

N. 05050/2011REG.PROV.COLL.
N. 09835/2010 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso in appello iscritto al numero di registro generale 9835 del 2010,
proposto da:

SOCIETA' COOPERATIVA COOP. 29 GIUGNO COOPERATIVA
SOCIALE ONLUS, in proprio e quale mandataria del raggruppamento
“Coop. 29 giugno – Parco di Veio” e PARCO DI VEIO COOPERATIVA
SOCIALE ONLUS;

IMPEGNO PER LA PROMOZIONE SOC. COOP. SOCIALE A R.L.,
in proprio e quale capogruppo mandataria del raggruppamento “Impegno
per la Promozione – Parsec Flor – Il Trattore – Edera - Atlante” e
PARSEC FLOR SOCIETA' COOPERATIVA SOCIALE A R.L., IL
TRATTORE SOCIETA' COOPERATIVA SOCIALE A R.L., EDERA
SOCIETA' COOPERATIVA SOCIALE A R.L., ATLANTE SOCIETA'
COOPERATIVA SOCIALE A R.L. ONLUS;

IMPEGNO PER LA PROMOZIONE SOC. COOP. SOCIALE A R.L.,
in proprio e quale capogruppo mandataria del raggruppamento “Impegno
per la Promozione – Parsec Flor – Il Trattore – Edera – Atlante – La

Cacciarella e PARSEC FLOR SOCIETA' COOPERATIVA SOCIALE A R.L., IL TRATTORE SOCIETA' COOPERATIVA SOCIALE A R.L., EDERA SOCIETA' COOPERATIVA SOCIALE A R.L., ATLANTE SOCIETA' COOPERATIVA SOCIALE A R.L. ONLUS, LA CACCIARELLA CENTRO SERVIZI PER IL LAVORO SOCIETA' COOPERATIVA SOCIALE;

ognuna in persona del proprio rispettivo legale rappresentante in carica, tutte rappresentate e difese dall'avv. Massimiliano Brugnoletti, con domicilio eletto presso l'avv. Massimiliano Brugnoletti in Roma, via Antonio Bertoloni, n. 26/B;

contro

COMUNE DI ROMA, in persona del sindaco in carica, rappresentato e difeso dall'avv. Antonio Graziosi, domiciliata in Roma, via del Tempio di Giove, n. 21;

DIPARTIMENTO TUTELA AMBIENTALE E DEL VERDE – PROMOZIONE DELLO SPORT – U.O. IX SERVIZIO GIARDINI;

A.M.A. S.P.A., in persona del legale rappresentante in carica, non costituita in giudizio;

LEGA REGIONALE DELLE COOPERATIVE E MUTUE DEL LAZIO, in persona del legale rappresentante in carica, non costituita in giudizio;

per la riforma

della sentenza breve del T.A.R. LAZIO – ROMA, Sez. II *bis*, n. 32124 del 7 settembre 2010, concernente GARA PER L'AFFIDAMENTO DEL SERVIZIO DI MANUTENZIONE ORDINARIA DELLE AREE A VERDE PUBBLICO PER IL TRIENNIO 2010/2012 - (RIS.DANNI);

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

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

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 19 aprile 2011 il Cons. Carlo Saltelli e uditi per le parti gli avvocati Manzi, per delega dell'Avv. Brugnoletti, e Graziosi;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue.

FATTO

1. Il Comune di Roma con determinazione dirigenziale n. 1927 del 20 ottobre 2009 indiceva una gara, a procedura aperta, per l'appalto della "Manutenzione ordinaria delle aree a verde pubblico per il triennio 2010/2012", per un importo complessivo di €. 20.255.833,98, oltre IVA, distinto in tre lotti (I lotto: Aree verdi dei Municipi 1, 3, 7, 9, 10 e 11, per un importo di €. 8.196.502,79 – di cui €. 7.497.000,00 a corpo e €. 699.502,79 a misura, oltre I.V.A., oneri per la sicurezza pari a zero; II lotto: Aree verdi dei Municipi 2, 4, 5, 6, 8 e 17, per un importo di €. 7.742.075,57 – di cui €. 7.198.017,86 a corpo e €. 544.057,71 a misura, oltre I.V.A., oneri per la sicurezza pari a zero; III lotto: Aree Verdi dei Municipi 12, 15, 16, 18, 19 e 20, per un importo di €. 4.317.255,62 – di cui €. 4.006.365,32 a corpo e €. 310.890,30 a misura, oltre I.V.A., oneri per la sicurezza pari a zero), da aggiudicarsi, lotto per lotto, secondo il sistema dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ai sensi dell'articolo 83 del D. Lgs. 12 aprile 2006, n. 163, mediante offerta a prezzi unitari, in virtù dei criteri e punteggi puntualmente indicati.

Il predetto bando di gara era spedito all'Ufficio Pubblicazione della U.E. in data 22 dicembre 2009 e veniva pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana n. 153 del 30 dicembre 2009.

Nel termine fissato (23 febbraio 2010) pervenivano ai competenti uffici comunali 10 plichi di altrettanti soggetti interessati alla gara.

