

**Il Servizio Scolastico Integrato è espletabile attraverso il modello della società mista  
(T.A.R. Lazio, sez. II, sent. 22 maggio 2019 – 18 giugno 2019, n. 7888)**

Il Servizio Scolastico Integrato è annoverabile come “servizio di interesse generale” e come tale espletabile attraverso il modello della società mista, ai sensi del combinato disposto degli artt. comma 2 lett. c) e 17 del D.Lgs n. 175/2016. Il Servizio *de quo*, infatti, è evidentemente connotato da rilevanza pubblicistica, nella parte in cui è rivolto all’utenza rappresentata dagli alunni dei nidi e delle scuole per l’infanzia nonché dei minori che frequentano le scuole elementari e medie inferiori (senza contare i disabili che frequentano le medie superiori e che possono godere del servizio di assistenza al trasporto scolastico). La scelta, politica prima che giuridica, di sussumere il servizio *de quo* nell’ambito della categoria del servizio di interesse generale è perfettamente coerente nella misura in cui l’ente intende assicurare continuità nella fruizione ed universalità della prestazione, preservandone lo standard qualitativo. Va osservato inoltre che, a fianco del servizio principale rappresentato dall’ausiliariato, si pone l’insieme dei servizi dell’ambito scolastico, i quali affiancano la vera e propria attività educativa, dando luogo al concetto organico di Servizio Scolastico Integrato, organizzato dall’amministrazione comunale ed al quale si riferiscono gli istituti scolastici frequentati dagli alunni destinatari delle prestazioni erogate attraverso la costituenda società mista.

\*\*\*

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio  
(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA NON DEFINITIVA

sul ricorso numero di registro generale 11052 del 2018, proposto dalla società Rekeep S.p.A, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Antonio Lirosi, Andrea Zoppini, Marco Martinelli, Giorgio Vercillo 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

Anac, Agcm, Corte dei Conti non costituiti in giudizio;

per l'ottemperanza:

alla sentenza TAR Lazio, Roma, Sez. II, 30 gennaio 2018, n. 1088, passata in giudicato, nonché per la declaratoria di nullità:

a) della Deliberazione dell'Assemblea Capitolina n. 99 assunta nella seduta del 31.7-1.8-18, con la quale sono stati approvati i “nuovi indirizzi per l'indizione di gara a doppio oggetto per la scelta del socio privato e per l'affidamento del servizio scolastico integrato di competenza di Roma Capitale e Società s.p.a. mista Pubblico Privata” (la “Delibera 99”) e dei suoi allegati, tra cui:

b) della D.D. del Dipartimento Servizi Educativi e Scolastici n. 1476 del 13.7.18, recante “comprova della qualificazione del servizio scolastico integrato, quale servizio di interesse generale ex art. 2 lett. del D.lgs. 175 del 19/08/2016”,

c) dell'allegato A alla D.D. n. 1476/18, recante “motivazione analitica ex art. 5, c.1 e 2 D.Lgs. 175/2016 s.m.i.”,

d) dello schema di Statuto della nuova società per azioni (“Newco”), lo schema di Patto parasociale, lo schema di contratto di servizio tra Roma Capitale e Newco, lo schema di contratto per l'esecuzione delle prestazioni accessorie da parte del socio operativo privato, lo schema di PEF;

nonché di tutti gli atti presupposti, connessi e consequenziali, ivi inclusi, ove occorrer possa:

e) della D.D. n. 314 del 31.7.18, avente ad oggetto “Indizione di gara a doppio oggetto per la scelta del socio privato e per l'affidamento del servizio scolastico integrato di competenza di Roma Capitale e Società s.p.a. mista Pubblico Privata ... Nomina del Responsabile Unico del Procedimento”.

