

Pubblicato il 26/01/2024

N. 00843/2024REG.PROV.COLL.
N. 04476/2023 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 Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 4476 del 2023, proposto in relazione alla procedura CIG 8632700965 da

Mm S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difeso dagli avvocati Guido Greco, Manuela Muscardini, Guglielmo Aldo Giuffrè', con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Avr S.p.A., Consorzio Stabile A.Lp.I. S.C.A.R.L., Rappo S.r.l., Avola Soc. Coop., Boschiva F.Lli Valentini S.r.l., Colombo Giardini S.r.l. Unipersonale, De Zottis S.p.A., Euroambiente S.r.l., Cav. Emilio Giovetti S.r.l., Hw Style S.r.l., Intergeos S.r.l., Gsa – Gestione Servizi Ambientali S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentati e difesi dagli avvocati Arturo Cancrini, Francesco Vagnucci, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio del primo di essi in Roma, piazza San Bernardo n. 101;

Assoverde – Associazione Italiana Costruttori del Verde, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Arturo

Cancrini, Francesco Lilli, Francesco Vagnucci, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio del primo di essi in Roma, piazza San Bernardo n. 101;

nei confronti

Comune di Milano, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Giuseppe Lepore, Antonello Mandarano, Stefania Pagano, Danilo Parvopasso, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio del primo di essi in Roma, via Polibio n. 15;

Assoimpredia, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Marco Feroci, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Paolo Emilio n. 32 Sc. B/16;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Prima) n. 00700/2023, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Avr, Consorzio Stabile A.Lp.I., Rappo, Assoverde, Avola, Boschiva F.Lli Valentini, Colombo Giardini, De Zottis, Euroambiente, Cav. Emilio Giovetti, Hw Style, Intergeos, GSA, Comune di Milano e Assoimpredia;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 19 ottobre 2023 il Cons. Massimo Santini e uditi per le parti gli avvocati Greco, Vagnucci, Lilli, Pagano, Feroci;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Si controverte sul passaggio dalla gestione concorrenziale (attraverso gara) alla gestione *in house* del servizio giardini del Comune di Milano.

In primo grado ricorrevano avverso tale decisione 13 operatori privati del settore di riferimento (d'ora in avanti: AVR +12), alcuni dei quali già titolari di contratti sulla gestione del verde del Comune di Milano, contestando tale passaggio che avrebbe fatto sfumare loro diverse occasioni di guadagno.

Più da vicino venivano impugnati i seguenti atti: a) Deliberazione n. 63 del 20 luglio 2021 del Consiglio del Comune di Milano (recante contestuale approvazione di una modifica dell'art. 4.1 dello Statuto di MM S.p.A. e delle linee di indirizzo finalizzate al successivo affidamento ad MM S.p.A. della gestione del patrimonio a verde del Comune di Milano); b) con successivi motivi aggiunti: Deliberazione n. 989 dell'8 luglio 2022 della Giunta del Comune di Milano recante "Approvazione, in attuazione della deliberazione del Consiglio Comunale n. 63 del 20 luglio 2021, dello schema di contratto per l'affidamento ad MM S.p.A. della gestione integrata del patrimonio a verde del Comune di Milano"; c) Determinazione Dirigenziale n. 6480 del 5 agosto 2022 recante "Approvazione, in attuazione della deliberazione di Giunta Comunale n. 989 dell'8 luglio 2022, degli allegati tecnici allo schema di contratto per l'affidamento ad MM S.p.A. della gestione integrata del patrimonio a verde del Comune di Milano.

2. Il TAR Lombardia, dopo avere dichiarato tardivi i motivi aggiunti formulati da AVR (ma non dagli altri 12 operatori ricorrenti) accoglieva il ricorso originario in quanto i contratti in essere sul verde già erano concepiti secondo il modello del *global service*. Inoltre il Comune di Milano non avrebbe adeguatamente giustificato il passaggio dal modello di gestione concorrenziale (outsourcing) al modello *in house*. Più in particolare non sarebbe stato spiegato per quale ragione: a) il modello *in house* garantirebbe un maggior coinvolgimento della cittadinanza nei processi decisionali; b) l'uso integrato della risorsa idrica con il verde cittadino garantirebbe maggiori efficienze gestionali; c) un più penetrante potere di controllo e di intervento, da parte del Comune, "possa incrementare la convenienza dell'affidamento *in house*"; d) quale sarebbe "l'effettiva convenienza economica" dell'opzione *in house* dal

momento che lo sconto offerto da MM è pressoché analogo a quello con cui è stata aggiudicata l'ultima gara tra operatori privati per la gestione del verde. In sintesi vi sarebbe difetto di istruttoria e di motivazione.

3. MM s.p.a. appella la sentenza di primo grado sulla base dei motivi di seguito indicati:

3.1. Erroneità per omessa considerazione della tardività dei motivi aggiunti anche in capo agli altri 12 ricorrenti;

3.2. Erroneità per omessa statuizione di inammissibilità del ricorso originario per la disomogeneità degli interessi posti in capo ad almeno alcuni dei ricorrenti in primo grado;

3.3. Erroneità per omessa considerazione della congrua motivazione che l'amministrazione comunale avrebbe adottato sia in ordine alle ragioni del mancato ricorso al mercato, sia in merito ai benefici per la collettività derivanti dal modello *in house*, sia con riferimento alla congruità economica della stessa opzione.

4. Si costituivano AVR e le altre 12 originarie ricorrenti per chiedere il rigetto del gravame mediante articolate controdeduzioni di cui più avanti si terrà conto. Si costituivano altresì il Comune di Milano, per sostenere le ragioni della odierna parte appellante, ed Associazione Nazionale Imprese per la Difesa e Tutela Ambientale – ASSOIMPREDIA, per sostenere invece le ragioni di AVR + 12.

5. Le stesse AVR + 12 proponevano altresì appello incidentale per erroneità nella parte in cui i motivi aggiunti di AVR (non degli altri 12 originari ricorrenti) sono stati ritenuti tardivi, e ciò sia per la dimidiazione del termine a 30 giorni (nella prospettiva dell'appellante incidentale, invece, tale peculiare meccanismo processuale non si applicherebbe al modello *in house*), sia per la ritenuta immediata lesività della delibera n. 989 dell'8 luglio 2022, recante approvazione del contratto (la lesività, sempre nella prospettiva dell'appellante incidentale, si sarebbe invece radicata soltanto a partire dalla pubblicazione degli allegati al contratto ossia con la determinazione dirigenziale n. 6480 del 5

agosto 2022). Veniva altresì lamentata la erroneità della sentenza laddove non è stata rilevata la illegittimità della delibera n. 989 del 2022 nella parte in cui è stata dichiarata la immediata esecutività della delibera stessa.

Resistevano avverso tale appello incidentale il Comune di Milano e MM mediante articolate controdeduzioni che, più avanti, formeranno oggetto di specifica trattazione.

6. Alla pubblica udienza del 19 ottobre 2023 le parti rassegnavano le proprie rispettive conclusioni ed il ricorso in appello veniva infine trattenuto in decisione.

DIRITTO

7. Va innanzitutto rilevato come, in punto di rito, il ricorso di primo grado avrebbe dovuto essere dichiarato in parte irricevibile (motivi aggiunti) ed in parte improcedibile (ricorso introduttivo). Ed infatti:

7.1. I 13 operatori presentavano ricorso collettivo avverso la delibera n. 63 del 2021 che formalizzava il passaggio dal modello *outsourcing* al modello *in house*. Trattasi di 13 operatori nel settore della cura e della manutenzione del verde. In questa direzione va da subito rigettato il secondo motivo di appello in quanto la circostanza che Assoverde sia associazione che racchiude, oltre ai suddetti operatori, anche professionisti oppure operatori di settori diversi o complementari (es. produzione vivaistica) non implica allo stesso tempo, necessariamente, un insanabile conflitto di interessi in senso agli associati medesimi. Conflitto di cui peraltro la difesa di parte appellante non ha fornito la benché minima dimostrazione;

7.2. Con successiva deliberazione n. 989 dell'8 luglio 2022 (conosciuta dalla ricorrente AVR in data 13 luglio 2022 mediante accesso agli atti) veniva esecutivamente approvato il contratto tra Comune di Milano e società *in house* MM ma il ricorso per motivi aggiunti veniva notificato soltanto in data 26 settembre 2022 (trattandosi di rito appalti, si applica il termine di 30 giorni che dunque scadeva il 12 settembre 2022);

7.3. Il TAR Milano dichiarava irricevibili i motivi aggiunti nei soli confronti di AVR ma non anche rispetto agli altri 12 ricorrenti (i quali non avrebbero preso parte alla richiesta ostensiva di AVR, dunque per i medesimi il *dies a quo* sarebbe scattato sulla base della pubblicazione sull'albo pretorio, avvenuta tra il 12 luglio e il 27 luglio 2022). Inoltre non dichiarava improcedibile il ricorso (per acquiescenza prestata rispetto ad un atto strettamente consequenziale quale quello dell'affidamento contrattuale) almeno nei confronti di AVR;

7.4. In primo luogo si deve rigettare l'appello incidentale di AVR sia perché va applicato in questi casi l'art. 119 c.p.a., trattandosi di procedure di affidamento di servizi e in parte anche di lavori (dunque il termine per impugnare è di 30 giorni), sia perché la approvazione degli allegati (avvenuta con successiva determinazione del 5 agosto 2022 e tale da riaprire i termini per l'impugnazione, nella prospettiva della difesa AVR, a decorrere dal 1° settembre 2022) non può influire sulla condizione di "piena conoscenza" e sulla percezione della ulteriore lesività innegabilmente già determinata dalla approvazione della regolamentazione contrattuale di base dell'8 luglio 2022 (e rispetto alla quale gli allegati si pongono in termini meramente attuativi ed implementativi di fasi di dettaglio). Più da vicino:

7.4.1. Quanto alla dimidiazione del termine, il collegio non ha motivo di discostarsi dall'indirizzo in proposito già espresso da questa stessa sezione (cfr. sentenza n. 2533 del 29 maggio 2017) secondo cui, in particolare:

"11. Alla conclusione poc'anzi accennata dell'applicabilità del rito appalti deve giungersi in primo luogo sulla base dell'ampiezza delle formule impiegate dal legislatore: "procedure di affidamento di pubblici lavori, servizi e forniture" e "atti delle procedure di affidamento", utilizzate nelle disposizioni del codice del processo in esame.