Tuttavia, con determinazione dirigenziale del Direttore del Dipartimento X n. 684 del 25 marzo 2010, tenuto conto del fatto che l'amministrazione

comunale aveva ritenuto opportuno di revocare la predetta gara, essendo necessario ampliare il raggio di intervento della manutenzione e gestione di vaste aree a verde pubblico non contemplate dal bando stesso, e che i competenti uffici (Dipartimento X, Politiche Ambientali e del Verde Pubblico) avevano di conseguenza predisposto un diverso modello organizzativo – gestionale del servizio, anche in considerazione dell'effettiva consistenza del personale dedito alla gestione ed alla manutenzione del verde, il bando di gara in questione veniva revocato, sussistendo le ragioni di cui all'articolo 21 quinquies della legge 7 agosto 1990, n. 241.

Con successiva delibera di Giunta comunale n. 191 del 25 giugno 2010 il Comune di Roma stabiliva, tra l'altro, di affidare direttamente (punto 2) ad AMA S.p.A. “la manutenzione ordinaria del verde urbano (di seguito definito “verde orizzontale non di pregio”), con esclusione del verde di pregio, del verde di carattere storico, delle ville, dei parchi e dei parchi di campagna, oltre che del verde che comprende le manutenzioni specifiche di potature e dei servizi di decoro e igiene urbana”, precisando (punto 3) di considerare nel verde urbano gli interventi di manutenzione orizzontale, comprendenti lo spazzamento, la raccolta dei rifiuti, lo svuotamento dei cestini, lo sfalcio d'erba, con esclusione quindi degli interventi manutentivi che esulassero da tali specifici compiti e autorizzando (punto 4) il Dipartimento dell'Ambiente alla sottoscrizione di una specifica “Convenzione di affidamento” con la predetta AMA S.p.A., in cui stabilire i parametri tecnici, le frequenze di intervento per tipologia di area e tipologia di aree a verde da mantenere.

2. Il Tribunale amministrativo regionale del Lazio, sez. II bis, con la sentenza n. 32124 del 7 settembre 2010, nella resistenza del Comune di Roma e dell'A.M.A. – Azienda Municipale Ambiente S.p.A., con l'intervento ad adiuvandum della Lega regionale delle cooperative e mutue

del Lazio, definitivamente pronunciando sul ricorso integrato da due atti di motivi aggiunti proposto dalla Coop. Sociale 29 giugno – Onlus, in proprio e nella qualità di capogruppo mandataria dell’A.T.I. con la Parco di Veio Cooperativa Sociale Onlus, nonché da quest’ultima, quale mandante; dalla Impegno per la Promozione Coop. Sociale s.r.l., in proprio e quale capogruppo mandataria dell’A.T.I. con la Parsec Flor Coop. sociale s.r.l, il Trattore Coop. sociale s.r.l., Edera Coop. sociale s.r.l. e Atlante Coop. sociale s.r.l. – Onlus, nonché di ognuna di queste, quali mandanti, nonché dalla Impegno per la promozione Coop. sociale s.r.l., in proprio e quale capogruppo mandataria dell’A.T.I. con Parsec Flor Coop. sociale s.r.l., Il Trattore Coop. sociale s.r.l., Edera Coop. sociale s.r.l., Atlante Coop. sociale s.r.l. – Onlus e La Cacciarella – Centro Servizi per il lavoro Coop sociale, queste ultime quali mandanti, per l’annullamento della determinazione dirigenziale n. 684 del 25 marzo 2010 di revoca della gara per l’affidamento del servizio di manutenzione ordinaria delle aree a verde pubblico per il triennio 2010/2012, della nota del Direttore del Servizio Giardini prot. n. QL 19346 del 19 marzo 2010 e di ogni altro atto presupposto, preordinato, connesso e consequenziale (ricorso principale e primo atto di motivi aggiunti, depositato il 23 giugno 2010), nonché della deliberazione della Giunta comunale del Comune di Roma n. 191 del 25 giugno 2010 (secondo atto di motivi aggiunti, depositato il 9 luglio 2010), lo respingeva.

Secondo il predetto tribunale erano infatti infondate sia le censure sollevate con il ricorso principale e con il primo atto di motivi aggiunti (assenza dei presupposti ex art. 21 quinquies della l. 7 agosto 1990, n. 241 per procedere alla revoca della gara; contraddizione tra la determinazione di revoca e l’atto di indirizzo della Giunta comunale di Roma in data 14 ottobre 2009, con cui i competenti uffici comunali erano stati incaricati di espletare cinque gare per l’affidamento del servizio di manutenzione in questione; l’assenza di una seria e ragionevole motivazione circa le ragioni

di interesse pubblico alla revoca rispetto all'interesse delle imprese ricorrenti alla probabile assegnazione di almeno un lotto; violazione degli articoli 7 e 8 della legge 7 agosto 1990, n. 241), sia quelle spiegate con il secondo atto di motivi aggiunti (incompetenza della Giunta municipale nella materia trattata; violazione dell'articolo 23 bis, commi 3 e 9, del decreto - legge 26 giugno 2008, n. 112, convertito con modificazioni della legge 6 agosto 2008, n. 133; eccesso di potere sotto svariati profili e violazione dell'articolo 97 della Costituzione.