f) della D.D. n. 414 del 31.7.18, recante “Indizione di gara a doppio oggetto per la scelta del socio privato e per l'affidamento del servizio scolastico integrato di competenza di Roma Capitale e Società s.p.a. mista Pubblico Privata”;

g) della D.D. n. 1550 del 31.7.18, avente ad oggetto “Approvazione della progettazione a base di gara a doppio oggetto per la scelta del socio privato a Società Spa mista, pubblico-privata, per l'affidamento, per una durata di sei anni, del servizio scolastico integrato...”;

h) del Bando di gara, pubblicato in GURI il 4.9.18 e (il “Bando”), con cui Roma Capitale ha indetto una “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”) e tutta la relativa documentazione, ivi compresa la Progettazione a base di Gara, e relativo allegato, il Disciplinare di Gara, ivi compreso, segnatamente, l'art.15.3 come precisato infra sub §VII, il e relativi allegati, i Capitolati Speciali e i relativi allegati; tutti gli ulteriori atti presupposti, connessi e consequenziali (congiuntamente i “Provvedimenti Impugnati”);

in subordine, per l'annullamento:

di tutti i provvedimenti impugnati, previa conversione dell'azione e/o del rito ai sensi dell'art. 32, c. 2 c.p.a,

il tutto previa concessione di sospensione cautelare;

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;

Visto l'art. 36, co. 2, cod. proc. amm.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

### **FATTO e DIRITTO**

1. La Rekeep SpA agisce al fine di far accertare l'avvenuta violazione e/o elusione, da parte di Roma Capitale, del giudicato nascente dalla sentenza della Sezione n. 1088 del 30 gennaio 2018 e per l'effetto far dichiarare la nullità degli atti pure in epigrafe indicati, con cui l'intimata amministrazione comunale, all'esito della citata pronuncia, ha nuovamente indetto una gara "a doppio oggetto" per l'affidamento del Servizio Scolastico Integrato.

L'istante lamenta che le nuove determinazioni comunali sarebbero affette dagli stessi vizi accertati dal TAR nella prefata pronuncia, tal che i provvedimenti impugnati sarebbero nulli ai sensi dell'art. 21 septies della L. 241/1990 in quanto non in linea con gli effetti conformativi del *dictum* giudiziale. In particolare, la lamentata nullità degli atti emergerebbe da quanto segue.

In primo luogo anche i servizi oggetto della seconda gara sarebbero incompatibili con il modulo della società mista e cioè con le forme del partenariato pubblico – privato istituzionale, giacché non ricorrerebbero le ipotesi consentite dall'art. 4 del D.Lgs n. 175/2016, il quale contempla, al comma 1, un generale divieto di costituire società aventi per oggetto attività di produzione di beni e servizi non strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali, ovvero di acquisire o mantenere partecipazioni, anche di minoranza, in tali società; mentre limita, al comma 2, il ricorso al modulo societario solo in una serie tassativa di casi, tra i quali non rientrerebbe quello di cui è controversia.

In sostanza, secondo la tesi dell'istante, se si esaminano i provvedimenti impugnati alla luce del giudicato e della normativa di settore, l'oggetto della seconda gara de qua sarebbe nuovamente rappresentato da prestazioni che ontologicamente non potrebbero che essere inquadrate nell'ambito di un appalto di servizi.

Inesistente sarebbe, tra l'altro, l'allocazione del rischio di gestione in capo al socio operativo, traslazione che sarebbe solo fittizia, posto che il rischio riposerebbe tutto integralmente a carico del socio pubblico.

Sotto un secondo profilo, la nullità degli atti impugnati, deriverebbe dalla dedotta violazione dell'obbligo di motivazione analitica che sarebbe imposto per il ricorso al modulo della società mista, in relazione al peculiare profilo della "stretta necessità" della costituzione della Newco ai fini del perseguimento delle attività istituzionali di Roma Capitale.

Dalla lettura della motivazione analitica contenuta nella deliberazione n. 99/2018 (sub A in epigrafe) nonché degli ulteriori provvedimenti impugnati, non si rinverirebbe una congrua giustificazione nella scelta del modulo, così reiterandosi il difetto che già era stato ravvisato nella precedente deliberazione n. 42/2017 di indizione della prima gara, annullata dalla sopra citata sentenza della Sezione.