Esse si incentrano sul concetto di "procedure", che nella sua latitudine è idonea a racchiudere tutta l'attività della pubblica amministrazione espressiva del suo potere di supremazia, che si manifesta attraverso atti autoritativi e nelle forme tipiche del procedimento amministrativo. Con specifico riguardo alla materia degli affidamenti di contratti di lavori servizi e forniture, il concetto di "procedure" è pertanto idoneo ad

individuare nel suo complesso la fase che precede la stipula del contratto, allorché, invece, l'amministrazione dismette i propri poteri autoritativi per assumere la qualità di parte di un negozio giuridico bilaterale di diritto privato, fonte di un rapporto di natura paritetica con l'appaltatore o il concessionario.

12. Sulla base di tale ricostruzione - ripetutamente affermata ai fini del riparto di giurisdizione in materia di contratti pubblici tra giudice amministrativo e giudice ordinario (ex multis:Cass., Sez. Un., ord. 10 aprile 2017, n. 9149, 18 novembre 2016, n. 23468; sent. 3 novembre 2016, n. 22233) - anche l'affidamento diretto di contratti di lavori, servizi e forniture ad un ente in house deve ritenersi riconducibile al concetto di "procedure" utilizzato dai più volte citati artt. 119, comma 1, lett. a), e 120, comma 1, del codice del processo amministrativo. Infatti, quand'anche estrinsecatosi uno actu, l'affidamento in questione è sempre espressione della presupposta potestà autoritativa della pubblica amministrazione, manifestatasi nelle forme del procedimento amministrativo cui quest'ultima è soggetta in via generale nell'esercizio dei suoi poteri, ancorché in tesi con modalità estremamente semplificate”.

Il primo motivo di appello incidentale deve dunque essere rigettato.

7.4.2. Quanto al secondo motivo di appello incidentale, la difesa di AVR fa presente che la “gran parte dei motivi aggiunti” si sarebbe “incentrata” sugli allegati approvati con determinazione n. 6480 del 5 agosto 2022. Dunque la immediata reazione avverso la presupposta delibera di Giunta n. 989 dell’8 luglio 2022 si sarebbe tradotta in un sostanziale “ricorso al buio” ossia in un “inutile aggravio del diritto di difesa”, come tale contrario ai principi espressi dalla sentenza n. 12 del 2 luglio 2020 della Adunanza plenaria.

Ad avviso del collegio le ragioni dell’appellante non possono essere condivise dal momento che:

a) Ad un attento esame dei motivi aggiunti in primo grado, si ricava che la gran parte dei medesimi è ricavabile da una approfondita analisi della delibera n. 989 dell’8 luglio 2022, nonché del contratto approvato in allegato, piuttosto che dagli allegati meramente attuativi di cui alla successiva determinazione n. 6480 del 5 agosto 2022. Si vedano in proposito le numerose censure sollevate

in merito ai ritenuti “costi nascosti” di *servizi di carattere strategico*, di *sinergie operative* e di *progetti e sistemi innovativi*, aspetti questi tutti ampiamente disciplinati, rispettivamente, dagli artt. 5, 6 e 10 del contratto approvato, per l'appunto, con la citata delibera n. 989 dell'8 luglio 2022. Né d'altra parte la difesa di AVR si è premurata di evidenziare, con particolare riguardo al documento integrativo in data 11 aprile 2022 (pubblicato il successivo 5 agosto 2022 in allegato alla determinazione 6844), il *differenziale di lesività percepito* tra la delibera n. 989 dell'8 luglio 2022 e la determinazione dirigenziale n. 6844 del 5 agosto 2022 (cfr. pag. 11 atto di appello incidentale, ove ci si limita a richiamare l'oggetto delle singole censure). Stesso discorso per i motivi sollevati avverso il meccanismo di premialità (costituito da obiettivi e indicatori di performance), aspetti questi anch'essi già ampiamente sviluppati all'art. 16 del contratto allegato alla delibera n. 989 del 2022, così come il tema del finanziamento da 34,1 milioni di euro (pag. 12 della deliberazione n. 989 del 2022), il tema dell'assunzione di nuovo personale (tema questo già presente all'allegato 2 della delibera n. 63 del 2021, cfr. pagg. 5 e 6) e quello relativo al coinvolgimento della cittadinanza (art. 4 e 5.5. contratto). Nettamente residuali, invece, i motivi tratti unicamente dagli allegati e riguardanti, per lo più, il tema delle migliorie e quello del raffronto con l'offerta tecnica dell'ultima gara;

b) Dunque non si sarebbe trattato di un mero “ricorso al buio”, quello ossia da presentare subito (mediante primi motivi aggiunti) avverso la delibera n. 989 dell'8 luglio 2022 e dell'allegato schema di contratto, quanto piuttosto di un “ricorso effettivo” (*rectius*: primi motivi aggiunti) dove i ricorrenti risultavano largamente consapevoli della lesività concretamente percepita nei suoi più definiti contorni di ritenuta illegittimità. In altre parole la lesività, proprio alla luce degli spiegati motivi aggiunti, era già ampiamente percepita sin dalla delibera n. 989 del 2022 (ivi ricompreso l'allegato schema di contratto). Delibera questa con cui “*il ricorrente è venuto a conoscenza o avrebbe*

dovuto essere a conoscenza della pretesa violazione (Corte di Giustizia, Sez. IV, 14 febbraio 2019)” (Cons. Stato, ad. plen., 2 luglio 2020, n. 12);

c) Ciò proprio in linea con le conclusioni non solo della Adunanza plenaria n. 12 del 2020 ma anche della Corte costituzionale n. 204 del 2021. Decisioni queste che nel loro complesso hanno stigmatizzato la pratica dei ricorsi “al buio” ma non anche quella dei motivi aggiunti allorché si determini, proprio come nella specie, una situazione di “doppia lesività” sul piano temporale, ossia di due provvedimenti cronologicamente successivi che, sin da subito ossia sin dal primo di essi, si rivelino in grado di provocare non solo un pregiudizio ma anche una percezione del relativo grado di lesione asseritamente subito. In particolare è stato affermato che il termine per proporre ricorso (oppure motivi aggiunti) *“decorra dalla data in cui il ricorrente è venuto a conoscenza o avrebbe dovuto essere a conoscenza della illegittimità che intende denunciare (Corte di giustizia dell’Unione europea, sentenza 28 gennaio 2010, in causa C-406/08 ...)”* [Corte Cost., 28 ottobre 2021, n. 204]. Ebbene nel caso di specie già la delibera n. 989 dell’8 agosto 2022 e l’allegato schema di contratto, sulla base di quanto riportato al punto a), erano stati elaborati in modo tale da *“poter esaminare compiutamente il loro contenuto e verificare la sussistenza di eventuali vizi”* (cfr. punto 15 della sentenza della Plenaria n. 12 del 2020). Dunque, in tutti questi casi costituisce ancora onere del soggetto che si ritiene leso impugnare tempestivamente già il primo provvedimento da cui ritiene di avere subito pregiudizio, avendo avuto *“conoscenza del contenuto concreto degli atti lesivi”* (cfr. punto 31 della citata Plenaria n. 12 del 2020), per poi proporre motivi aggiunti (nel caso di specie sarebbero stati i “secondi motivi aggiunti”) qualora tale atto sia ulteriormente confermato e specificato attraverso successivi provvedimenti di dettaglio altrettanto lesivi. Nella fattispecie in esame, in altre parole, la originaria ricorrente non è stata costretta a formulare il ricorso (ossia i primi motivi aggiunti) prima di essere *“stata posta nelle condizioni di percepire il vizio che si intende(va) denunciare”* (Corte Cost., 28 ottobre 2021, n. 204).

Da quanto sopra detto consegue il rigetto, altresì, del secondo motivo di appello incidentale.

7.4.3. Anche il terzo ed ultimo motivo di appello incidentale è infondato in quanto le ragioni della urgenza, ossia dei presupposti onde procedere alla immediata eseguibilità della delibera n. 989 del 2022, sono tutte contenute nelle premesse del provvedimento stesso, premesse cui fa ampio e sufficiente riferimento la suddetta clausola di immediata esecuzione.

7.4.4. Alla luce di tutte le considerazioni sopra svolte, l'appello incidentale deve dunque essere rigettato.

7.5. Si affronta adesso il primo motivo di appello principale con cui si lamenta la mancata considerazione della inammissibilità del ricorso collettivo.