3. La società Cooperativa Coop. 29 giugno Cooperativa Sociale Onlus, in proprio e nella qualità di capogruppo mandataria del raggruppamento con la Parco di Veio Cooperativa Sociale Onlus, nonché da quest'ultima, quale mandante; la Impegno per la Promozione Soc. Coop. Sociale a r.l., in proprio e quale capogruppo mandataria del raggruppamento con la Parsec Flor Società Cooperativa sociale a r.l., il Trattore Società Cooperativa Sociale a r.l., Edera Società Cooperativa Sociale a r.l. e Atlante Società Cooperativa Sociale a r.l. – Onlus, nonché di ognuna di queste, quali mandanti, nonché la Impegno per la promozione Soc. Coop. sociale a r.l., in proprio e quale capogruppo mandataria del raggruppamento con la Parsec Flor Cooperativa Sociale a r.l., Il Trattore Società Cooperativa Sociale a r.l., Edera Società Cooperativa Sociale a r.l., Atlante Società Cooperativa Sociale a r.l. – Onlus e La Cacciarella Centro Servizi per il lavoro Società Cooperativa Sociale, queste ultime quali mandanti (d'ora in avanti, le appellanti), con rituale e tempestivo atto di appello, notificato a mezzo del servizio postale il 24 novembre 2010, hanno chiesto la riforma di tale statuizione alla stregua di sette motivi di gravame, rubricati rispettivamente “1. Errores in procedendo. Omessa pronuncia sulla domanda risarcitoria a titolo di responsabilità contrattuale e omessa pronuncia sulla richiesta di indennizzo”; “2. Errores in procedendo. Extrapetita in riferimento al secondo dei secondi motivi aggiunti proposti in primo grado”; “3. Errores

in giudicando. Travisamento. Violazione dell'art. 21 quinquies della legge n. 241 del 7 agosto 1990. Difetto di motivazione, irragionevolezza e contraddittorietà della motivazione”; “4. Errores in judicando. Incompetenza e violazione dell'art. 42 del D. Lgs. n. 267 del 18 agosto 2000”; “5. Errores in judicando. Travisamento dei presupposti. Violazione dell'art. 23 bis del D.L. n. 112 del 25 giugno 2008”; “6. Errores in judicando. Travisamento. Violazione dell'art. 23 bi, commi 3 e 4, del D.L. n. 112 del 25 giugno 2008”; “7. Errores in judicando. Travisamento. Omessa pronuncia su una censura. Eccesso di potere per contraddittorietà, incoerenza, irragionevolezza ed illogicità. Violazione dell'art. 97 della Costituzione”, con i quali sono stati sostanzialmente riproposti i motivi di censura spiegati nel giudizio di primo grado, superficialmente esaminati ed ingiustamente respinti, con motivazione approssimativa, lacunosa e comunque non condivisibile, frutto di una superficiale valutazione del materiale probatorio versato in atti.

Con l'atto di appello sono state riproposte anche la domanda di risarcimento del danno per l'illegittimità dei provvedimenti impugnati, in via subordinata anche a titolo di responsabilità extracontrattuale, nonché quella, pure in via subordinata, al pagamento dell'indennizzo di cui all'art. 21 quinquies della legge 7 agosto 1990, n. 241.

Ha resistito al gravame il Comune di Roma, deducendone l'inammissibilità e l'infondatezza e chiedendone il rigetto.

4. Le parti hanno illustrato con apposite memorie le proprie tesi difensive.

All'udienza del 19 aprile 2011, dopo la rituale discussione, la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

5. L'appello è parzialmente fondato, nei sensi appresso indicati.

5.1. Possono essere innanzitutto esaminati congiuntamente il terzo ed il settimo motivo di gravame, rubricati rispettivamente “3. Errores in

judicando. Travisamento. Violazione dell'art. 21 quinquies della legge n. 241 del 7 agosto 1990. Difetto di motivazione, irragionevolezza e contraddittorietà della motivazione” e “7. Errores in iudicando. Travisamento. Omessa pronuncia su una censura. Eccesso di potere per contraddittorietà, incoerenza, irragionevolezza ed illogicità. Violazione dell'art. 97 della Costituzione”, con i quali in sostanza le appellanti hanno dedotto l'illegittimità intrinseca degli impugnati provvedimenti di revoca dell'originaria gara per l'affidamento della “Manutenzione ordinaria delle aree a verde pubblico per il triennio 2010/2012”

Essi sono meritevoli di favorevole considerazione.

5.1.1. Giova al riguardo rilevare che il primo comma dell'art. 21 quinquies della legge 7 agosto 1990, n. 241, al primo periodo, stabilisce che per sopravvenuti motivi di pubblico interesse ovvero nel caso di mutamento della situazione di fatto o di una nuova valutazione dell'interesse pubblico originario, il provvedimento amministrativo ad efficacia durevole può essere revocato da parte dell'organo che lo ha emanato ovvero da altro organo previsto dalla legge, aggiungendo al secondo periodo che la revoca determina la inidoneità del provvedimento revocato a produrre ulteriori effetti.

La giurisprudenza ha avuto modo di chiarire che, secondo la predetta norma, tre sono i presupposti che in via alternativa legittimano l'adozione di un provvedimento di revoca di un provvedimento amministrativo ad efficacia durevole da parte dell'Autorità emanante ovvero da altro organo previsto dalla legge, cioè sopravvenuti motivi di pubblico interesse, mutamento della situazione di fatto e nuova valutazione dell'interesse pubblico originario (C.d.S., sez. V, 18 gennaio 2011 , n. 283) e che deve essere considerato legittimo il provvedimento di revoca di una gara di appalto, disposta in una fase non ancora definita della procedura concorsuale, ancora prima del consolidarsi delle posizioni delle parti e

quando il contratto non è stato ancora concluso, motivato anche con riferimento al risparmio economico che deriverebbe dalla revoca stessa, ciò in quanto la ricordata disposizione ammette un ripensamento da parte della amministrazione a seguito di una nuova valutazione dell'interesse pubblico originario (C.d.S., sez. III, 13 aprile 2011 , n. 2291).