2. In subordine alla domanda di ottemperanza e di accertamento della nullità, Rekeep ha altresì proposto una domanda impugnatoria, chiedendo al TAR, previa conversione del rito ex art. 32 comma 2 cpa, di dichiarare l'illegittimità dei medesimi atti in epigrafe indicati, con conseguente annullamento degli stessi.

L'istante ha articolato i seguenti motivi di diritto:

1. *Carenza di motivazione in ordine a (e sull'insussistenza di) una convenienza economica della seconda gara. Violazione, falsa applicazione, sotto altro profilo, dell'art. 5 TUSP. Eccesso di potere per grave carenza / incongruità di motivazione, carenza di istruttoria, travisamento, sviamento.*

2. *Insussistenza dei presupposti per ricorrere al modulo della società mista. Erroneità / illegittimità della motivazione in ordine al ricorso ad una forma di partenariato pubblico – privato. Insussistenza dei requisiti dei contratti di partenariato per difetto di una reale traslazione del rischio operativo. Violazione degli artt. 3, 5, 10 e 181 del D.Lgs 175/16. Eccesso di potere per difetto di istruttoria.*

3. *Violazione del divieto di somministrazione irregolare di manodopera, violazione degli artt. 30 e ss. D.Lgs n. 80/15. Violazione del cd. divieto di somministrazione irregolare di manodopera. Violazione degli artt. 5 e 17 del D.Lgs n. 175/16. Eccesso di potere per sviamento.*

4. *Erronea strutturazione del criterio di attribuzione del punteggio e dei criteri di aggiudicazione che non consentono di individuare l'offerta realmente migliore sul piano tecnico / economico. Violazione degli artt. 5, 30 e 95 del D.Lgs 50/16, 17 D.Lgs 175/16, 3 L. 241/90. Eccesso di potere per sviamento, difetto di istruttoria, illogicità.*

5. *Imposizione di obblighi anticoncorrenziali e in violazione del principio della tassatività delle ipotesi espulsive. Violazione degli artt. 1, 4, 45 e 83 del D.Lgs 50/16. 17 D.Lgs 175/16, e degli artt. 22 e ss. della L. 287/90. Violazione del principio di par condicio, parità di trattamento e non discriminazione, massima partecipazione alle gare e tassatività delle cause di esclusione.*

Rekeep ha dunque concluso come trascritto in epigrafe.

Il tutto previa concessione di tutela cautelare.

Con ordinanza n. 6382/2018, resa alla camera di consiglio del 24 ottobre 2018, il Collegio ha respinto la domanda cautelare.

La causa è stata chiamata alla camera di consiglio del 22 maggio 2019, previo deposito di dichiarazione di rinuncia ai termini depositata dalla ricorrente, onde procedere alla trattazione congiunta del fascicolo unitamente ai ricorsi NRG. 4674/2019 e 4701/2019, incardinati dall'esponente medesima e da Roma Multiservizi spa (componente assieme all'istante di costituendo RTI) avverso il provvedimento di esclusione dalla gara adottato da Roma Capitale nei loro confronti.

2. Il ricorso in ottemperanza proposto da Rekeep, laddove teso a far dichiarare la nullità degli atti impugnati per elusione e/o violazione del giudicato portato dalla sentenza del TAR n. 1088/2018, è infondato e pertanto non può essere accolto.

Rileva infatti il Collegio come non possa ravvisarsi, in capo a Roma Capitale, alcun inadempimento ovvero elusione/violazione del dictum della Sezione nel ridefinire l'impianto della gara "a doppio oggetto", nei limiti conformativi posti dalla sentenza.

3. Ed invero risulta che, in primis, l'amministrazione ha provveduto a rimodulare la gara, ridefinendo il perimetro dell'oggetto dell'affidamento ed espungendo tutte quelle attività che non avevano diretta attinenza con la prestazione del "Servizio Scolastico Integrato".