7.5.1. Va innanzitutto considerato, al riguardo, che la proposizione di un ricorso collettivo implica, per giurisprudenza costante: da un lato assenza di conflittualità anche solo potenziale; dall'altro lato identità di posizioni sul piano non solo sostanziale ma anche processuale (cfr., *ex multis*: Cons. Stato, sez. III, 28 febbraio 2023, n. 2025; Cons. Stato, sez. IV, 21 marzo 2023, n. 1775).

Ebbene nel caso di specie, anche ad ammettere che la tardività fosse maturata in capo alla sola AVR (in quanto venuta in possesso di atti ulteriormente lesivi, in data 13 luglio 2022, in seguito ad istanza di accesso soltanto da essa formulata), ne deriva che questa *asimmetria informativa* abbia comunque provocato, parallelamente, una *asimmetria di posizioni* anche sul piano processuale atteso che, mentre gli altri 12 ricorrenti erano ancora nei termini (si veda comunque, più avanti, quanto si dirà sulla “piena conoscenza” anche di questi), AVR era ampiamente scaduta dal termine di impugnativa al momento della proposizione comune dei suddetti motivi aggiunti. Di qui il sopravvenuto difetto di identità di posizione processuali, il che fa venire meno uno dei presupposti indefettibili onde formulare un ricorso collettivo (anche sotto forma di motivi aggiunti). Pertanto la tardività rilevata in capo ad uno dei ricorrenti non potrebbe che ridondare, altresì, sulle posizioni degli altri

ricorrenti. Da quanto setto consegue un primo profilo di inammissibilità dei motivi aggiunti spiegati in primo grado e, dunque, di conseguente improcedibilità del ricorso originario per maturata acquiescenza.

7.5.2. A ciò si aggiunga che plurimi sono gli indici che farebbero propendere, in ogni caso, per una condizione di “piena conoscenza” del provvedimento n. 989 dell’8 luglio 2022, anche in capo agli altri 12 ricorrenti, sin dal 13 luglio 2022 (data di ostensione della delibera e del contratto in favore di AVR) e non soltanto in seguito alla pubblicazione degli atti medesimi sull’albo pretorio tra il 12 luglio 2022 e il 27 luglio 2022. Più in particolare, nel caso di specie la c.d. “verosimiglianza della conoscenza” di un simile provvedimento (delibera di approvazione del contratto e del contratto stesso) sin dal 13 luglio 2022 (data di ostensione dei suddetti atti in favore di AVR) era riconducibile ai seguenti elementi:

- a) il ricorso collettivo era già stato presentato da tutti i 13 operatori. Ebbene la presentazione di un ricorso collettivo presuppone la non conflittualità tra posizioni (cfr., *ex multis*: Cons. Stato, sez. IV, 21 febbraio 2023, n. 1775) ossia una “comunanza di interessi” da cui non potrebbe che scaturire una certa leale collaborazione tra i ricorrenti stessi e dunque un conseguente puntuale, continuo e tempestivo scambio di informazioni (tra queste, quella di essere venuti in possesso di determinati documenti già prima della pubblicazione dei medesimi sull’albo pretorio del comune);
- b) un simile scambio di informazioni e condivisione di documenti era peraltro reso particolarmente agevole dalla circostanza che il difensore era lo stesso, almeno per quanto riguarda due difensori su tre, per tutti i 13 ricorrenti;
- c) la stessa istanza di accesso faceva espressamente riferimento al ricorso già presentato “unitamente ad altri operatori del settore”, con ciò lasciando trapelare l’intenzione di AVR di agire, pure in sede di accesso documentale, anche in nome e per conto di questi ulteriori operatori del settore. Dal tenore dell’istanza di accesso alla deliberazione di approvazione del contratto dell’8 luglio 2022 AVR si poneva, nella sostanza, quale rappresentate anche degli

altri ricorrenti (che per economicità di azione, evidentemente, avevano affidato il predetto onere ostensivo alla sola AVR);

d) il ricorso di primo grado, come detto, era già pendente, dunque il consesso difensivo si era già ampiamente spiegato mediante proposizione del predetto ricorso originario. In altre parole, questa esigenza di forte collaborazione reciproca era ulteriormente avvalorata da una non trascurabile iniziativa giurisdizionale di cui ancora non potevano conoscersi gli esiti e che dunque andava coltivata al meglio delle possibilità, ossia anche mediante una intensa e proficua condivisione di dati, informazioni e soprattutto documenti (tra questi, ovviamente, la delibera di approvazione del contratto di affidamento);

e) in altri termini, gli altri 12 ricorrenti “non potevano non sapere” dei contenuti di tali successivi atti sin dal momento della avvenuta ostensione documentale (13 luglio 2022), non potendosi quindi condividere la sussistenza di una possibile “asimmetria informativa” (tra AVR ed altri 12 ricorrenti) pur ipotizzata dal giudice di primo grado. Pertanto la tardività dei motivi aggiunti non potrebbe che riflettersi, altresì, sugli altri 12 ricorrenti in primo grado;

7.6. Dalla tardività dei motivi aggiunti – tardività come visto da ascrivere a tutti i 13 ricorrenti – deriva l’acquiescenza maturatasi sulla approvazione del contratto (che era atto non meramente ma strettamente consequenziale della delibera n. 63 del 2021, dunque necessariamente da impugnare) ed ancora la improcedibilità del ricorso di primo grado per sopravvenuta carenza di interesse, dato il consolidamento degli effetti della delibera di approvazione del contratto n. 989 dell’8 luglio 2022 (consolidamento che priva di ogni utilità l’annullamento degli atti presupposti ossia della delibera di indirizzo n. 63 del 2021);

7.7. In altre parole, il ricorso di primo grado andava dichiarato in parte irricevibile (quanto alla delibera n. 989 dell’8 luglio 2022, tardivamente impugnata) e in parte improcedibile (quanto alla delibera n. 63 del 2021), dato il conseguente maturarsi dell’acquiescenza dovuta alla tardiva impugnazione

dell'atto strettamente consequenziale ed ulteriormente lesivo (ossia la predetta delibera n. 989 del 2022);

7.8. Di qui l'accoglimento del primo motivo di appello principale.

8. In ogni caso anche nel merito (che va comunque affrontato, in questa sede, se non altro per dovere di completezza) l'appello si rivela fondato quanto al terzo motivo per le ragioni di seguito indicate.

8.1. Per quanto di specifico interesse, la giurisprudenza in materia di affidamenti *in house* si è così espressa:

- Per la Corte di giustizia UE (sez. IX, 6 febbraio 2020, da C-89/19 a C-91/19), anche in presenza di un principio di *libera amministrazione* circa le modalità di svolgimento di un servizio (ossia se in *outsourcing* oppure direttamente o *in house*) nulla osta a che uno Stato membro condizioni il ricorso al modello *in house* *“alla dimostrazione dei vantaggi per la collettività specificamente connessi al ricorso all'operazione interna”*. Vantaggi che vanno espressi in termini di *“qualità dei servizi forniti”*;
- per la Corte costituzionale (cfr. sentenza 27 maggio 2020, n. 100) occorre sempre dare *“specificamente conto delle ragioni del mancato ricorso al mercato”*;
- quanto alla giurisprudenza amministrativa (cfr. Cons. Stato, sez. III, 12 marzo 2021, n. 2102), in linea generale va condiviso l'orientamento secondo cui: *“la motivazione in ordine ad un aspetto possa risolversi anche nella motivazione dell'altro aspetto tutte le volte che i benefici per la collettività siano di per sé tali da giustificare il mancato ricorso al mercato. La motivazione ben può essere unitaria ogni qual volta le ragioni addotte da un lato giustifichino il mancato ricorso al mercato e dall'altro integrino i richiesti benefici per la collettività”*. Dunque: *“la motivazione sottesa all'opzione internalizzante può assumere carattere "unitario", siccome idonea a dare conto, ad un tempo, delle ragioni del mancato ricorso al mercato e dei benefici per la collettività attesi dal modello in house”*. Ed infatti: *““benefici per la collettività” attesi dall'organizzazione in house dello stesso e le “ragioni del mancato ricorso al mercato” (costituiscono) le due facce di una medesima realtà, di cui colgono, rispettivamente, gli elementi “positivi” (inclinanti la valutazione dell'Amministrazione verso l'opzione*

gestionale di tipo inter-organico) e quelli "negativi" (sub specie di indisponibilità di quei "benefici" attraverso il ricorso al mercato)". Ciò detto: "il sindacato del giudice amministrativo non potrà che svolgersi secondo le coordinate tipiche del potere discrezionale, rifuggendo quindi da una analisi di tipo atomistico e parcellizzato della decisione amministrativa portata alla sua cognizione, ma orientandolo verso una valutazione di complessiva logicità e ragionevolezza del provvedimento impugnato". In questa stessa direzione: "la congruità dell'attività istruttoria posta in essere dall'Amministrazione deve essere valutata caso per caso, non potendo escludersi la possibilità (recte, legittimità) di un *modus procedendi* che non si traduca nell'effettuazione di specifiche indagini di mercato e/o di tipo comparativo, laddove sussistano plausibili, dimostrabili e motivate ragioni, insite nell'affidamento del servizio all'organismo *in house*, per ritenere che l'affidamento mediante gara non garantisca (non, quantomeno, nella stessa misura di quello diretto) il raggiungimento degli obiettivi prefissati".