Sempre in tema di procedure ad evidenza pubblica è stato evidenziato che fino a quando non sia intervenuta l'aggiudicazione, rientra nel potere discrezionale dell'amministrazione disporre la revoca del bando di gara e degli atti successivi, laddove sussistano concreti motivi di interesse pubblico tali da rendere inopportuna, o anche solo da sconsigliare, la prosecuzione della gara, puntualizzando che le ragioni tecniche nell'organizzazione del servizio attinenti le modalità di presenziamento, il riassetto societario, la volontà di provvedere in autoproduzione e non mediante esternalizzazione, la necessità di consentire attraverso tale scelta organizzativa un maggior assorbimento di personale in un quadro di attività concertate in sede sindacale mirante alla valorizzazione del personale interno, sono tutti profili attinenti al merito dell'azione amministrativa e di conseguenza insindacabili da parte del giudice, in assenza di palesi e manifesti indici di irragionevolezza (C.d.S., sez. V, 9 aprile 2010 , n. 1997).

5.1.2. Facendo applicazione di tali condivisibili principi alla fattispecie in esame, l'operato dell'amministrazione sfugge alle censure sollevate, come del resto convincentemente affermato dai primi giudici.

Non vi è dubbio, infatti, che la scelta di procedere alla revoca dell'appalto originariamente indetto con la determinazione dirigenziale n. 1927 del 20 ottobre 2009 è stata fondata sulla "...necessità di ampliare il raggio di intervento della manutenzione e gestione di vaste aree di verde pubblico che risultano trascurate dal precedente bando" e dall'esigenza e urgenza "...di apportare una modifica del modello organizzativo del personale

dedito alla gestione ed alla manutenzione del verde”, essendosi constatato che “...il numero degli operatori dediti al verde, personale comunale, è diminuito in misura considerevole...”, tant’è che “...i giardinieri che si occupano del verde sono 316 con circa 40.000.000 di mq. di verde di cui 11.000.000 in economia” e che “ seguito di un’analisi in termini di costi e di miglioramento del servizio proposto si individuano ulteriori 11.000.000 mq di verde da gestire e che pertanto risulta necessario, visto il numero ridotto di giardinieri a disposizione, procedere all’esternalizzazione delle aree da gestire in economia, considerato che il numero degli addetti non riesce a soddisfare in maniera efficiente la manutenzione del verde”: ciò tenuto conto anche dell’obsolescenza e dell’insufficienza dei mezzi in dotazione a disposizione del già insufficiente numero di giardinieri”; nella ricordata determinazione di revoca si legge ancora che “...il progetto predisposto dal Servizio Giardini, rielabora la suddivisione delle aree in considerazione che i circa 11.000.000 mq di verde da mantenere risultano aree di verde limitrofe a quelle inserite nel bando e quindi si rappresenta la necessità di razionalizzazione e di economizzare attraverso la predisposizione di un nuovo bando di manutenzione del verde, che includa quelle che purtroppo non possono essere gestite dagli attuali operatori del Servizio Giardini”.

L’ampia e puntuale ricordata motivazione della determinazione dirigenziale n. 684 del 25 marzo 2010 manifesta che essa si fonda effettivamente, diversamente da quanto sostenuto dalle appellanti, su di una nuova valutazione dell’interesse pubblico (sottostante e comune anche all’originaria gara), essendo stata operata una più approfondita analisi di tutti gli aspetti organizzativi, gestionali e funzionali del servizio di manutenzione del verde pubblico ed individuando una soluzione più adeguata, sotto il profilo quantitativo e qualitativo di quella originariamente prescelta e posta a fondamento della gara di appalto poi revocata.

Sebbene possa anche stigmatizzarsi l’atteggiamento originariamente

superficiale e poco accorto dell'amministrazione, non può tuttavia negarsi il potere e quindi la legittimità della rinnovata valutazione dell'interesse pubblico, rinnovazione da considerarsi addirittura doverosa in ragione dei fondamentali principi di imparzialità e buon andamento cui deve improntarsi l'azione amministrativa, secondo il dettato dell'articolo 97 della Costituzione, per il perseguimento degli obiettivi di efficienza, efficacia, adeguatezza ed economicità.

Peraltro sul punto, come già si è avuto modo di accennare, deve ricordarsi che le scelte con le quali l'amministrazione rivede le proprie originarie determinazioni impingono nel merito dell'azione amministrativa e come tali si sottraggono al sindacato di legittimità, salvo che non siano inficiate dai macroscopici vizi di irragionevolezza, irrazionalità, illogicità o travisamento di fatti, che non si rinvergono nel caso di specie, non potendo al riguardo considerarsi rilevanti e decisive le valutazioni meramente soggettive delle appellanti, che finiscono per esaurirsi in un mero (comprensibile dal punto di vista fattuale, ma inammissibile sotto il profilo giuridico) dissenso all'operato della pubblica amministrazione.

