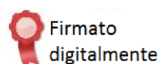


Pubblicato il 02/03/2022

N.00264 2022 REG.PROV.CAU.
N. 00209/2022 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

ORDINANZA

sul ricorso numero di registro generale 209 del 2022, proposto da

Impresa Sangalli Giancarlo & C. S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Roberto Invernizzi, Francesca Maria Moretti, Alex Testa, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Roberto Invernizzi in Milano, via Vincenzo Monti n. 41;

contro

Comune di Milano, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Antonello Mandarano, Stefania Pagano, Sara Pagliosa, Danilo Parvopasso, Massimo Cali', Emilio Pregnolato, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso gli uffici dell'Ente, in Milano, via della Guastalla, 6;

Università degli Studi di Milano Bicocca, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'Avvocatura distrettuale dello Stato, presso i cui uffici domicilia in Milano, via Freguglia, 1 e con domicilio digitale come da PEC

da Registri di Giustizia;

nei confronti

Amsa Spa, A2a Ambiente Spa, A2a Spa, A2a Recycling Spa non costituiti in giudizio;

per l'annullamento

previa sospensione dell'efficacia,

della “gara europea a procedura aperta per l'appalto n. 73/2021 di affidamento del servizio di gestione dei rifiuti urbani con ridotto impatto ambientale in un'ottica di ciclo di vita, ai sensi del piano d'azione per la sostenibilità ambientale dei consumi nel settore della pubblica amministrazione (pan gpp) e del decreto del ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare del 13 febbraio 2014”, c.i.g. 90512049D2, e così della determinazione a contrarre 30.12.2021 n. 12344, degli inerenti “documenti di gara” comprendenti: “1) Progetto ai sensi dell'art. 23 commi 14 e 15” dlgs 50/2016, “comprensivo dei seguenti documenti: Capitolato speciale d'appalto e relativi allegati, Quadro Economico, Relazione Tecnica, Stima Economica e Schema di contratto; 2) Bando di gara; apparso in g.u.r.i. 5.1.2022 n. 2 e piattaforma ANAC 4.1.2021; 3) Disciplinare di gara; 4) DUVRI; 5) Patto di integrità; 6) Schema per la disciplina del Responsabile del Trattamento dei dati personali – Art. 28 GDPR”, oltre a tutti i provvedimenti presupposti, consequenziali o comunque connessi, inclusi i chiarimenti comunali ai quesiti degli operatori interessati e le deliberazioni del Consiglio comunale 28.4.2021 n. 35 e 2.12.2021 n. 103 e relativi allegati e la deliberazione della Giunta comunale (“dGc”) 17.12.2021 n. 1605 e inerente allegato, oltre a ogni provvedimento presupposto, consequenziale o comunque connesso, tra i quali, occorrendo, la determinazione 23.6.2021 n. 4841, la dGc 17.9.2021 n. 1182 e la determinazione 24.9.2021 n. 7831.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Milano e di Università degli

Studi di Milano Bicocca;

Vista la domanda di sospensione dell'esecuzione del provvedimento impugnato, presentata in via incidentale dalla parte ricorrente;

Visto l'art. 55 cod. proc. amm.;

Visti tutti gli atti della causa;

Ritenuta la propria giurisdizione e competenza;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 23 febbraio 2022 il dott. Fabrizio Fornataro e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

1) La ricorrente chiede la sospensione degli atti indittivi della gara diretta all'affidamento del "servizio di gestione dei rifiuti urbani con ridotto impatto ambientale in un'ottica di ciclo di vita", per la durata di sette anni, con un'eventuale proroga biennale.

L'appalto, che si estende all'intero territorio comunale, è articolato in un unico lotto del valore di € 2.415.529.200,68 ed è comprensivo di servizi promiscui, quali lo spazzamento, la raccolta, il trasporto, il trattamento e lo smaltimento.

2) L'esame della domanda cautelare postula sintetiche considerazioni sul quadro normativo e giurisprudenziale di riferimento.

In particolare:

- dal coordinamento tra l'art. 30 e l'art. 51 del d.l.vo 2016 n. 50, considerati in correlazione con le previsioni della direttiva 2014/24/CE, emerge (cfr. *ex multis*, Consiglio di Stato, sez. III, 22 febbraio 2018, n. 1138) una tendenziale preferenza dell'ordinamento per una ragionevole divisione in lotti, fondata non solo sulla notoria esigenza di favorire la partecipazione delle piccole e medie imprese, ma anche e soprattutto sull'esigenza di assicurare realmente la libera concorrenza e la non discriminazione tra i contendenti, cioè finalità di eminente interesse pubblico, che, trascendendo le vicende della singola gara, attengono all'ordinato ed equilibrato sviluppo economico della società intera;

- la regola della suddivisione in lotti è derogabile qualora sussista un interesse che,

nel bilanciamento tra i diversi valori coinvolti, risulti prevalente al fine di garantire l'esecuzione del servizio e ciò è configurabile - in via esemplificativa ai sensi del considerando n. 78 della direttiva 2014/24/CE - qualora tale suddivisione possa "rischiare di limitare la concorrenza o di rendere l'esecuzione dell'appalto eccessivamente difficile dal punto di vista tecnico o troppo costosa, ovvero quando l'esigenza di coordinare i diversi operatori economici per i lotti possa rischiare seriamente di pregiudicare la corretta esecuzione dell'appalto";