8.2. Tanto premesso, tre sono i fattori che occorre valutare nel percorso motivazionale di cui all'art. 192, comma 2, del decreto legislativo n. 50 del 2016 (*ratione temporis* vigente), ossia in occasione della decisione di optare per il regime *in house* in luogo di quello *outsourcing* (ricorso al mercato mediante sistema di pubbliche gare) : A) le "ragioni del mancato ricorso al mercato" ossia il *fallimento del mercato*; B) i "benefici per la collettività"; C) la "congruità economica dell'offerta".

8.3. Sul *fallimento del mercato*: onde comprendere tale aspetto occorre partire dalla linee programmatiche del Comune di Milano, come riportate nei gravati provvedimenti, le quali evidenziano, in un'ottica di migliore attrattività e vivibilità della città, "la portata strategica del verde urbano, mediante un processo in grado di innovare l'ecosistema cittadino, adottando soluzioni integrate e sperimentali finalizzate al perseguimento degli obiettivi di transizione ecologica e rigenerazione urbana, tra le quali la creazione del Parco Metropolitano" (cfr. pag. 21 atto di appello introduttivo di MM).

Fondamentale in tal senso sarà la "creazione di nuove aree verdi" nonché una costante operazione di "ampliamento degli spazi verdi in città" (pag. 2

delibera n. 989 del 2022).

Per la stessa delibera n. 63 del 2021 ciò “implica la necessaria transizione da una logica di mera manutenzione ordinaria e straordinaria delle (singole) aree verdi, ad un sistema di vera e propria cura e valorizzazione ambientale del patrimonio verde della città socialmente partecipata in modo attivo, in una visione urbana integrata” (pagg. 2 e 3 della delibera 63).

Una simile transizione viene in particolare contemplata nell’ambito dello scenario di lungo periodo, quello ossia “integrativo prospettico”.

Ancora la delibera n. 63 del 2021 prevede, in chiave strategica, che occorre “garantire una partnership durevole, nella quale il gestore del verde urbano – quale Ente strumentale dell’Amministrazione comunale - supererebbe il ruolo di semplice fornitore del servizio, identificandosi piuttosto come Advisor dell’Amministrazione in grado di collaborare attivamente nella stesura e nell’attuazione del Piano strategico del verde di lungo periodo finalizzato allo sviluppo del patrimonio comunale esistente” (pag. 7 delibera n. 63).

Al riguardo la successiva delibera della Giunta comunale recante approvazione del contratto di affidamento (n. 989 dell’8 luglio 2022) prevede proprio la necessità di “un coordinamento con l’attività di programmazione, progettazione ed attuazione delle opere da realizzare”. In siffatta ipotesi, il “coordinamento in capo ad un unico soggetto consente di risolvere inefficienze, diseconomie, ritardi ed intralci” (pag. 2 delibera n. 989 del 2022).

Quello che si propone è dunque “un modello di gestione integrato delle aree a verde del patrimonio comunale” (pag. 4 delibera n. 989 del 2022), in modo da “garantire una partnership durevole, nella quale il gestore del verde urbano – quale Ente strumentale dell’Amministrazione Comunale – superando il ruolo di semplice fornitore del servizio, collabora attivamente nella stesura e nell’attuazione del Piano strategico del verde di lungo periodo finalizzato allo sviluppo del patrimonio comunale esistente, integrandolo con le politiche complessive di transizione ambientale approvate dal Comune” (pag. 5 della delibera n. 989 del 2022).

In tale ottica sono previsti “servizi strategici” nonché “progetti di carattere innovativo” i quali contemplano, tra l’altro, “studi di fattibilità per la realizzazione di interventi e sistemi innovativi di gestione integrata” (pag. 5 e 6 della delibera n. 989 del 2022). Ed ancora sono previsti compiti di “elaborazione, sviluppo e realizzazione di progetti di carattere innovativo, a partire dalla presentazione di studi di fattibilità realizzati dall’ingegneria di MM in stretta collaborazione con i tecnici del Comune di Milano”.

Tali compiti in materia di pianificazione e di programmazione vengono poi declinati nell’art. 5 del Contratto, in base al quale MM svolge “servizi di carattere strategico concernenti, in particolare, il supporto all’Amministrazione Comunale nell’individuazione, sviluppo e finanziamento di interventi e progetti connessi alla rigenerazione delle aree verdi urbane e alla sostenibilità ambientale”. Più in particolare, ai sensi dell’art. 5.15 l’erogazione del servizio affidato a MM si articola, tra l’altro, nella fase di “Programmazione e pianificazione” nonché in quella di “Gestione operativa”. Quanto alla prima fase, essa comprende la “Programmazione operativa annuale (c.d. Piano degli interventi manutentivi). Inoltre, “a partire dalla pianificazione annuale, MM provvede ad aggiornare il suddetto Piano degli interventi manutentivi”. Ancora, a norma dell’art. 11.3. del Contratto “MM si impegna a ... redigere il Programma delle Attività e il Piano degli Interventi Manutentivi”.

Ai sensi del successivo art. 14 del Contratto, poi: “il Comune svolge costantemente il monitoraggio e il controllo delle attività previste dal presente Contratto ai fini della valutazione di performance, con particolare riguardo allo stato di avanzamento delle attività, dei risultati conseguiti, nonché del rispetto del Piano degli interventi manutentivi e della programmazione dei servizi strategici”. L’art. 14.2. prevede inoltre che: “Gli esiti delle attività di monitoraggio predette, con particolare riguardo allo scostamento dagli obiettivi fissati dal Comune, oltre ad essere utilizzati per le necessarie

valutazioni, sono altresì funzionali alla preparazione e all'adozione di eventuali azioni correttive di tipo pianificatorio, programmatico e gestionale”.

Significativa la previsione di cui all'art. 15, il quale istituisce un Comitato di gestione e coordinamento quale organismo paritetico composto da rappresentanti comunali e di MM cui compete, tra l'altro: “l'esame del Piano degli Interventi Manutentivi e degli altri eventuali Piani concordati tra le Parti ... anche al fine di valutare eventuali aggiornamenti e modifiche necessari e correlati all'andamento della gestione”, nonché “la verifica degli esiti delle attività di monitoraggio e controllo ... al fine di proporre eventuali correttivi da adottare nel corso dell'esecuzione in caso di scostamento dai citati obiettivi”, ed ancora “le valutazioni necessarie in merito agli elementi essenziali e qualificanti degli obiettivi strategici, sulla base dei quali sviluppare la gestione integrata affidata a MM”.

Da segnalare poi l'importante previsione, all'art. 16 del Contratto, di un complesso ed articolato *sistema di obiettivi* fissati dall'amministrazione comunale e che MM deve realizzare nei tempi concordati, nonché un correlato meccanismo di *indicatori di risultato* che possano garantire la valutazione delle performance da parte di MM.

Si prevede altresì, all'art. 16.3., la possibilità di apportare di conseguenza “le opportune e adeguate indicazioni correttive o programmatiche volte a orientare le attività connesse alla realizzazione degli specifici obiettivi ... di gestione assegnati”.

Tanto doverosamente premesso:

8.3.1. Il contestato affidamento *in house* non riguarda la semplice gestione del verde ma anche la pianificazione e programmazione in un *contesto soggettivo sostanzialmente unico*. O meglio: la pianificazione e la programmazione viene garantita in coordinamento dai competenti uffici dell'amministrazione comunale nonché dagli uffici di MM che si occupano, per l'appunto, di pianificazione strategica. Pertanto la considerazione del giudice di primo grado secondo cui anche i contratti sinora stipulati erano di *global service* (oltre

ai giardini anche le opere contigue ed accessorie come panchine, aree gioco, aree cani, attrezzature sportive, etc.) non ha pregio perché riguardano tutte il solo oggetto della gestione, laddove qui si introduce un modello “pluritipologico” fondato sulla integrazione costante e ricercata tra attività di programmazione e attività di gestione.

Pertanto: mentre il modello *outsourcing* riguardava la mera gestione del verde (seppure ad ampio raggio di azione), nel modello *in house* si assiste ad una visione più strategica ed integrata in quanto un unico soggetto (MM *in house*) programma in stretta integrazione con il Comune e gestisce, per poi correggere e riprogrammare (sempre in coordinamento con il Comune) sulla base delle pregresse esperienze di gestione (c.d. modello PPBs ossia *planning, programming and budgeting system*).

In questa direzione la descritta “gestione integrata di tutte le aree a verde” assicura un “adeguamento continuo delle modalità di esecuzione del servizio agli obiettivi strategici del Comune” (pag. 5 delibera n. 989 del 2022). Soprattutto si garantisce un adeguamento continuo anche alle esigenze della collettività.

In altre parole, mentre il *global service* garantisce unicamente un intervento *plurioggetto*, il modello concepito dal Comune di Milano per l'affidamento *in house* ad MM è non solo *plurioggetto* ma anche *pluriattività* (ossia gestione esecutiva ad ampio raggio preceduta e seguita da sostanziale *copianificazione* con gli uffici dell'amministrazione comunale).

Paradigma del suddetto modello di *copianificazione* sono proprio le attività riservate al predetto comitato paritetico di gestione Comune – MM (art. 15 del contratto).

Trattasi in particolare di un modello che ben si sposa con il processo di transizione ecologica cui l'intera città milanese si dovrebbe votare da qui ai prossimi anni.