Né può condividersi la tesi, in realtà meramente formalistica, secondo cui nell'impugnata determinazione dirigenziale di revoca dell'originaria gara di appalto l'amministrazione abbia mai fatto esplicito riferimento ad una nuova valutazione dell'interesse pubblico, essendosi piuttosto limitata ad esporre genericamente le ragioni, assolutamente non condivisibili e sostanzialmente immotivate, del provvedimento di revoca: la rinnovata valutazione dell'interesse pubblico (che originariamente si intendeva tutelare con la gara di appalto e che successivamente invece ha giustificato un diverso modello organizzativo, gestionale e funzionale, solo all'esito del quale valutare, in che termini ed in che misura procedere all'affidamento all'esterno del servizio di manutenzione delle aree verdi) emerge plasticamente ed effettivamente non solo e non tanto da mere intenzioni o

da generiche considerazioni politiche programmatiche, ma da puntuali riscontri obiettivi sullo stato e sulla consistenza (di uomini e mezzi) degli uffici comunali addetti alla manutenzione del verde pubblico e sulla necessità di rivedere le precedenti modalità di gestione del servizio stesso, elementi tutti che (neppure contestati dalle appellanti) non costituiscono né sopravvenuti motivi di pubblico interesse (rispetto a quelli posti a base dell'originaria indizione della gara di appalto), né tanto meno una mutazione dell'originaria situazione di fatto.

5.1.3. Né alcuna contraddizione macroscopica si desume dall'esame della successiva deliberazione della Giunta Comunale n. 191 del 25 giugno 2010 che, sebbene approvi i criteri per l'indizione di nuove gara d'appalto per la manutenzione di aree verdi urbane, riferisce tali gare a tre specifiche tipologie (servizio manutenzione ordinaria delle aree verdi, giardini e ville storiche; servizio manutenzione dei parchi urbani contraddistinti come verde estensivo; fornitura e posa in opera di essenze vegetali per il miglioramento qualitativo di aree di particolare pregio site all'interno del territorio cittadino) che non coincidono in nessun modo con l'oggetto dell'originario bando di gara (di cui alla determinazione n. 1927 del 20 ottobre 2009, poi revocata, concernente genericamente la manutenzione ordinaria delle aree a verde pubblico) e soprattutto presuppone effettivamente una diversa organizzazione, gestionale e funzionale, del servizio relativo alle aree a verde pubblico, prevedendo (punto 2) l'affidamento diretto all'A.M.A. S.p.A. della "manutenzione ordinaria del verde urbano (di seguito definito "verde orizzontale non di pregio"), con esclusione del verde di pregio, del verde di carattere storico, delle ville, dei parchi e dei parchi di campagna, oltre che del verde che comprende le manutenzioni specifiche di potature e dei servizi di decoro e di igiene urbana".

Ciò costituisce ulteriore conferma, sotto altro diverso, ma concorrente

profilo, che la determinazione di revoca della originaria gara per l'appalto del servizio di manutenzione ordinaria delle aree a verde pubblico per gli anni 2010 – 2012, si è fondata su di una rinnovata valutazione dell'interesse pubblico sottostante, così che risulta sotto tale profilo pienamente rispettata la previsione di cui al primo periodo del primo comma dell'art. 21 quinquies della legge 7 agosto 1990, n. 241, a nulla rilevando, come dedotto dalle appellanti, che mentre a fondamento del provvedimento di revoca (di cui alla determinazione dirigenziale n. 684 del 25 marzo 2010) sarebbe stata invocata la progressiva sopravvenuta carenza di adeguato personale comunale (giardinieri), di tale elemento non vi sarebbe poi traccia nella ricordata delibera della Giunta comunale: al riguardo è sufficiente rilevare che la riscontrata carenza del personale comunale (giardinieri) non è l'unico e determinante elemento che giustifica la revoca dell'originaria gara di appalto, quanto piuttosto uno degli elementi che induce al ripensamento generale della gestione del servizio di manutenzione delle aree verdi urbane e che dimostra, ancora una volta, la rinnovata valutazione dell'interesse pubblico posto correttamente a base dei provvedimenti impugnati in primo grado.

5.1.4. Per completezza deve solo rilevarsi che, per un verso, anche sulla scorta di quanto fin qui evidenziato, sono del tutto infondate ed apodittiche le deduzioni delle appellanti nella parte in cui sostengono che non sarebbero stati individuati i motivi di interesse pubblico idonei a giustificare la revoca della gara originaria e, per altro verso, che non essendo state neppure aperte le offerte presentate non possono essersi neppure radicati particolari interessi dei privati da valutare comparativamente.

Ciò senza contare che, proprio sotto il profilo delle garanzie procedurali (tema che, seppure non espressamente introdotto nella causa, sembra in qualche modo affacciarsi proprio attraverso il richiamo alla omessa valutazione dell'interesse pubblico e degli interessi contrapposti nella

fattispecie in questione), la Sezione non ritiene di doversi discostare dai consolidati condivisibili principi giurisprudenziali, secondo cui anche il sistema di democraticità delle decisioni amministrative deve essere presidiato nella sostanza e non nella mera forma (C.d.S., V, 18/11/2002 n. 6389 ,VI, 24 ottobre 2000, n. 5693; IV, 22 giugno 2000, n. 3556; IV, 15 marzo 2000, n. 1398), per cui le norme in materia di partecipazione non devono essere applicate meccanicamente e non devono essere invocate a fini meramente strumentali (Cfr. Cons. St. , sez. IV, 22 giugno 2004 n. 4445): nel caso di specie, per contro, ricordata la pacifica natura discrezionale delle scelte effettuate dall'amministrazione comunale, le appellanti si sono limitate ad una loro mera contestazione, senza riuscire a fornire elementi idonei a provare i pur eccepiti vizi di travisamento di fatto o a far dubitare della loro ragionevolezza, logicità o arbitrarietà, che sole avrebbero consentito l'esercizio del sindacato di legittimità.