Quest'ultimo è ora modellato quale un'unica ed omogenea prestazione, qualificabile quale "servizio di interesse generale" ai sensi dell'art. 4 comma 1 D, Lgs. n. 175/2016 ed inteso quale servizio unico di supporto al regolare funzionamento delle strutture scolastiche.

Il servizio è infatti composto da una serie omogenea di attività, le quali si pongono al servizio dell'attività educativa *stricto sensu* intesa, rendendola più fruibile ed ottimizzandola.

Come rilevato anche nel parere reso dall'Antitrust in data 6 luglio 2018 su richiesta di Roma Capitale (in atti), l'opera di riduzione e concentrazione dell'ampiezza e tipologia dei servizi da affidare, laddove tesa a concentrare il perimetro prestazionale oggetto di affidamento in un nucleo di attività omogeneo (con contestuale riduzione della durata temporale dell'affidamento) ha tra l'altro prodotto una riduzione del valore a base della procedura ad evidenza pubblica (oggi stimato in circa 277 milioni di euro), con riveniente convenienza economica dell'affidamento unitario alla società mista.

La motivazione posta dall'amministrazione a base della delibera capitolina ben illumina la significativa economicità proveniente da una prefigurata gestione unitaria di più servizi contigui, che vengono svolti in uno stesso contesto operativo e da un medesimo operatore.

Né può negarsi che il servizio oggetto di gara sia annoverabile come "servizio di interesse generale" e come tale espletabile attraverso il modello della società mista, ai sensi del combinato disposto degli artt. comma 2 lett. c) e 17 del D.Lgs n. 175/2016.

Come correttamente rilevato dalla difesa comunale, la nozione di servizio di interesse generale nello specifico ben si attaglia al servizio pubblico locale de quo, atteso che sicuramente trattasi di attività che rientra a pieno titolo in quelle *"attività di produzione e fornitura di beni o servizi che non sarebbero svolte dal mercato senza un intervento pubblico o sarebbero svolte a condizioni differenti in termini di accessibilità fisica ed economica, continuità, non discriminazione, qualità e sicurezza, che le amministrazioni pubbliche, nell'ambito delle rispettive competenze, assumono come necessarie per assicurare la soddisfazione dei bisogni della collettività di riferimento, così da garantire l'omogeneità dello sviluppo e la coesione sociale, ivi inclusi i servizi di interesse economico generale"*.

Sotto altro profilo, lo stesso diritto europeo (art. 14 TFUE) rimette agli stati membri e, nel caso di specie all'ente locale, la definizione concreta della nozione di SIEG, solo preoccupandosi che tali servizi funzionino in base a principi e condizioni (in particolare economiche e finanziarie), che consentano loro di assolvere i propri compiti.

Invero, il Servizio Scolastico Integrato di cui si verte è evidentemente connotato da rilevanza pubblicistica, nella parte in cui è rivolto all'utenza rappresentata dagli alunni dei nidi e delle scuole per l'infanzia nonché dei minori che frequentano le scuole elementari e medie inferiori (senza contare i disabili che frequentano le medie superiori e che possono godere del servizio di assistenza al trasporto scolastico).

La scelta, politica prima che giuridica, di sussumere il servizio de quo nell'ambito della categoria del servizio di interesse generale è perfettamente coerente nella misura in cui l'ente intende assicurare continuità nella fruizione ed universalità della prestazione, preservandone lo standard qualitativo. Anche qui puntuale il rilievo della difesa comunale, laddove osserva che, a fianco del servizio principale rappresentato dall'ausiliario, si pone l'insieme dei servizi dell'ambito scolastico, i quali affiancano la vera e propria attività educativa, dando luogo al concetto organico di Servizio Scolastico Integrato, organizzato dall'amministrazione comunale ed al quale si riferiscono gli istituti scolastici frequentati dagli alunni destinatari delle prestazioni erogate attraverso la costituenda società mista.