Un modello in altre parole maggiormente integrato, in termini di circuito virtuoso, tra fase di pianificazione e programmazione, da un lato, e fase di

gestione, dall'altro lato, che sino ad ora non esisteva in quanto si registrava una netta cesura tra amministrazione comunale (che pianificava e programmava) e singoli operatori scelti con gara e deputati alla gestione in senso stretto.

Ora queste fasi (pianificazione e gestione) vengono ad integrarsi garantendo maggiore semplificazione di intervento in caso di revisione degli obiettivi, e ciò sulla base dei più efficienti modelli di *controllo direzionale*.

Secondo tale modello (c.d. processo di *controllo direzionale*), infatti, dopo la pianificazione strategica e la programmazione degli obiettivi si innesta la fase di esecuzione e svolgimento delle singole attività. Queste attività vengono poi sottoposte a misurazione (art. 16 Contratto). Qui si apre la delicata fase di reporting e valutazione che potrebbe dare distintamente luogo ad azioni correttive sulla gestione in senso stretto oppure ad una revisione della programmazione (o del budget) se non addirittura ad una modificazione delle strategie e della connessa pianificazione “a monte” di tutto il processo.

Il modello appena descritto è stato anche definito con l'acronimo PPBs (*planning, programming and budgeting system*) ed è alla base dello studio e degli approfondimenti che hanno da sempre riguardato i controlli di efficienza e di efficacia nelle pubbliche amministrazioni, soprattutto quelle maggiormente orientate verso modelli di organizzazione più flessibili ed aziendalistici ma, pur sempre, senza finalità di reddito.

Tale modello si rivela ampiamente rispettato nel caso di specie, laddove ad un processo di *copianificazione* tra ente comunale e società *in house* si accompagna un concreto e strutturato sistema di obiettivi e di indicatori di prestazione, il tutto arricchito dalla presenza di momenti e di moduli paritetici dedicati ad intervenire in modo correttivo e rimodulativo su azioni, obiettivi operativi e strategici nonché su programmi.

E ciò per garantire ovviamente il controllo di efficacia (capacità di realizzare gli obiettivi) e di efficienza (aumento di produttività a parità di risorse oppure mantenimento dello stesso livello di produttività con minori risorse) nonché

quello di economicità (sintesi di efficacia e di efficienza ossia capacità di realizzare gli obiettivi prefissati in condizioni di massima efficienza operativa), controllo che pure viene richiamato dall'art. 192, comma 2, in relazione ai benefici per la collettività.

Significativa, in tal senso, è la disposizione di cui all'art. 11 del Contratto secondo cui tra Comune e MM si prevede "l'instaurazione di un continuo scambio di informazioni e/o dati". Ciò proprio allo scopo di consentire quelle attività di valutazione (della performance) e di eventuale correzione (di obiettivi) specificamente contemplate al richiamato art. 14 del contratto.

Azioni, quelle appena descritte, tutte congiuntamente orientate ad una diversa ottica di *risultato* (cfr. art. 1 decreto legislativo n. 36 del 2023) e che, per loro natura, non sarebbero altrimenti replicabili in un sistema rigidamente contrattuale, quale quello unicamente percorribile con il ricorso al mercato (*outsourcing*), basato come tale sul mero rispetto degli *adempimenti* tutti analiticamente previsti nel rapporto negoziale di volta in volta instaurato.

8.3.2. Coerente con la scelta di sostanziale *copianificazione* sopra sintetizzata è dunque l'obiettivo di "superare l'attuale impostazione finalizzata alla sola verifica del rispetto degli standard richiesti dal Comune di Milano, con applicazione del meccanismo di penalità in caso di totale o parziale inosservanza dei suddetti standard ... attraverso un meccanismo premiante in funzione del livello di servizio effettivamente reso" (pag. 5 delibera n. 989 del 2022).

A tal fine viene dunque introdotto un ampio e ponderato sistema di obiettivi, laddove per obiettivo si intende un risultato specifico da realizzare in un determinato periodo di tempo, solitamente uno più anni. L'enunciazione degli obiettivi è un elemento chiave in un sistema di *controllo direzionale*, dal momento che l'efficacia di un'organizzazione può essere misurata solo se i risultati effettivamente conseguiti sono raffrontati agli obiettivi.

Come si evince dall'allegato 3 al Contratto, vengono previsti sia indicatori di *qualità della prestazione* (cfr. Indicatore di Gestione Segnalazioni, Indicatore di

Qualità del Servizio, Indicatore di Customer Satisfaction, alla pag. 14 del predetto allegato 3) sia indicatori di *efficienza nella gestione* che possono ben consentire notevoli risparmi di spesa. È il caso dei seguenti indicatori (pag. 14 allegato 3): Indicatore di Proposta Progetti Innovativi, che consente la valutazione di innovatività e completezza delle proposte progettuali prodotte da MM; Indicatore di Efficienza nella Ricerca di Finanziamenti; Indicatore di Riduzione del Consumo di Acqua Potabile.

Si passa in questo modo da una “gestione per adempimenti”, derivante da un rapporto di natura strettamente contrattuale, ad una più virtuosa “gestione per obiettivi” (*management by objectives*, MBO), derivante da un rapporto di natura invece interorganica (connaturata al modello *in house*) e destinata giocoforza ad assicurare più elevati livelli di efficienza ed efficacia operativa. Di qui la costruzione di un modello maggiormente “orientato al risultato”, risultato che diventa una sorta di obbligazione per MM (laddove la “gestione per adempimenti” è più assimilabile ad una obbligazione di mezzi).

Dunque non ci si limiterebbe a semplici “poteri di controllo e di intervento più elevati”, trattandosi piuttosto di un livello di controllo e di intervento che è soprattutto *efficace e collaborativo*, per quanto possibile, ossia prevalentemente diretto a correggere in modo alquanto flessibile l’attività gestionale in funzione della finalità complessiva generale nonché della eventuale rimodulazione degli obiettivi.

Tutte azioni, quelle appena descritte, che con il modello dell’*outsourcing* non sarebbe altrettanto possibile se non a rischio di elevato contenzioso (per la lamentata modifica delle condizioni contrattuali in essere).

Non si tratterebbe, in altre parole, di un “controllo più pregnante” fine a sé stesso ma, piuttosto, di un efficace *controllo direzionale* che sviluppa in senso ciclico e continuo fasi di pianificazione, programmazione e gestione delle risorse.

Il rapporto meramente e rigidamente *contrattuale* viene dunque sostituito da un diverso e più fluido rapporto strettamente *organizzativo*. Ed infatti, se nel

primo caso lo “scostamento dagli adempimenti” stabiliti dal contratto apre una (spesso lunga) fase di *contraddittorio* tra amministrazione e gestore (contraddittorio che quasi sempre sfocia in *contenzioso* per via del previsto *sistema di penalità*), nel secondo caso l’eventuale “scostamento dagli obiettivi” comporta solo l’apertura di una (più breve) fase di *confronto collaborativo*, tra ente controllante e soggetto *in house*, onde apportare le eventuali azioni correttive (alle azioni del gestore oppure agli obiettivi stessi), e tanto in funzione del prescritto *sistema di premialità* (in base al quale il raggiungimento degli obiettivi forma oggetto di specifica retribuzione economica). Da tanto consegue l’evidente vantaggio, in termini di tempestività, qualità e flessibilità del servizio, che si ottiene nel ridetto passaggio da un rigido *sistema di penalità* (che spesso dà luogo a lunghissimi contenziosi) ad un più flessibile *sistema di premialità* (che garantisce interventi più veloci, precisi ed efficaci).

Quel che si mette al centro dell’azione amministrativa non è tanto l’osservanza di singoli *adempimenti*, tipico del rapporto contrattuale tra Comune di Milano e singoli affidatari privati (sistema precedente di outsourcing), quanto piuttosto la realizzazione di taluni importanti *obiettivi*, preconcordati tra Comune di Milano ed MM, tali da garantire il raggiungimento di determinati *risultati* (cfr. art. 1 del decreto legislativo n. 36 del 2023, nuovo codice dei contratti pubblici). Meccanismo questo che, si ripete, si fonda su un “efficiente sistema organizzativo” e non su un “rigido schema contrattuale”, sì da non poter essere garantito dagli operatori privati che gravitano sul relativo mercato di riferimento ma soltanto attraverso una buona ricostruzione dei rapporti interorganici tra ente controllante e società *in house*.

Quindi si passa da un regime contrattuale *statico* costellato di adempimenti ad un regime organizzativo *dinamico* dove gli obiettivi sono strettamente funzionali al miglioramento della qualità dei servizi stessi. Il sistema per obiettivi (MBO) impone infatti un miglioramento continuo delle performance (è il principio organizzativo del *Total Quality Management*) attraverso una

correzione ed una rimodulazione di tali obiettivi proprio in funzione della qualità, laddove il sistema per adempimenti è fondato sul rigido rispetto delle previsioni pattizie la cui pur doverosa osservanza non garantisce, tuttavia, anche il parallelo miglioramento delle prestazioni già contrattualmente predefinite e dunque del sistema di qualità delle prestazioni nel suo complesso.