5.2. Per consequenzialità logica (rispetto ai motivi esaminati nel precedente paragrafo 5.1.) deve essere esaminato il quarto motivo di gravame, con il quale, deducendo “4. Errores in iudicando. Incompetenza e violazione dell'art. 42 del D. Lgs. n. 267 del 18 agosto 2000”, le appellanti hanno sostenuto l'illegittimità della delibera della Giunta comunale n. 191 del 25 giugno 2010, nella parte in cui ha affidato alla società in house A.M.A. S.p.A. una parte asseritamente consistente della manutenzione delle aree verdi (non di pregio) del Comune di Roma, trattandosi di atto che rientrerebbe nelle specifiche ed esclusive competenze dell'organo consiliare. Anche tale doglianza, tuttavia, non merita accoglimento, come correttamente osservato dai primi giudici.

Sebbene sulla scorta del chiaro dettato normativo e dei relativi indirizzi giurisprudenziali non possa dubitarsi che, in base al criterio di riparto di competenze tra Consiglio comunale e Giunta, l'organo elettivo è chiamato ad esprimere gli indirizzi politici ed amministrativi di rilievo generale, che si

traducono in atti fondamentali, tassativamente elencati nell'art. 42 d.lg. n. 18 agosto 2000, n. 267, mentre la giunta municipale ha una competenza residuale in quanto compie tutti gli atti non riservati dalla legge al Consiglio o non ricadenti nelle competenze, previste dalle leggi o dallo statuto, del Sindaco o di altri organi di decentramento (C.d.S., sez. V, 13 dicembre 2005, n. 7058), deve rilevarsi che l'affidamento diretto ad A.M.A. S.p.A. della manutenzione ordinaria del verde urbano ("verde orizzontale non di pregio", con esclusione del verde di pregio, del verde di carattere storico, delle ville, dei parchi e dei parchi di campagna, oltre che del verde che comprende le manutenzioni specifiche di potature e dei servizi di decoro e di igiene urbana), disposto dal punto 2 della richiamata delibera della Giunta municipale n. 191 del 25 giugno 2010 non costituisce atto organizzativo di servizio pubblico (rientrante come tale nella competenza esclusiva dell'organo consiliare, ex art. 42, comma 1, lett. e), del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267), rappresentando piuttosto l'estensione di un servizio già affidato alla predetta A.M.A. S.p.A.

L'articolo 5 dello Statuto di quest'ultima, regolarmente approvato dal Consiglio Comunale di Roma, prevede infatti (come si ricava dallo schema di convenzione approvato alla ricordata delibera della giunta comunale, senza che sul punto vi sia stata alcuna contestazione da parte degli appellanti), che essa possa svolgere i servizi concernenti l'igiene urbana e la salubrità ambientale, ivi compresi i trattamenti di disinfezione, disinfestazione, derattizzazione, larvali, i trattamenti antiparassitari del verde, la pulizia dei mercati, nonché le operazioni di valorizzazione ambientale, in ciò includendo la gestione delle aree verdi, le attività di bonifica di aree compromesse...: non appare pertanto illogica o implausibile la scelta dell'amministrazione comunale di affidare a tale società la manutenzione delle aree di verde urbano non di pregio, potendo quest'ultima non irragionevolmente rientrare nella più generale attività di

“gestione delle aree a verde”.

Così ricostruito il substrato fattuale normativo della vicenda, l'affidamento in questione non poteva rientrare nelle specifiche materie di competenza dell'organo consiliare, quanto piuttosto in quella residuale della giunta comunale, a nulla rilevando che per l'estensione dell'originario contratto di servizio o meglio per l'effettivo espletamento del servizio in questione fosse necessario stipulare un atto aggiuntivo (convenzione) all'originario contratto di servizio.

5.3. Evidenti ragioni di connessione impongono la trattazione congiunta del secondo (“2. Errores in procedendo. Extrapetita in riferimento al secondo dei secondi motivi aggiunti proposti in primo grado”), quinto (“5. Errores in iudicando. Travisamento dei presupposti. Violazione dell'art. 23 bis del D.L. n. 112 del 25 giugno 2008”) e sesto (“6. Errores in iudicando. Travisamento. Violazione dell'art. 23 bis, commi 3 e 4, del D.L. n. 112 del 25 giugno 2008”), attraverso cui è stata contestata la legittimità dell'affidamento diretto alla A.M.A. S.p.A. del servizio di manutenzione delle aree verdi non di pregio, in quanto le società in house, qual'era la predetta A.M.A. S.p.A., affidataria diretta di un servizio pubblico locale, non potevano conseguire l'ulteriore affidamento diretto di altri servizi, sia ai sensi dell'art. 23 bis del decreto legge 25 giugno 2008, n. 112, convertito con modificazioni dalla legge 6 agosto 2008, n. 133, sia perché non poteva trovare applicazione, diversamente da quanto sostenuto erroneamente dai primi giudici, l'art. 113, comma 5, lett. c), del D. Lgs. 18 agosto 2000, n. 267 (tanto più che la manutenzione del verde non rientrava nell'originario contratto di servizio con il Comune di Roma); ciò senza contare che non era stata neppure verificata la eventuale sussistenza delle condizioni territoriali che non consentivano il ricorso al mercato e non era stato neppure richiesto il necessario preventivo all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (inammissibile essendo l'eventuale richiesta di

un parere successivo).

Anche tali motivi, ancorché suggestivi, devono essere respinti.