Il che è quanto rilevato dalla stessa AGCM nel riferito parere, laddove l'autorità ha osservato come i descritti interventi di ridimensionamento delle prestazioni oggetto dell'affidamento paiono maggiormente conformi alla normativa dettata dal Codice dei Contratti Pubblici in punto di tutela

della concorrenza e del *favor participationis* alla gare pubbliche. Deve, al riguardo, considerarsi che, sebbene il valore della gara a doppio oggetto rimanga di entità non trascurabile, militano nel senso della legittimità, anche sotto il profilo concorrenziale, di un affidamento unitario così demarcato molteplici elementi fattuali, quali l'interconnessione operativa dei servizi da svolgere e le sinergie ricavabili dalla gestione combinata degli stessi da parte di un'unica società mista, profili puntualmente rappresentati nella bozza di motivazione analitica ai sensi dell'art. 5 del TUSPP. Devono, inoltre, considerarsi i vantaggi e le peculiarità gestionali conseguibili mediante l'impiego del partenariato pubblico-privato istituzionale e della formula negoziale di svolgimento delle descritte attività, modellata in termini di prestazione di un servizio di interesse generale con allocazione del rischio operativo in capo al partner industriale, in una cornice contrattuale di natura concessoria non assimilabile ad un mero appalto di servizi.

La motivazione analitica della delibera de qua puntualmente ricorda, inoltre, che il servizio oggetto dell'affidamento trova coesione ed unitarietà nel fatto di essere svolto all'interno e a diretto servizio di utenti di strutture (le scuole) in cui si esplica il diritto fondamentale dell'istruzione pubblica; con la conseguenza che viene in questione un servizio incentrato sulla multidimensionalità del benessere dei fanciulli e dei ragazzi che frequentano gli istituti scolastici.

Nessun dubbio dunque sul fatto che il servizio oggetto di affidamento sia inquadrabile nell'ambito delle ipotesi normative che consentono la costituzione di una società mista e l'utilizzo del relativo modulo mediante affidamento con gara a doppio oggetto.

4. Né può più dirsi, sotto altro profilo che l'oggetto della seconda gara sia rappresentato da prestazioni, le quali non possono che essere ontologicamente inquadrate nel novero degli appalti di servizi, come pure lamentato nel primo motivo di ricorso.

Rispetto alla primigenia conformazione della gara, come compiutamente rilevato dal parere dell'Antitrust, per mezzo di assunti che il Collegio non può che condividere, i servizi oggetto di affidamento erano sostanzialmente configurati in termini di servizi strumentali da rendere all'amministrazione nel quadro negoziale di un contratto di appalto (servizi per altro più numerosi ed eterogenei), mentre ora sono stati riqualificati, essendo l'ente intervenuto sull'elemento centrale della allocazione del rischio operativo (il quale come è noto, proprio nell'ottica europea, è il vero e autosufficiente *punctum individuationis* della concessione di servizi rispetto all'appalto) in capo al prestatore del servizio, in linea con le previsioni di cui agli artt. 4 comma 2 lett. c) e 17 comma 1 del D.Lgs 175/2016 ed in coerenza con gli artt. 5 comma 9 e 180 del Codice dei Contratti Pubblici.

Pertinenti sul punto ancora le notazioni dell'Antitrust, il quale ha riscontrato come l'amministrazione comunale abbia provveduto a redigere la matrice dei rischi rinvenienti dalla gestione dei servizi da affidare e a introdurre un meccanismo di riduzione dei corrispettivi coerente con la scelta di trasferire sull'operatore privato i rischi di domanda e di disponibilità.

Lungi dunque dal sostanziare un'operazione di mero "maquillage", volto ad aggirare le prescrizioni della sentenza 1088/2018, la nuova conformazione della gara conduce a ritenere che le attività dedotte nella gara a doppio oggetto siano, da una parte, catalogabili quali servizi di interesse generale, dall'altra collocabili nell'ambito della cornice giuridica del partenariato pubblico privato combinato alla figura della concessione di servizi alla società mista.

