



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 4674 del 2019, proposto da Roma Multiservizi S.P.A, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Damiano Lipani, Francesca Sbrana, Fabio Baglivo, Patrizio Leozappa e Tommaso Edoardo Frosini, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia nonché in Roma, via Vittoria Colonna 40;

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

Autorità Nazionale Anticorruzione, in persona del Legale Rappresentante Pro Tempore, Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, in persona del Legale Rappresentante Pro Tempore, Corte dei Conti – Procura Regionale per il Lazio, in persona del Legale Rappresentante Pro Tempore non costituiti in giudizio;

per l'annullamento, previa sospensione dell'efficacia -

- della Determina dirigenziale n. 435 del 1° marzo 2019, comunicata con nota prot. n. 8692 del 14 marzo 2019, con cui Roma Capitale ha preteso di disporre l'esclusione del costituendo raggruppamento temporaneo di imprese composto da Roma Multiservizi S.p.A. e Rekeep S.p.A. dalla gara a doppio oggetto per la scelta del socio privato e per l'affidamento del servizio scolastico integrato di competenza di Roma Capitale;
- del verbale n. 13013 del 12 dicembre 2018, nonché del “parere” del Dipartimento Partecipate – Gruppo Roma Capitale prot. n. RL/393 del 5 febbraio 2019, oltre alle prodromiche note di richiesta;
- ove occorrer possa, di tutti i passaggi della Delibera dell'Assemblea Capitolina n. 99/2018, e dei relativi allegati, richiamati nel corpo del provvedimento di esclusione, ivi compresi gli articoli dello Statuto della newco e dei Patti parasociali citati da Roma Capitale nel provvedimento, ove interpretati nel senso di imporre l'esclusione dalla gara a doppio oggetto di operatori economici già indirettamente partecipati da Roma Capitale o, in ogni caso, di operatori economici aventi le caratteristiche soggettive di Roma Multiservizi;
- di ogni altro atto presupposto, consequenziale e/o comunque connesso.

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. Roma Multiservizi spa (di seguito solo “RMS”) ha impugnato gli atti indicati in epigrafe, per mezzo dei quali Roma Capitale ha determinato l'esclusione del costituendo RTI tra la società istante (mandataria) e Rekeep SpA (mandante)

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 – privato.

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

1. Violazione, falsa applicazione, dell'art. 17 del d.lgs. n. 175/2016 – violazione, falsa applicazione degli articoli 5, comma 9, 3 e 180 del d.lgs. n. 50/2016 – travisamento dei presupposti di diritto e grave carenza di istruttoria

2. Violazione, falsa applicazione di tutti gli atti della lex specialis e della deliberazione n. 99/2018 dell'assemblea capitolina - violazione del principio di tassatività delle cause di esclusione sancito dall'art. 83 del codice dei contratti e del principio del clare loqui; violazione, falsa applicazione dell'art. 41 cost.

3. Eccesso di potere per sviamento – illogicità, contraddittorietà manifesta, travisamento dei presupposti e carenza di istruttoria

4. Violazione, falsa applicazione, dell'art. 80, comma 5, lett. c) del d.lgs. n. 50/2016 – difetto assoluto di motivazione.

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

Ha altresì chiesto, in subordine, disporsi rinvio pregiudiziale all Corte UE nonché sollevarsi questione di legittimità costituzionale dell'art. 17 D. Lgs 175/2016, nei sensi esposti in atti.

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 contesta che l'atto di esclusione violerebbe la normativa in tema di società a partecipazione pubblica.

Tale disciplina, la quale ha come finalità quella di garantire le competenze necessarie per svolgere operativamente la prestazione affidata, considererebbe irrilevante la natura, interamente pubblica o privata, del capitale conferito e quindi delle modalità di finanziamento, giacché il socio privato dovrebbe essere inteso come socio "operativo" e non quale mero socio finanziario.

Ciò emergerebbe anche dalla nozione di operatore economico contenuta nel Codice dei Contratti Pubblici e specificata dalla normativa e dalla giurisprudenza europea, la quale in nessun modo introduce discriminazioni con riferimento alla forma giuridica dell'operatore ovvero alla natura del relativo capitale.