Invero, anche a prescindere da ogni indagine in ordine alla qualificazione giuridica del servizio di manutenzione delle aree a verde non di pregio, oggetto del contestato affidamento ad A.M.A. S.p.A., quale servizio pubblico locale (come sostenuto dalle appellanti) ovvero quale mera attività strumentale già svolta dai competenti uffici comunali (come opposto dal Comune di Roma, il cui affidamento ad A.M.A. S.p.A. conseguirebbe solo alla sopravvenuta carenza di adeguato personale comunale, nell'ottica di una nuova rimodulazione dell'intera organizzazione del servizio di manutenzione delle aree verdi urbani), ad avviso della Sezione è decisiva la considerazione di fatto, svolta nel precedente paragrafo 5.3., secondo cui nella fattispecie in esame non si è in presenza di un vero e proprio affidamento ad A.M.A. S.p.A. di un nuovo servizio, diverso ed ulteriore rispetto a quelli già da quest'ultima svolti, quanto piuttosto della concreta attivazione di un'attività specifica che già rientrava nei servizi attribuiti ad AMA S.p.A. (rientranti in particolare nell'articolo 5 dello Stato nella generale indicazione della "gestione delle aree a verde").

Così ricostruita la fattispecie, non possono trovare applicazione né il comma 9 dell'art. 23 bis del decreto legge 25 giugno 2008, n. 112, convertito con modificazioni dalla legge 6 agosto 2008, n. 133, che vieta l'acquisizione da parte delle società, delle loro controllate, controllanti e controllate da una medesima controllante, anche non appartenenti a Stati membri dell'Unione Europea, che, in Italia o all'estero, gestiscono di fatto o per disposizione di legge, di atto amministrativo o per contratto, servizi pubblici locali in virtù di affidamento diretto, di una procedura non ad evidenza pubblica ovvero ai sensi del (precedente) comma 2, lett. b), della gestione di "servizi ulteriori" (proprio perché nel caso di specie non si tratta dell'affidamento di ulteriori servizi), né tanto meno i commi 3 e 4

(che disciplinano l'ipotesi eccezionale di affidamento diretto di servizi pubblici a società in house.

E' comunque appena il caso di sottolineare che, a fronte delle tesi difensive dell'appellata amministrazione comunale, le appellanti non hanno svolto alcuna controdeduzione o contestazione circa il fatto che il Comune di Roma svolga su A.M.A. S.p.A. il c.d. "controllo analogo", né che la predetta A.M.A. S.p.A. non svolga la sua attività quanto meno prevalentemente per il Comune di Roma.

5.4. Alla stregua delle osservazioni svolte e della riscontrata legittimità del provvedimento di revoca dell'originaria gara di appalto per il Servizio di manutenzione ordinaria delle aree a verde pubblico per gli anni 2010 – 2012, le domande risarcitorie, anche quella subordinata di responsabilità precontrattuale (oggetto di parte del primo motivo di gravame), devono essere respinte.

5.5. E' invece fondata e deve essere accolta la domanda concernente il riconoscimento dell'indennizzo previsto proprio dall'articolo 21 quinquies della legge 7 agosto 1990, n. 241, per l'ipotesi della revoca di un precedente provvedimento amministrativo per effetto di una nuova valutazione dell'interesse pubblico, qual è il caso in esame (primo motivo di gravame, in parte, e decimo motivo di gravame).

5.5.1. Come recentemente precisato da questa stessa Sezione (6 ottobre 2010, n. 7334) il presupposto dell'attribuzione dell'indennizzo a favore del soggetto che direttamente subisce il pregiudizio presuppone innanzitutto la legittimità del provvedimento di revoca (c.d. responsabilità della P.A. per atti legittimi), come nella fattispecie in esame, laddove in ipotesi di revoca illegittima vi è spazio solo per il risarcimento del danno (C.d.S., sez. V, 14 aprile 2008, n. 1667; sez. VI, 8 settembre 2009, n. 5266) per responsabilità contrattuale, precontrattuale o extracontrattuale, in cui assume questione centrale l'accertamento della colpa del danneggiante, salvo un diverso

regime probatorio in relazione a ciascun tipo di responsabilità civile (C.d.S., sez. V, 20 ottobre 2008, n. 5124; Sez. VI, 21 maggio 2009, n. 3144; Cass. Sez. Lav. , 14 aprile 2008, n. 9817).

Nell'ipotesi di indennizzo per revoca legittima ex art. 21 quinquies della legge 7 agosto 1990, n. 241, non occorre invece accertare la presenza di colpa nell'apparato amministrativo (C.d.S., sez. V, 10 febbraio 2010, n. 671), contrariamente a quanto sostenuto dall'appellante.

L'indennizzo spettante al soggetto direttamente pregiudicato dalla revoca di un provvedimento deve essere circoscritto al danno emergente, come espressamente stabilito nel comma 1 bis del più volte citato art. 21 quinquies, in cui debbono essere incluse le spese sostenute per la partecipazione alla procedura (C.d.S., sez. IV, 4 ottobre 2007, n. 5179; Sez. V, 10 febbraio 2010 n. 671), in quanto diminuzione patrimoniale in conseguenza immediata e diretta della revoca (artt. 1223 e 2056 c.c.).

