrivano la partecipazione al richiesto 49 % del capitale.

Tanto bastava a rendere idoneo il concorrente, in quanto gli uffici comunali non dovevano considerare la citata partecipazione indiretta di Roma Capitale nell'azionariato dell'operatore economico e dunque (con una operazione che, di fatto, ha introdotto, secondo l'istante, una sorta di requisito "occulto"), guardare "dietro" alla autonoma personalità giuridica del concorrente, inferendo così la contestata alterazione della prescritta ripartizione della quota di capitale.

Tale corretta ermeneusi emergerebbe da una lettura combinata delle disposizioni normative rilevanti in subjecta materia, rappresentate in particolare dall'art. 4 comma 2 lett. c) del D.Lgs 175/2016 (Testo Unico sulle Società a Partecipazione Pubblica, di seguito anche TUSP), dagli artt. 3 comma 1 lett.

eee) e 180 del Codice dei Contratti Pubblici – D.Lgs n. 50/2016, nonché dalla stessa direttiva 24/2014/UE (14° considerando).

Da una lettura sistematica delle suddette norme deriverebbe, secondo parte ricorrente, l'assoluta irrilevanza della natura giuridica (pubblica o privata) degli operatori economici ammessi a partecipare alla gara "a doppio oggetto" di cui si verte; con la conseguenza che, ai fini del rispetto della ripartizione di quote prevista dal disciplinare, conterebbe solo la quota che sarà acquisita all'esito della gara dal socio operativo, come raffrontata alla quota direttamente detenuta dall'amministrazione comunale (indipendentemente dal fatto che la compagine azionaria del socio privato sia a sua volta detenuta da un'amministrazione pubblica)

Lo stesso art. 17 TUSSP, laddove introduce la dizione normativa "socio – privato" la utilizza, semanticamente, in antitesi a quella di socio "pubblico", non facendo alcun accenno al rilievo di possibili partecipazioni indirette di enti pubblici (ovvero dello stesso ente affidante) e dunque alla reale natura del soggetto che vada oltre il criterio formale del soggetto di diritto prescelto.

La giurisprudenza nazionale ed europea, citata in ricorso, confermerebbe che è necessario valorizzare lo schermo della personalità giuridica del socio operativo, unitariamente inteso, pur laddove l'amministrazione ne detenga direttamente o indirettamente le azioni.

4. Il motivo, pur suggestivo ed elegantemente argomentato, non convince e deve essere respinto.

5. Per impostare correttamente la questione, va ricordato che la vicenda de qua ha conosciuto un peculiare iter procedimentale e processuale, compiutamente descritto in atti e pacificamente conosciuto dalla stesse parti contendenti.

La gara in oggetto costituisce la riedizione della precedente procedura di cui alla Delibera n. 42/2017, procedura annullata dalle sentenze della Sezione nn.1087, 1088 e 1089 del 2018, ben note alla parti.

A seguito degli impositi approfondimenti istruttori ed in linea con i dettami delle riferite pronunce, l'amministrazione comunale ha rimodulato la gara "a doppio oggetto" di cui si verte, delimitandone il perimetro in un unico ed omogeneo servizio (il Servizio Scolastico Integrato), qualificato "servizio di interesse generale" ai sensi e per gli effetti dell'art. 4 comma 1 TUSP.

Come è altresì noto ed ammesso dalle stesse parti, unitamente alla nuova strutturazione del servizio pubblico de quo ed alla scelta del nuovo modulo organizzativo (affidamento a società mista con socio operativo scelto per mezzo della usuale gara "a doppio oggetto"), l'amministrazione comunale ha parallelamente previsto la dismissione di RMS, mediante cessione a titolo oneroso da effettuarsi entro il 30 settembre del 2018, termine prorogato al 31 maggio 2021.

Nel confezionare la legge di gara, gli uffici comunali, muovendosi in coerenza con la progettata privatizzazione del capitale di RMS, hanno testualmente previsto (v. Deliberazione dell'Assemblea Capitolina n. 99 del 31 luglio 2018, facente parte della documentazione a base di gara e richiamata al paragrafo 2 del disciplinare nonché dallo statuto della Newco) di fissare al 51% la partecipazione azionaria di Roma Capitale alla costituenda società mista ed al 49 % la partecipazione del socio privato.