Con ciò si vuole dire – ed è fondamentale sottolinearlo – non che ogni tipo di affidamento *in house* si rivela preferibile rispetto alla opzione *outsourcing* unicamente per la generica ritenuta presenza di “controlli più pregnanti” (il che si tradurrebbe in una violazione dell’art. 192 per motivazione generica), ma soltanto che nell’ipotesi in cui effettivamente si concepisca un efficiente sistema di pianificazione e di controllo direzionale (attraverso ossia un meccanismo fluido e continuo di pianificazione, progettazione e gestione, nonché mediante un articolato sistema di obiettivi e indicatori di risultato), dunque fondamentalmente basato anche sulla misurazione dell’output ossia dei risultati effettivamente conseguiti, allora il modello *in house* potrebbe rivelarsi preferibile, proprio come nel caso di specie, rispetto alla scelta di rivolgersi al mercato. Ed una valutazione di efficienza del concepito modello di gestione e di valutazione non può che essere operata in concreto, ossia caso per caso come è stato effettuato sempre nell’ipotesi qui controversa.

8.3.3. Concludendo sul punto, “l’efficientamento e l’ottimizzazione dei processi aziendali interni ad MM” determina un correlato “incremento della qualità del servizio erogato” (cfr. pag. 9 della delibera n. 989 del 2022), e ciò proprio nel rispetto delle coordinate descritte dalla Corte di giustizia UE (cfr. citata sentenza del 6 febbraio 2020). La difesa di AVR + 12 sostiene che tali “dichiarati obiettivi di maggiore efficienza e “integrazione” ben potrebbero essere raggiunti semplicemente implementando, a livello amministrativo, un più efficace sistema di coordinamento tra gli affidatari dei diversi servizi” (pag. 12 memoria in data 23 giugno 2023). Osserva il collegio come, pur a fronte di un maggior coordinamento tra i singoli operatori affidatari del servizio verde,

il rapporto resterebbe pur sempre relegato ad una disciplina di tipo *contrattuale* (e dunque rigidamente ancorata ad alcuni parametri di fonte pattizia) e non anche di tipo *organizzativa* ossia flessibilmente riconducibile a più ampi spazi di intervento, anche di matrice correttiva, delle singole azioni esecutive.

8.4. A ciò si aggiunga che:

8.4.1. La delibera n. 63 del 2021 prevede, alla pag. 7: “il coinvolgimento, di singoli cittadini, imprese e di portatori di interessi diffusi costituiti in associazioni o comitati, che stanno sempre più efficacemente contribuendo al miglioramento degli spazi pubblici e dei parchi, anche attraverso concreti interventi di sostegno alle attività di forestazione urbana e di recupero e tutela di parchi urbani, nella logica della sussidiarietà orizzontale che caratterizza le funzioni comunali”. Il coinvolgimento diretto della cittadinanza, con l’affidamento diretto ad MM, sarebbe facilitato dal fatto che tale società, proprio in quanto *in house* ossia formalmente privata ma sostanzialmente pubblica, è tenuta al rispetto dei principi di cui alla legge n. 241 del 1990 sul procedimento amministrativo, dunque anche degli istituti che disciplinano la partecipazione dei cittadini (cfr. art. 9, il quale prevede proprio la partecipazione ai procedimenti della PA di cittadini in forma singola ed associata, allorché portatori di interessi diffusi e collettivi). Vincolo questo non altrettanto agevolmente estendibile ad operatori privati che operano sul mercato e vengono scelti dopo procedura di gara;

8.4.2. Sono espressamente previste “Sinergie specifiche con la gestione del Servizio Idrico Integrato” (pag. 9 della Relazione comparativa in allegato alla delibera n. 63 del 2021). MM, infatti, gestisce anche la risorsa idrica per conto del Comune di Milano, e l’integrazione tra “verde” ed “acqua” è processo tanto virtuoso quanto essenziale in un momento come questo dove l’uso razionale ed ottimale della risorsa idrica costituisce fattore senz’altro ineludibile. MM potrebbe infatti “impiegare il know-how delle risorse del servizio idrico”, a fini di irrigazione, anche attraverso “l’impiego di acqua derivante dai depuratori (Nosedo e San Rocco) e dai pozzi con conseguenti

benefici su costi e salvaguardia della risorsa idrica” (cfr. pag. 4 allegato 2 alla delibera n. 63 del 2021). Ciò che garantirebbe, ai sensi dell’art. 6 del Contratto, “una riduzione del consumo della risorsa idrica attraverso la gestione integrata e la puntuale manutenzione degli impianti di irrigazione”. Del resto, competenze specialistiche quali quelle vantate in tale specifico campo da MM (gestione risorsa idrica) non sarebbero altrettanto rinvenibili in alcuno degli operatori privati che si occupano di cura e manutenzione del verde cittadino. Anche sotto tale profilo sussiste dunque un *quid pluris* in capo ad MM (competenze incrociate “nel verde e nel blu”) non altrimenti rinvenibile nel mercato di riferimento. La difesa di AVR +12 afferma al riguardo che: “l’approvvigionamento delle risorse irrigue cittadine non rappresenta certamente un’esclusiva di MM e che incrementati livelli di risparmio delle suddette risorse ben potrebbero essere configurati dal Comune di Milano, nell’ambito di future gare, quale standard minimo garantito o al più come miglioria da presentare in sede di offerta”. Analoghe osservazioni sono contenute nella memoria in data 18 settembre 2023. La deduzione si rivela tuttavia generica in quanto non si riesce a dimostrare quale dei suddetti operatori potrebbe possedere livelli di competenza quanto meno analoghi a quelli nel tempo acquisiti da MM. Parimenti generica e non altrimenti dimostrata si rivela altresì l’affermazione secondo cui “tali servizi aggiuntivi”, quelli ossia del servizio idrico, risulterebbero “inconferenti con la cura delle aree a verde, rispetto alla quale appaiono inidonei ad arrecare il benché minimo valore aggiunto” (pag. 17 memoria in data 23 giugno 2023);

8.4.3. Nell’ambito dello “scenario innovativo” è inoltre previsto che MM si occupi di: “potenziali finanziamenti ottenibili tramite partecipazione a bandi Europei, nonché di progetti ammessi ai fondi previsti nel Piano Next Generation UE” (allegato 2 della delibera n. 63 del 2021). L’azione di MM si concentrerebbe dunque, altresì, su reperimento e gestione di fondi comunitari: la programmazione delle attività sarebbe in tal caso effettuata con piena cognizione delle risorse, anche finanziarie, di cui occorre presumibilmente

disporre. La difesa di AVR + 12 (pagg. 31 e 32 della memoria in data 23 giugno 2023) sostiene al riguardo la violazione dell'art. 10 del DL n. 77 del 2021 in quanto non sarebbero state effettuate indagini comparative con i prezzi al riguardo previsti da CONSIP e da altre centrali di committenza regionali. L'osservazione non può essere considerata lesiva in quanto una simile comparazione ben potrà essere effettuata in sede di effettiva esecuzione, ossia allorché la gestione *in house* di cui si controverte sarà effettivamente avviata;

8.4.4. È prevista l'assunzione di numerosi addetti (200/250): in tal modo è teoricamente assicurata una certa continuità del servizio ma soprattutto l'acquisizione di importanti competenze ed esperienze professionali nello specifico settore e dunque un "livello di specializzazione delle risorse operative" non altrimenti replicabile tra gli operatori privati (i cui contratti sono più brevi e dove l'avvicendamento continuo del personale costituisce fattore pressoché fisiologico): di qui un correlato aumento della qualità del servizio da gestire. La difesa di AVR sostiene che i costi di tale personale (soprattutto in relazione alle operazioni paraconcorsuali di reclutamento e di formazione) non sarebbero stati contemplati dall'amministrazione comunale (pag. 8 memoria in data 23 giugno 2023). L'eccezione non può essere condivisa in quanto anche tali costi sono stati ricompresi nei flussi di uscita presi a base di calcolo dell'equilibrio economico-finanziario del progetto che ha dato esito positivo con un valore attuale netto (VAN) superiore al 5%. Risultato questo non altrimenti contestato dalla difesa di AVR attraverso la prova della incongruità di tali calcoli operati da MM e validati dall'amministrazione comunale: di qui la dimostrazione di validità e di sostenibilità della valutazione economica del progetto nel suo complesso, anche con riferimento ai costi del personale. La stessa difesa di AVR + 12 afferma che l'utilizzo di "squadre "polivalenti" ... comprensive di risorse con competenze inconferenti ... ostacolerebbero, anziché agevolare, la cura congiunta delle aree verdi annesse agli edifici popolari e scolastici e delle vaste

aree a verde cittadine”. Si rammenta che, anche secondo la giurisprudenza (Cons. Stato, sez. III, 12 marzo 2021, n. 2102), l’amministrazione esercita al riguardo un potere tecnico-discrezionale che potrebbe essere sindacato soltanto in termini di manifesta erroneità o di palese irragionevolezza. Elementi questi in alcun caso evidenziati, nei suddetti termini, dalla difesa di AVR + 12 la quale si è al riguardo limitata ad esporre un proprio personale giudizio di opinabilità perfettamente sovrapponibile rispetto alle valutazioni della PA (soprattutto laddove si fa riferimento., alla pag. 14 della citata memoria in data 23 giugno 2023, ad un non meglio precisato “dispendio di risorse a dir poco superfluo, appalesandosi improduttivo e gravemente antieconomico”);

8.4.5. Stesso ragionamento per la ritenuta insufficienza di sedi e attrezzature che viene solo genericamente contestata da AVR, laddove ci si limita ad affermare che: “la dichiarazione di MM ... risulta gravemente incoerente e inaffidabile, non comprendendosi come possa il personale svolgere le proprie attività nel primo quinquennio dell’affidamento in assenza di quei mezzi e attrezzature che la stessa partecipata del Comune ritiene fondamentali per l’esecuzione del servizio” (pag. 10 memoria in data 23 giugno 2023), oppure ancora alla presenza di “meri uffici e piccoli magazzini” (pag. 14 stessa memoria) senza tuttavia evidenziarne la effettiva consistenza quantitativa anche in via di mera approssimazione.