5.5.2. Ciò posto, tenendo conto delle somme indicate dalle appellanti come effettivamente sostenute (sia pur ai fini della diversa domanda di risarcimento del danno) per la partecipazione alla gara, supportata da idonea documentazione, non contestate né nell'an, né nel quantum dall'appellata amministrazione comunale di Roma, devono essere riconosciute a titolo di indennizzo:

a) al raggruppamento composto dalla Coop. 29 giugno – Parco di Veio la somma di €. 12.757,53 (di cui €. 200,00 a titolo di pagamento del contributo all'AVCP per la partecipazione a due lotti; €. 325,00, a titolo di fidejussioni bancarie costituite per i due lotti; €. 51,62 per autentica del verbale del consiglio di amministrazione; €. 259,95 per commissioni bancarie per l'emissione di referenze bancarie [effettivamente documentate in luogo di €. 265,99 indicate]; €. 8.880,96 per la redazione del progetto tecnico; €. 720,00 per la predisposizione delle dichiarazioni occorrenti per la partecipazione alla gara ed €. 2.400,00 per le elaborazioni grafiche

prodotte [spese rapportate alla retribuzione oraria dei dipendenti che hanno materialmente redatto il progetto, predisposto le dichiarazioni e prodotto gli elaborati grafici]);

b) ai raggruppamenti composti rispettivamente da “Impegno per la Promozione – Parsec Flor – Il Trattore – Edera – Atlante” e da “Impegno per la Promozione – Parsec Flor – Il Trattore – Edera – Atlante – La Cacciarella” la somma complessiva di €. 17.188,98, di cui, come dichiarato e non contestato, €. 15.871,00 sostenute dalla capogruppo Impegno per la Promozione [€. 270,00 per il pagamento del contributo all’AVCP per la partecipazione a tre lotti; €. 501,00 a titolo di fidejussioni bancarie per n. 3 lotti; €. 11.200,00 per la redazione dei progetti tecnici, €. 900,00 per la predisposizione delle dichiarazioni di gara ed €. 3.000,00 per le elaborazioni grafiche prodotte, spese queste ultime rapportate alla retribuzione oraria dei dipendenti che hanno materialmente redatto il progetto, predisposto le dichiarazioni e prodotto gli elaborati grafici] ed €. 1.317,98, sostenute, come dichiarato e non contestate, dalle singole cooperative sociali costituenti i due rispettivi raggruppamenti (secondo l’imputazione risultante dalla documentazione versata in atti).

Sulle predette singole spese rimborsabili, che sono debiti di valore, spettano altresì la rivalutazione monetaria compete la rivalutazione monetaria secondo gli indici ISTAT, dalla data di effettuazione della spesa fino alla data di deposito della presente decisione; sulla somma così rivalutata dovranno computarsi gli interessi legali calcolati dalla data di deposito della presente decisione fino all’effettivo soddisfo (Cfr. C.d.S., Sez. VI, 21 maggio 2009, n. 3144).

6. In conclusione alla stregua delle osservazioni svolte l’appello deve essere accolto in parte, condannando il Comune di Roma al pagamento in favore delle appellanti, già ricorrenti in primo grado, dell’indennizzo di cui all’art. 21 quinquies della legge 7 agosto 1990, n. 241, nella misura indicata in

motivazione, oltre rivalutazione monetaria ed interessi, come pure indicata in motivazione.

Le spese del doppio grado di giudizio, compensate per la metà, seguono la soccombenza e sono liquidate come in motivazione.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, definitivamente pronunciando sull'appello proposto da società Cooperativa Coop. 29 giugno Cooperativa Sociale Onlus, in proprio e nella qualità di capogruppo mandataria del raggruppamento con la Parco di Veio Cooperativa Sociale Onlus, nonché da quest'ultima, quale mandante; la Impegno per la Promozione Soc. Coop. Sociale a r.l., in proprio e quale capogruppo mandataria del raggruppamento con la Parsec Flor Società Cooperativa sociale a r.l, il Trattore Società Cooperativa Sociale a r.l., Edera Società Cooperativa Sociale a r.l. e Atlante Società Cooperativa Sociale a r.l. – Onlus, nonché di ognuna di queste, quali mandanti, nonché la Impegno per la promozione Soc. Coop. sociale a r.l., in proprio e quale capogruppo mandataria del raggruppamento con la Parsec Flor Cooperativa Sociale a r.l., Il Trattore Società Cooperativa Sociale a r.l., Edera Società Cooperativa Sociale a r.l., Atlante Società Cooperativa Sociale a r.l. – Onlus e La Cacciarella Centro Servizi per il lavoro Società Cooperativa Sociale, queste ultime quali mandanti avverso la sentenza del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, sez. II bis, n. 32124 del 7 settembre 2010, lo accoglie in parte nei sensi di cui in motivazione e, per l'effetto, in parziale riforma della stessa, condanna il Comune di Roma al pagamento in favore delle ricorrenti dell'indennizzo di cui all'art. 21 quinquies della legge 7 agosto 1990, n. 241, nella misura indicata in motivazione, oltre rivalutazione monetaria ed interessi, così come pure indicato in motivazione.

Condanna il Comune di Roma al pagamento in favore delle appellanti delle spese del doppio grado di giudizio che liquida per la metà in €. 3.000,00

(tremila euro), compensandole per l'altra metà.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 19 aprile 2011 con l'intervento dei magistrati:

Stefano Baccharini, Presidente

Aldo Scola, Consigliere

Francesco Caringella, Consigliere

Carlo Saltelli, Consigliere, Estensore

Adolfo Metro, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 08/09/2011

IL SEGRETARIO

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