Tale rigida delimitazione delle quote di partecipazione è funzionalmente legata alla natura del nuovo affidamento, il quale è strutturato nelle forme del ricorso al partenariato pubblico-privato cd. istituzionale in funzione dell'utilizzo di un nuovo modulo negoziale, qualificabile (sempre in esito alla riformulazione adottata da Roma Capitale per conformarsi alle citate sentenze del TAR) come concessione di servizi, con accollo del rischio (di gestione e di disponibilità) tutto in capo al concessionario (il che, come è noto, è la cifra distintiva del modulo concessorio rispetto all'appalto).

Ciò posto, il bando e la legge di gara si pongono in pedissequa coerenza con il riferito sviluppo storico-processuale della vicenda, dovendosi “leggere” le determinazioni amministrative (ed anche l’affidamento creato negli interlocutori privati) attraverso il prisma della continuità e della unitarietà dell’azione amministrativa.

Ne consegue che, come correttamente rilevato dalla difesa comunale, la disciplina di gara intendeva selezionare un socio privato che fosse “terzo” rispetto a Roma Capitale.

Non è dunque tanto in discussione la questione astratta della possibile natura mista del socio “privato”, ma la facoltà dell’ente affidante, in un caso concreto peculiarmente qualificato, di non consentire (tramite una accorta regolamentazione della disciplina di gara) che il socio operativo sia partecipato dalla stessa amministrazione (seppur indirettamente) oltre una misura prudenzialmente prestabilita.

La volontà dell’ente era cioè quella di delimitare inderogabilmente le quote di rischio tra amministrazione e socio operativo, non coinvolgendo l’ente nel capitale di rischio imprenditoriale, che potesse pur indirettamente gravare sul bilancio consolidato del comune.

6. Sulla base di tale premessa, si tratta di verificare semplicemente se la previsione del bando sia legittima ovvero se essa violi la normativa ed i principi di riferimento in materia e se l’atto di esclusione sia stato adottato in corretta attuazione della legge di gara.

7. Orbene, il Collegio reputa che la normativa generale richiamata dal ricorrente non impedisca affatto all’ente di configurare la struttura della società mista nei sensi rigidamente definiti dalla legge di gara, non ravvisandosi alcun ostacolo né divieto in tal senso e rientrando anzi tale opzione nella piena facoltà (politica prima che giuridica) dell’amministrazione.

Non si tratta di disputare in ordine al corretto intendimento della natura del socio privato di una costituenda società mista.

Gli assunti di parte istante sono persino plausibili, in quanto è ben possibile che il socio operativo sia parzialmente partecipato da enti pubblici (anche mediante una partecipazione “pulviscolare”, come correttamente affermato in ricorso); né si dubita che l’operatore economico che concorre alle gare pubbliche (ovvero alla gara “a doppio oggetto”, quale quella in esame), possa ricomprendere al suo interno anche amministrazioni pubbliche, essendo “neutra” la natura dei suoi azionisti.

Il punto è che, per come è legittimamente configurata la legge di gara e conformato il contratto associativo della costituenda società, l’operazione di gara era diretta a selezionare una compagine imprenditoriale che fosse “altra” rispetto all’amministratore comunale e, soprattutto, che non vedesse il capitale di Roma Capitale in nessun modo (anche indiretto) coinvolto nel rischio connesso all’affidamento de quo, oltre la misura prestabilita.

Deve infatti ribadirsi che ciò che rileva, nel caso concreto, è che Roma Capitale non sia partecipe del capitale di rischio oltre 51 %. Mentre, viceversa, nel caso di specie, peculiarmente caratterizzato rispetto all’astratta previsione normativa generale, la mandataria RMS (componente del RTI al 90%) è detenuta al 51% da AMA, società di proprietà al 100% di Roma Capitale, con la conseguenza che nel caso di aggiudicazione della gara in favore dell’istante, certamente, di fatto, sarebbero alterate le quote di partecipazione e soprattutto le quote di assunzione del rischio, le quali ricadrebbero in misura sproporzionata rispetto alla volontà dell’ente come espressa a base degli atti gravati.