Quanto alla traslazione del rischio in capo al concessionario, rileva il Collegio, in linea anche qui con il parere reso dall'Antitrust, che l'amministrazione ha provveduto a redigere la matrice dei rischi

che derivano dalla gestione del servizio da affidare ed ha pure introdotto un opportuno meccanismo di riduzione del corrispettivo sino ad un'incidenza pari al 30 % in funzione dell'andamento del volume di utenza.

Segnatamente, poi, quanto al rischio di disponibilità, la definizione del corrispettivo, rispetto a ciascuna tipologia di prestazione da offrirsi, è connotata da meccanismi di riduzione fino al 30%, in caso di mancato conseguimento di svariati standard contemplati nel capitolato prestazionale, oltre a prevedersi un complesso meccanismo di penali in caso di mancato raggiungimento degli obiettivi di qualità imposti nella offerta dei servizi.

Osserva inoltre il Collegio che, per il resto, le contestazioni proposte da Rekeep in ordine al contenuto della "motivazione analitica" si risolvono, a ben vedere, in una serie di appunti minuziosi ma opinabili, dinanzi ai quali, tuttavia, il sindacato del Giudice si arresta, atteso che la pertinente spendita di potere tecnico-discrezionale da parte dell'ente (ed anche da parte dell'Autorità di settore che ha rilasciato il chiesto parere in senso positivo) risulta congrua ed immune da vizi di illogicità apparente e/o travisamento del fatto che possano inficiarne le risultanze.

La relazione esplicativa offerta dall'amministrazione, a supporto degli atti di procedura dà ben conto, a conferma della "calibratura" del rischio, come l'investimento totale sia rappresentato da un apporto di capitale iniziale (Equity) ripartito tra socio pubblico e socio privato, modulato al fine di consentire il controllo del nuovo soggetto giuridico da parte del socio pubblico (51% e 49%).

Inoltre, in considerazione della necessità finanziaria che l'azienda si troverà a dover fronteggiare nei primi mesi di vita, il meccanismo di aggiudicazione prevede un punteggio aggiuntivo (5 punti su 25 destinati all'offerta economica) a favore del soggetto disponibile a versare ulteriori risorse finanziarie, enfatizzando così un meccanismo competitivo tra gli ipotetici interessati.

Inoltre nel piano economico finanziario è previsto un apporto di finanza aggiuntiva, proprio per fronteggiare i pagamenti dei primi mesi, nelle more della liquidazione dei corrispettivi da parte di Roma Capitale (tale somma, erogata all'inizio del periodo di riferimento, sarebbe soggetta a recupero da parte del socio operativo solo alla fine dell'affidamento e quindi in presenza di un equilibrio economico e finanziario strutturale, tale da aver garantito e garantire, nel tempo e per il futuro, la piena sostenibilità dell'operazione).

Il Collegio reputa poi opportuno sottolineare che, nel caso di specie, la traslazione del rischio pura (tipica del modulo concessorio) è, per così dire, assorbita e conformata in ragione dello strumento della società mista, la quale comporta una connaturale ripartizione del rischio, siccome connessa all'esercizio in comune dell'attività nello svolgimento della pertinente causa associativa.

Il che conferma la correttezza e la congruità del bando e della relativa disciplina di gara.

5. Sotto altro profilo, la ricorrente contesta che, ancora una volta, Roma Capitale non avrebbe illustrato le ragioni per cui la costituzione di una Newco costituirebbe una scelta "necessitata" per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali, come imposto dall'art. 5 comma 1 del TUSP.

La "Motivazione analitica" si risolverebbe in una serie di affermazioni tautologiche e "circolari", che non spiegherebbero in alcun modo quale sia la relazione della scelta di affidarsi al nuovo modulo in rapporto di stretta necessità con il perseguimento dei riferiti fini.

Anche tale censura non può essere condivisa.