8.5. L’insieme di queste misure garantisce, in sintesi, una serie di efficienze e di economie di scala idonee ad arrecare un complessivo beneficio positivo per la cittadinanza. A tal proposito si deve rimarcare che l’art. 192 del codice dei contratti non impone un risparmio in termini puramente finanziari del modello *in house* rispetto al modello concorrenziale (che soltanto per i costi del personale risulterebbe sempre più conveniente, almeno in termini strettamente finanziari) ma va oltre, accordando pregio ad altri fattori più qualitativi quali i “benefici per la collettività” (misurabili non solo in termini monetari ma anche di positivo impatto sociale, sulla base dei metodi propri

della analisi costi-benefici) nonché la “efficienza” ed “economicità” del servizio (laddove il termine “economicità” deve essere inteso in termini, si ripete, non meramente finanziario ma in termini aziendalistici, ossia come gestione che sinteticamente coniuga l’efficienza e l’efficacia del modello direzionale).

In sostanza gli obiettivi qui complessivamente ricostruiti, senza dubbio più ampi rispetto a quelli meramente manutentivi, non potrebbero mai essere raggiunti attraverso il ricorso al mercato.

8.6. Quanto poi ai “benefici per la collettività”, secondo il condivisibile modello della c.d. “motivazione unitaria” essi sono già stati evidenziati a proposito delle ragioni del fallimento del mercato. Benefici che per comodità espositiva qui di seguito vengono sintetizzati:

- a) realizzazione di un modello organizzativo fondato sulla *copianificazione* (tra ente comunale ed ente *in house*), sul controllo direzionale, sulla ciclicità e continuità delle fasi di pianificazione, programmazione e gestione (PPBs) nonché su un efficace sistema di indicatori di risultato (*management by objectives*, MBO);
- b) tale sistema consente di passare da una “gestione per adempimenti” ad una “gestione per obiettivi” ossia essenzialmente orientata al *risultato*;
- c) tale stesso sistema garantisce soprattutto un adeguamento continuo anche alle esigenze dei cittadini. Si assicura per tale via una gestione del servizio più flessibile e coerente con i bisogni della collettività rispetto al ricorso allo strumento dell’appalto che risulta, viceversa, più vincolato ed ancorato a precise clausole contrattuali;
- d) in questa direzione il suddetto modello garantisce al meglio le condizioni di qualità ed efficienza del servizio espressamente richieste dall’art. 192, comma 2, del decreto legislativo n. 50 del 2016;
- e) a ciò si aggiunga la possibilità di ottenere finanziamenti UE, di garantire la partecipazione dei cittadini e di attuare ben precise sinergie con altri settori di attività di MM (servizio idrico, soprattutto), misure queste che potranno

consentire quell'*ottimale impiego delle risorse pubbliche* che pure rientra, ai sensi del richiamato art. 192, comma 2, tra i presupposti della decisione con cui si segna il passaggio, a tutto vantaggio e beneficio dei cittadini, dal modello di mercato al modello *in house*.

8.7. Sulla “convenienza economica” si osserva, sin da subito, che lo sconto percentuale sarebbe lo stesso tra *in house* ed *outsourcing*. Premesso che la norma di cui all’art. 192 non impone che vi debba essere un risparmio in termini finanziari del modello *in house* (la disposizione di cui all’art. 192 parla infatti di “congruità economica” in sé ma non di maggiore convenienza o di risparmio in termini finanziari), non si tiene in generale conto della differenza tra impatto finanziario (basato sulle mere uscite) ed impatto economico (basato sui costi ossia sul tasso di utilizzo delle risorse da impiegare). Nel caso di specie, anche ove l’impatto finanziario fosse analogo tra *in house* ed *outsourcing*, quello economico si rivela comunque differente per i maggiori ritorni di efficienza nonché per le economie di scala che il modello *in house* sarebbe in grado di garantire per le ragioni sopra evidenziate (punti 8.3., 8.4. e 8.5.). Tanto si ricava dalla formulazione della norma in questione (art. 192, comma 2) la quale fa riferimento alla “*congruità economica dell’offerta ... avuto riguardo all’oggetto e al valore della prestazione*”.

In ogni caso la congruità economica, in termini di flussi di entrata e di uscita da parte dell’operatore *in house*, sono anche garantiti nel caso di specie da un tasso di rendimento interno di segno positivo (ossia 5,3% nel corso di 25 anni). Il che non ha mai formato oggetto di contestazione ad opera della difesa delle parti appellate.

La congruità economica deve dunque essere valutata sia in termini puramente interni all’organismo *in house* (*congruità economica endogena*), sia in termini esterni ossia nei rapporti tra quest’ultimo e l’ente controllante (*congruità economica esogena*).

Sotto il primo profilo l’equilibrio economico è garantito da indicatori economico-finanziari come TIR e VAN positivi (cfr. pag. 11 dell’allegato 2 alla

delibera n. 63 del 2021), laddove se il valore attuale netto di un investimento calcolato sulla base dei flussi di entrata e di uscita del progetto (VAN) è maggiore di zero, allora l'investimento è finanziariamente vantaggioso. In altre parole, una volta stabilito il tasso di rendimento desiderato, un valore attuale netto uguale o maggiore di zero indica che il progetto rende il tasso desiderato ed è quindi accettabile. Quanto invece al tasso di rendimento interno (TIR) tale metodo è simile a quello del valore attuale netto ma, invece di richiedere la definizione a priori del tasso di rendimento richiesto, determina il tasso di rendimento effettivo del progetto, ossia il tasso per il quale il VAN del progetto è pari a zero. Ebbene tali indicatori, nel caso di specie, hanno dato un risultato positivo senza che sul punto la difesa di AVR + 12 abbia mosso contestazione alcuna in merito alla correttezza dei calcoli effettuati e dei parametri utilizzati.

Sotto il secondo aspetto l'equilibrio economico è assicurato da una percentuale di sconto che, come già anticipato, collima con quella offerta dagli operatori privati in occasione dell'ultima gara, sconto che va poi incrementato dai risparmi di spesa derivanti dalle numerose efficienze di gestione ed economie di scala garantite sia da un processo di pianificazione, programmazione e gestione alquanto più virtuoso, sia da un meccanismo di indicatori di risultato che non potrebbe giammai essere replicato – per le ragioni sopra partitamente esposte – anche per il modello *outsourcing*.

Tali meccanismi consentono come detto risparmi derivanti da una gestione maggiormente improntata, per le ragioni suddette, a canoni di efficienza e di economicità. A tali “ritorni di efficienza” vanno inoltre aggiunti i risparmi derivanti da un migliore impiego di alcune risorse (come ad esempio quella idrica) e dunque ad alcune sinergie tra il settore verde ed altre attività comunque svolte da MM, nonché quelli derivanti da maggiori auspiccate fonti di finanziamento comunitarie (sempre per effetto dell'azione di MM).

Vero è che tali ulteriori risparmi non hanno formato oggetto di specifica quantificazione (neppure attraverso un sistema di *prezzi ombra*, proprio della

analisi costi benefici, come ad esempio la “disponibilità a pagare”, c.d. DAP), ma è anche vero che il loro ottenimento in sé non è stato in alcun modo contestato da AVR +12. Di qui la dimostrazione, quanto meno nell'*an*, circa la possibilità di realizzare ulteriori risparmi accanto allo sconto già praticato in termini finanziari sui singoli servizi. In sostanza, il prezzo finanziariamente analogo a quello praticato dagli operatori del mercato andrebbe abbattuto di una quota pari a risparmi che, molto probabilmente, si dovrebbero ottenere dall'ipotizzato modello di gestione.

La difesa di AVR sostiene che vi siano alcuni “costi nascosti”. Tra questi quelli di cui all'art. 12.8 dello schema di contratto in cui si prevede che: “Il compenso riconosciuto a MM, così come sopra quantificato, sarà oggetto di rivalutazione nel caso di cessazione e/o rimodulazione dei servizi, anche con riferimento ai servizi innovativi di cui all'Articolo 10”. Ebbene il riferimento all'art. 10, osserva il collegio, risulta essenziale nell'economia della disposizione in quanto si riferisce alle “potenziali risorse comunitarie” che potranno essere acquisite proprio grazie all'azione di MM. Risorse aggiuntive che, se effettivamente acquisite, ben potranno ragionevolmente dare luogo ad una rimodulazione, anche in aumento, del previsto compenso.

Quanto al resto dei presunti “costi nascosti” legati al canone annuo corrisposto dall'ente comunale, la deduzione di AVR + 12 si rivela infine del tutto generica dal momento che ci si limita genericamente ad affermare, senza ulteriore concreta dimostrazione, che: “Tale canone, all'evidenza, è solo apparentemente (e di poco) più basso di quelli che hanno sinora connotato gli appalti di servizi eseguiti dagli operatori del settore (e soprattutto di quello della “gara-ponte”). Esso, per giunta, non costituisce una misura finale, ma è suscettibile di corpose variazioni in aumento (peraltro del tutto indeterminabili ex ante, con correlata incertezza delle condizioni economiche dell'in house” (pag. 21 memoria in data 23 giugno 2023).