Osserva il Collegio come la rigida delimitazione delle quote di capitale della Newco è tanto più importante, nel caso di specie, in quanto il futuro affidamento in favore della società mista è congegnato come concessione di



servizi, nell'ambito della quale primieramente rileva l'esistenza del concreto rischio in capo al concessionario.

La tesi di parte istante, secondo cui bisognerebbe avere riguardo alla semplice veste formale del socio privato e al rapporto diretto tra amministrazione e socio operativo, è assunto generale e pur plausibile, che però non si confà alla fattispecie concreta.

Nessuno dubita che, in altri ambiti e ad altri fini, debba valorizzarsi il criterio formale che si incentra sulla autonoma personalità giuridica della società e dunque, come si dice, sulla "spendita del nome" (così è il regime ordinario che regola l'imputazione degli effetti degli atti e della conseguente responsabilità dei soggetti giuridici, secondo la regola posta, in germe, dall'art. 1705 c.c. e valorizzata ad es. dalle note SS.UU. n.26806/2009 in tema di danno erariale; nonché v. in parte la stessa giurisprudenza citata in ricorso).

Nel caso di specie, tuttavia, rileva il dato sostanziale rappresentato dal perdurante coinvolgimento di RMS e di conseguenza, seppur in via indiretta e di secondo grado, dell'ente comunale; quando quest'ultimo, viceversa, nella spendita legittima del proprio potere di conformare la gara de qua, intendeva associarsi con un soggetto del tutto estraneo rispetto al proprio patrimonio.

Insomma, nel caso de quo, al fine di intendere la vera natura del concorrente/socio operativo, era corretto guardare "dietro" allo schermo della personalità giuridica, valorizzando il distinto criterio sostanzialistico che si incentra sulla "spendita dell'interesse" e sul coinvolgimento reale di Roma Capitale, seppur di secondo grado, nel capitale della compagine.

Tale era il senso evidente e la ratio della pertinente previsione del bando, anche in applicazione del canone ermeneutico di buona fede ex art. 1362 c.c. (applicabile anche ai bandi di gara) il quale postula che occorre aver riguardo al significato che ciascuna parte, in base alle concrete circostanze, doveva ragionevolmente attribuire al negozio (in tal senso milita pure il canone di

interpretazione funzionale ex art. 1369 c.c., il quale impone che vada dato il significato imposto dalla causa concreta dell'operazione).

La ricorrente non poteva non essere consapevole della volontà dell'amministrazione di non assumere un capitale di rischio, neppure indiretto, maggiore di quello prestabilito e di non voler, tanto meno, veder ricostituita (come componente di un RTI socio operativo) proprio quella società pubblica da essa indirettamente detenuta che aveva determinato di dismettere.

Ed invero, come già rilevato sopra, la stessa causa concreta del proposto contratto associativo, funzionalmente caratterizzata dall'oggetto dell'affidamento (concessione di servizio con rischio a carico del concessionario), induce a ritenere che la prescritta delimitazione di quote fosse assolutamente inderogabile e non alterabile per effetto di partecipazioni comunali indirette; dunque nota anche ai potenziali partecipanti alla gara.

Alla luce delle sue esposte considerazioni, il primo motivo di ricorso deve essere rigettato, poiché alcuna illegittimità è rinvenibile nella previsione del disciplinare, la quale è stata correttamente declinata nella adozione del provvedimento escludente.

8. Tanto premesso, anche le ulteriori censure articolate per mezzo del secondo cumulativo motivo di gravame non possono essere condivise.

8a. Invero, alcuna violazione dei principi di tassatività delle cause di esclusione e di parità di trattamento ovvero trasparenza risulta rinvenibile negli atti impugnati.