Deve premettersi, in primo luogo, che la prima gara annullata dal TAR prevedeva un inammissibile accorpamento di servizi eterogenei ed a tal riguardo la Sezione aveva stigmatizzato il mancato

assolvimento all'obbligo motivazionale sul cd. "vincolo di scopo", posto che un così ampio perimetro prestazionale, per così dire, "allentava", già in tesi, il vincolo di necessità come contemplato dalla prefata disposizione.

Nel caso de quo viene invece in rilievo un servizio pubblico di interesse generale correttamente ed omogeneamente perimetrato, tal che il contestato requisito della "stringente necessità rispetto ai fini istituzionali" deve essere, proporzionalmente e simmetricamente, inteso in senso relativo e contestualizzato.

Non trattasi cioè di necessità assoluta intesa come "indispensabilità" ma di necessità relativa, nel senso di ritenuta idoneità maggiore del nuovo strumento misto ad assolvere al compito pubblicistico di fornire un servizio maggiormente adeguato e a condizioni economiche più favorevoli rispetto alla ordinaria modalità esternalizzatrice.

Non solo.

La riflessione dottrinale e giurisprudenziale più recente (in tal senso dovendosi affinare le considerazioni già espresse dalla Sezione nei riferiti precedenti) ha puntualizzato che il requisito del "vincolo di scopo" deve intendersi in senso tanto più elastico, quanto più ci si allontana da quelli che sono i compiti essenziali che rappresentano l'in sé dell'ente e ci si colloca, invece, nell'ambito dei servizi pubblici (segnatamente quelli di carattere sociale), laddove si riespande con maggior forza la connaturale libertà (auto) organizzativa dell'amministrazione in funzione della scelta del modulo operativo migliore per l'offerta della prestazione.

Senza contare che, anche su di un piano generale ed assiologico, la supposta subordinazione del potere di autoorganizzazione dell'ente rispetto all'apertura piena al dialogo concorrenziale è stata oggetto di opportuna rimediazione, giacché, come noto, il diritto europeo pone i due fenomeni sullo stesso piano, senza alcuna preferenza del secondo rispetto al primo.

Il principio di concorrenza è infatti principio "di procedura" (principio-mezzo) e non principio di valore (cioè principio-fine) (emblematici sul punto i recentissimi rinvii alla Corte UE sulla portata dell'art. 190 del Codice dei Contratti; tra cui v. ord. CdS sez. V n.138/2019).

Anche sotto tale profilo le determinazioni di Roma Capitale sono immuni dal lamentato vizio di elusione del giudicato, risultando invece munite di un congruo e pertinente apparato motivazionale. Del resto, osserva il Collegio che, se si intendesse il contestato requisito inerente il cd. "vincolo di scopo" nei sensi rappresentati dalla ricorrente, si giungerebbe paradossalmente ad una sorte di *interpretatio abrogans* della prefigurata possibilità di utilizzo del modulo societario de quo, proprio in quei settori in un cui una sapiente e calibrata combinazione di pubblico e privato può portare potenzialmente ai migliori risultati.

6.. Alla luce delle superiori considerazioni, alcuna elusione e/o violazione del giudicato è ravvisabile negli atti comunali di indizione della nuova gara de qua e, per l'effetto, il ricorso in ottemperanza, con la connessa domanda di accertamento della nullità, deve essere rigettato.

5. Rekeep ha altresì svolto in ricorso, in subordine, una domanda impugnatoria, con la quale ha lamentato i vizi trascritti nella superiore parte in fatto.

Al fine di scrutinare tale domanda, deve procedersi al mutamento del rito ai sensi dell'art. 32 cpa e, pertanto, fissare, la necessaria trattazione in udienza pubblica nel rispetto dei termini di rito, come in dispositivo, riservando all'esito ogni altra decisione definitiva, anche sulle spese.

**P.Q.M.**

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Seconda), non definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, così provvede:

rigetta il ricorso in ottemperanza;

dispone il mutamento del rito al fine di trattare la domanda impugnatoria e, per l'effetto, fissa l'udienza pubblica del 9 ottobre 2019, riservando all'esito ogni altro provvedimento, anche sulle spese.

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