La difesa di AVR + 12 critica altresì la assenza di penali contrattuali e dunque, in sostanza, il nuovo meccanismo basato sulle premialità (ossia gli incentivi

economici da riconoscere in caso di raggiungimento degli obiettivi). In particolare si ritiene che: “in assenza di penali e quindi di una sanzione economica connessa al mancato raggiungimento dei parametri esecutivi minimi, nulla osta a che MM possa “contentarsi” del canone annuale – che in tal modo rimarrebbe sempre inintoccabile – senza adoperarsi per raggiungere un miglioramento dei livelli di servizio” (pagg. 22 e 23 della memoria in data 23 giugno 2023). Ed ancora che, quanto alla “fissazione di standard di servizio ... l’omessa osservanza degli stessi non è comunque sanzionabile” (pag. 23 memoria in data 23 giugno 2023). Infine che: “Quanto esposto ... non è preoccupante solo in via di principio, ma anche in termini di impatto sul valore del canone” (pag. 23 stessa memoria). Analoghe considerazioni vengono replicate alla pag. 39 della memoria in data 18 settembre 2023. Osserva al riguardo il collegio che: a) il passaggio da un sistema di penali ad un sistema premiante è giocoforza connesso, come ampiamente anticipato, al mutamento di impostazione da un regime tipicamente *contrattuale* ad un rapporto più strettamente *organizzativo* ossia interorganico quale quello del modello *in house*. Sistema quest’ultimo che si basa giocoforza su un meccanismo di obiettivi e di indicatori che, se realizzati, implicano un più facile raggiungimento di elevati livelli di efficienza e di efficacia gestionale. Ciò costituisce dunque diretta conseguenza di un meccanismo non più basato sui soli “adempimenti di natura contrattuale “ ma più efficacemente orientato ai “risultati da ottenere”; b) le penali contrattuali costituiscono fattore patologico e non fisiologico di ogni rapporto contrattuale, dunque non è possibile computare una loro eventuale irrogazione *ex ante* tra i flussi di entrata della PA. Ciò anche nell’ipotesi in cui si decidesse di proseguire con il modello dell’outsourcing; c) in ogni caso la violazione significativa degli obblighi contrattuali, tra cui rientrano anche gli obiettivi di performance ai sensi dell’art. 16 del contratto, possono dare luogo alla risoluzione del rapporto stesso ai sensi dell’art. 20 del Contratto (il quale prevede comunque la risoluzione in caso di “grave e reiterato inadempimento alle obbligazioni

assunte da MM, tale da pregiudicare il buon andamento della gestione”); d) non senza trascurare che il costante mancato raggiungimento degli obiettivi (ipotesi questa prospettata dalla difesa di AVR, cfr. pag. 39 della memoria in data 18 settembre 2023) costituisce fonte di responsabilità dirigenziale (per manifesta inidoneità) anche per i vertici di MM; e) infine si consideri che l’art. 14.5 del contratto prevede ad ogni modo che “parziali inadempimenti nell’erogazione delle prestazioni ... in capo a MM” potranno dare luogo a “detrazione ... di parte del corrispettivo a canone”. Dunque una sorta di penale in senso almeno sostanziale.

Viene inoltre affermato, sempre dalla difesa di AVR + 12, che il previsto investimento di 34.1 milioni sarebbe a carico dell’ente comunale e dunque dei cittadini di Milano. L’osservazione non tiene conto che la suddetta somma è prevista a carico di MM, come previsto alla pag. 12 della deliberazione n. 989 del 2022, e che tale uscita è ricompresa nei flussi di cassa in ordine ai quali gli indicatori economici finanziari appositamente utilizzati (ossia TIR e VAN) hanno dato esito positivo senza che su tale conclusione la difesa di AVR abbia posto in essere la benché minima contestazione.

In ulteriore analisi, si sostiene che la voce sulla manutenzione straordinaria non sarebbe stata correttamente calcolata. La censura si rivela generica ove soltanto si consideri che ci si limita al riguardo ad affermare, senza alcuna dimostrazione in termini più quantitativi, che sarebbe “più che probabile” assistere a “futuri “sforamenti” alle arbitrarie previsioni dell’Amministrazione”.

Seguono una serie di considerazioni circa alcune voci dell’ultima gara che non sarebbero state considerate, in termini comparativi, che tuttavia si traducono in un mero giudizio sovrapposto a quello effettuato dalla amministrazione comunale (cfr. 28-30 della memoria in data 23 giugno 2023).

Si contesta altresì, con la memoria in data 18 settembre 2023, che i costi effettivi per i progetti innovativi e per i servizi strategici sarebbero in realtà più elevati di quelli previsti (a proposito di questi ultimi si cita il documento

integrativo 1). Osserva il collegio che, quanto ai servizi strategici, l'art. 12 del contratto prevede anche per i “servizi di carattere strategico ... un canone annuale forfetario e omnicomprensivo”. Il tutto senza mai distinguere tra progetti di fattibilità e progetti di successiva implementazione. Dunque la definizione utilizzata a livello contrattuale è sufficientemente ampia onde ricomprendere ogni tipo di fase progettuale (preliminare, definitiva ed esecutiva) e di conseguenza destinata a prevalere su ogni altra forma documentale con essa eventualmente contrastante, soprattutto se derivante da fonte normativa o pattizia non sovraordinata. Quanto invece ai “progetti innovativi”, la disposizione contrattuale di cui all'art. 10 è chiara nello stabilire che per i medesimi occorrerà prevedere una specifica copertura finanziaria, eventualmente ricorrendo a finanziamenti integrativi anche di matrice comunitaria (ambito questo tra l'altro espressamente riservato all'azione di MM). Del resto i progetti innovativi costituiscono un *quid pluris* rispetto a ciò che normalmente offre il mercato, dunque non sarebbe corretto operare un confronto con i costi che scaturiscono dal sistema delle gare per la cura e la manutenzione del verde pubblico (che infatti non contempla simili interventi). Quanto poi alla possibilità di reperire tali medesimi servizi (si ripete: di carattere strategico ed innovativo) sul mercato ossia tramite il sistema delle gare pubbliche, mentre MM ha la capacità di sintetizzare all'interno della propria compagine organizzativa sia risorse deputate alla pianificazione e programmazione, sia risorse da impiegare nella esecuzione in senso stretto del servizio (e ciò con notevoli efficienze gestionali, risparmi di spesa nonché economie di scala), la difesa di AVR non si è premurata di dimostrare la presenza sul mercato di soggetti con analoghe capacità. Né si potrebbe sostenere che simili organizzazioni complesse (pianificazione, programmazione e gestione) potrebbero essere parimenti realizzate mediante il sistema del raggruppamento di imprese, atteso che certi modelli organizzativi non possono raggiungere la stessa capacità di coordinamento nonché l'integrazione organica di soggetti unitari quali quelli di specie. In altre

parole ai soggetti privati, per quanto raggruppati o consorziati onde riunire più competenze in un contesto assimilato, non potrebbero essere applicati gli stessi meccanismi qui utilizzati per raggiungere elevati livelli di efficienza gestionale, primo tra tutti il ciclo di pianificazione, gestione e controllo (PPBs) nonché l'articolato sistema di obiettivi e indicatori di risultato (*management by objectives*) qui specificamente prospettato. In questo si giustifica la lamentata “mancata consultazione preliminare del mercato” (pag. 21 della memoria AVR in data 18 settembre 2023).

Infine si contesta la durata dell'affidamento, pari a 25 anni, ritenendola eccessivamente sproporzionata. La riproposta censura non tiene tuttavia conto che tale arco temporale è stato dettato dalla necessità di ottenere un segno positivo attraverso i prescritti indicatori economico-finanziari (TIR e VAN), senza che sul punto specifico, ossia sulle modalità e sui parametri attraverso cui tale calcolo è stato effettuato, la difesa di AVR + 12 abbia sollevato puntuali contestazioni.

Dalle considerazioni suddette consegue la sufficienza e la adeguatezza della motivazione anche in ordine alla sussistenza della “congruità economica” dell'operazione di passaggio dal modello *outsourcing* a quello *in house*.

8.8. Nei termini di cui si è detto la relazione dell'amministrazione comunale, in uno con i documenti allegati ai provvedimenti qui oggetto di impugnativa, si dimostra pertanto ampiamente motivata ai sensi dell'art. 192 del decreto legislativo n. 50 del 2016. Di qui l'accoglimento altresì del terzo motivo di appello.

9. In conclusione il ricorso in appello va accolto nei sensi di cui sopra. Al di là delle fondate questioni di rito sollevate in primo grado, infatti, il ricorso stesso andava comunque rigettato nel merito della controversia stante, in ogni caso, la correttezza delle decisioni al riguardo adottate dall'amministrazione comunale.

10. Le spese di lite possono essere integralmente compensate attesa la peculiarità e la complessità delle esaminate questioni.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello principale, come in epigrafe proposto, lo accoglie nei sensi di cui alla parte motiva. Rigetta l'appello incidentale.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 19 ottobre 2023 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Caringella, Presidente

Angela Rotondano, Consigliere

Giuseppina Luciana Barreca, Consigliere

Sara Raffaella Molinaro, Consigliere

Massimo Santini, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

Massimo Santini

IL PRESIDENTE

Francesco Caringella

IL SEGRETARIO