Viceversa, secondo l'esponente, Roma Capitale avrebbe illegittimamente riferito le quote di competenza del socio operativo della società mista non all'operatore economico, bensì indirettamente ai soci che apportano investimenti, così sovrapponendo la nozione di socio operativo a quella di socio a capitale interamente privato e configurando un inammissibile divieto di partecipazione alla gara de qua per qualsiasi socio economico che abbia partecipazioni pubbliche nella sua compagine.

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 qualificato (sempre in esito alla riformulazione adottata da Roma Capitale per conformarsi alle citate sentenze del TAR) come concessione di servizi, con accollo del rischio operativo tutto in capo al concessionario (il che, come è noto, è la cifra distintiva del modulo concessorio rispetto all'appalto).

Ciò posto, la configurazione del bando e della legge di gara sono avvenuti in ovvia e 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” e la previsione normativa generale, ma la possibilità di ipotizzare 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 del Comune era cioè quella di delimitare inderogabilmente le quote di rischio tra amministrazione e socio operativo, non coinvolgendo l’ente, più di quanto determinato dallo stesso, nel rischio imprenditoriale, che potesse pur indirettamente gravare sul bilancio consolidato dell’ente stesso.

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 detto 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 conformata la causa associativa 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 una certa e definita misura.

Deve infatti ribadirsi che ciò che rileva, nel caso concreto, è che Roma Capitale non sia partecipe del capitale di rischio oltre il 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 chiara volontà dell’amministrazione, posta a base dei provvedimenti impugnati.

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 valga il criterio formale che valorizza l'autonoma personalità giuridica della società e la "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, 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 predica 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 rientrare 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.

Si aggiunga che le determinazioni comunali sono, a ben vedere, ancora più in linea con il favor per il confronto concorrenziale rispetto alla posizione perorata dalla parte istante, in quanto, altrimenti ragionando, si giungerebbe ad una forma larvata di "in house", senza invece coinvolgere, come plausibilmente prescritto dalla legge di gara, un soggetto che fosse totalmente "terzo" rispetto all'ente comunale.

Non può neppure dirsi che vi sia una discriminazione di disciplina rispetto al differente modulo dell'appalto, come pure denuncia parte istante, assumendo che se l'amministrazione avesse optato per l'esternalizzazione totale dell'affidamento, certamente RMS avrebbe potuto partecipare alla relativa gara. In disparte la correttezza di tale ultima affermazione, si tratta evidentemente di due situazioni non comparabili, dal cui confronto non può ritrarsi la conclusione raggiunta dalla ricorrente.

Il modello prescelto è la forma mista del partenariato pubblico-privato e nulla vieta all'amministrazione, nella spendita della sua discrezionalità e nel rispetto

dei limiti segnati dalla normativa generale, di congegnare il modulo secondo le sue concrete esigenze, come dettate dal superiore interesse pubblico legato allo svolgimento del servizio e al contenimento del rischio di capitale.

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 con la 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 pare 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-sistemica della relativa disposizione, come pure sopra già esposto.

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

8b. Quanto al vizio di eccesso di potere sotto il profilo della contestata proroga della dismissione di RMS (che sarebbe stata disposta strumentalmente dall'amministrazione onde ritenere ancora "comunale" la società e così escluderla), si tratta di argomento che non può rilevare in termini di illegittimità degli atti gravati.

8c. Inammissibile e infondato è l'ultimo motivo, con cui RMS censura la determinazione comunale nella parte in cui ha ritenuto di "assorbire" e di non pronunciarsi sulla problematica relativa all'adozione delle misure di self cleaning del RTI, il che darebbe luogo ad una sorta di abusivo "frazionamento" del provvedimento di esclusione (essendosi in sostanza riservata Roma Capitale

di escludere, in un secondo momento e comunque, le ricorrenti per un'ipotetica mancata "pulizia" della perdita del requisito morale, connessa alla riferita sanzione antitrust).

È agevole sul punto osservare che si tratta di deduzione che 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 escludente 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. Da ultimo, rileva il Collegio come non vi sia luogo per accedere né alla richiesta di rinvio pregiudiziale alla Corte EU, né a quella di incidente costituzionale sull'art. 17 D.Lgs.n.175/2016.

Il portato della norma invocata risulta univoco, così come, del pari, 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 per compensare le spese 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