Il RTI Rekeep-RMS ha infatti disatteso una espressa previsione della legge di gara, chiaramente evincibile dalla interpretazione letterale, funzionale e logico-sistematica della relativa disposizione.

La divisata strutturazione del socio operativo impedisce il funzionamento del modulo prescelto dall'amministrazione, sotto il profilo di una inammissibile ripartizione del capitale di rischio della Newco.

8b. Nessun difetto di istruttoria ovvero di motivazione sembra ravvisabile, in quanto la determinazione comunale secondo cui sarebbe alterata la prevista la ripartizione di quote al 51 e al 49% del capitale della società mista è assunto immune da vizi di apparente illogicità e di travisamento dei fatti, sostanziandosi in spendita di potere tecnico-discrezionale, non sindacabile dal Giudice in via sostitutiva (il che rende anche irrilevante la contestata determinazione della partecipazione al capitale di rischio da parte di Roma Capitale, laddove divenisse aggiudicatario il ricorrente, partecipazione che l'ente ha quantificato in concreto nel 73,5%).

Infatti, al di là della corretta stima analitica della riferita percentuale, è certo che la ripartizione prefigurata nel disciplinare viene sostanzialmente alterata e che Roma Capitale si vede, seppur indirettamente, esposta ad un capitale di rischio maggiore.

8c. Né vi è alcuna violazione della disciplina prevista per i gruppi di società, posto che tale disciplina è dettata ad altri fini e comunque non elimina il potenziale coinvolgimento della controllante al rischio della controllata (e cioè proprio l'evenienza che l'amministrazione vuole evitare).

8d. Quanto alla contestata proroga della dismissione di RMS, che sarebbe stata disposta strumentalmente dall'amministrazione onde ritenere ancora "comunale" la società, si tratta di argomento che non può rilevare in termini di illegittimità degli atti gravati.

8e. Ne può dirsi che vi sia stata violazione del principio di proporzionalità e della doverosa regola del soccorso istruttorio, in quanto è evidente come non ci si trova in presenza di una mera irregolarità emendabile, ma di una domanda di partecipazione proposta da un soggetto in radice inidoneo a presentare l'offerta.

8f. Da ultimo inammissibile e infondato è l'ultimo motivo, con cui Rekeep censura la determinazione comunale nella parte in cui ha ritenuto di assorbire la problematica relativa all'adozione delle misure di self cleaning adottate dai

componenti il RTI, il che darebbe luogo ad una sorta di abusivo “frazionamento” del provvedimento di esclusione (essendosi riservata Roma Capitale di escludere in un secondo momento comunque le ricorrenti per un’ipotetica mancata “pulizia” della perdita del requisito morale connessa alla riferita sanzione antitrust).

È agevole osservare che una siffatta deduzione potrebbe rilevare solo laddove l’ente comunale avesse motivato l’esclusione richiamandosi alla mancanza del requisito di ordine generale ovvero solo (de futuro) laddove l’ente emani un ulteriore provvedimento in tal senso; non potendosi però ritrarre da tale omissione una invalidità dell’odierno provvedimento, in quanto esso è munito di congruo e autosufficiente apparato motivazionale.

9. Alla luce delle superiori considerazioni, il ricorso deve essere rigettato perché infondato.

10. Non vi è luogo per accedere alla richiesto di rinvio pregiudiziale alla Corte EU.

Il portato della norma invocata risulta univoco, così come assolutamente legittima ne appare l’applicazione concreta che ne ha fornito Roma Capitale.

E’ evidente infatti che la norma consente quanto predicato dall’istante, ma consente anche a Roma Capitale di conformare la gara, nel caso concreto, secondo le divise esigenze pubbliche, come sopra rappresentate.

11. Sussistono i presupposti di legge per compensare le spese di lite tra le parti in causa.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo rigetta.

Compensa le spese tra le parti in causa.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 22 maggio 2019 con  
l'intervento dei magistrati:

Antonino Savo Amodio, Presidente

Marina Perrelli, Consigliere

Filippo Maria Tropiano, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

Filippo Maria Tropiano

IL PRESIDENTE

Antonino Savo Amodio

IL SEGRETARIO