- il principio della suddivisione in lotti, su base quantitativa o qualitativa, è dunque suscettibile di deroga, purché la stazione appaltante esteri le ragioni della scelta e, a tal fine, la giurisprudenza richiede una motivazione rigorosa, che individui i vantaggi economici e tecnico-organizzativi derivanti dall'opzione del lotto unico ed espliciti le ragioni per cui detti obiettivi siano prevalenti sull'esigenza di garantire l'accesso alle pubbliche gare ad un numero quanto più ampio di imprese, ed in particolare alle imprese di minori dimensioni (cfr. Consiglio di Stato, sez. VI, 12 settembre 2014, n. 4669; Consiglio di Stato, sez. V, 16 marzo 2016, n. 1081);

- ogni deroga al principio della necessaria suddivisione in lotti, che è presidio di tutela per il *favor participationis* delle imprese che non siano in grado di soddisfare le richieste del bando proprio a causa della predetta mancata ripartizione in lotti funzionali, deve essere misurata con il parametro dell'equilibrato bilanciamento dei valori che la norma sottende, sicché, tanto più elevato è il sacrificio che si richiede alle esigenze partecipative delle imprese, tanto più rigorosa dovrà essere la motivazione della deroga, da giustificarsi in ragione dell'elevato valore delle esigenze tecnico-organizzative o economiche rappresentate dall'amministrazione (cfr. Consiglio di Stato, sez. VI, 12 settembre 2014, n. 4669; Consiglio di Stato, sez. III, 12 febbraio 2020, n. 1076; Consiglio di Stato, sez. III, 28 dicembre 2020, n. 8440);

- la scelta della stazione appaltante circa la suddivisione in lotti di un appalto pubblico costituisce una decisione normalmente ancorata, nei limiti previsti dall'ordinamento, a valutazioni di carattere tecnico-economico; in tali ambiti, il

concreto esercizio del potere discrezionale dell'Amministrazione deve essere funzionalmente coerente con il bilanciato complesso degli interessi pubblici e privati coinvolti dal procedimento di appalto; il potere medesimo resta delimitato, oltre che da specifiche norme del codice dei contratti, anche dai principi di proporzionalità e di ragionevolezza (da ultimo, Consiglio di Stato, sez. VI, 02 gennaio 2020, n. 25; Consiglio di Stato, sez. III, 13 novembre 2017, n. 5224), sicché non può ritenersi preclusa alla stazione appaltante la possibilità di suddividere l'appalto in lotti di importo elevato (Consiglio di Stato, sez. III, 26 settembre 2018 n. 5534) ove tale scelta risponda all'esigenza di tutelare l'interesse pubblico (cfr. Consiglio di Stato, sez. III, 28 dicembre 2020, n. 8440);

- la possibilità di partecipazione delle imprese di minori dimensioni deve essere effettiva e non ipotetica, ovvero subordinata a condizioni ulteriori, come la partecipazione di un operatore economico ad un raggruppamento temporaneo, anche in ragione del fatto che tale evenienza non dipende solo dall'esclusiva volontà del singolo operatore, ma anche dalla concorde decisione di altre imprese di costituire un'associazione temporanea (cfr. Consiglio di Stato, sez. III, 21 marzo 2019, n. 1857).

3) Le linee di indirizzo redatte dall'amministrazione, sulla base di una relazione tecnica elaborata dall'Università Bicocca, sono centrate, essenzialmente, sul risparmio di spesa che sarebbe conseguibile tramite il lotto unico, sulla ritenuta apertura al mercato anche in caso di lotto unico e sull'esistenza di esigenze di omogeneità nell'esecuzione complessiva del servizio.

In relazione al *fumus boni iuris*, il Tribunale evidenzia che le argomentazioni del Comune di Milano, che sono espressione di discrezionalità tecnica e amministrativa, da un lato, non soddisfano lo specifico onere motivazionale cui si riferisce la giurisprudenza dominante, dall'altro, sottendono un'istruttoria parziale e inadeguata e, infine, non risultano connotate da coerenza sul piano logico.

In particolare:

- il Comune di Milano sostiene che il lotto unico comporterebbe una riduzione dei costi pari a 17,3 milioni di euro l'anno;
- tale valutazione muove dal raffronto della consolidata situazione esistente - connotata però dalla gestione a lotto unico dell'intero servizio, affidato, da diversi decenni e senza il previo svolgimento di una gara, ad un unico operatore verticalmente integrato, appartenente al gruppo A2A nel quale il Comune ha una partecipazione consistente - con una sola e particolare opzione alternativa, individuata nella suddivisione del servizio in 4 lotti geografici;
- questo modo di procedere appare viziato sul piano logico, perché, ferma restando la discrezionalità di cui dispone l'amministrazione, non considera che le diverse attività oggetto dell'appalto potrebbero originare, almeno astrattamente, differenti articolazioni in lotti;
- la specificità della motivazione e la puntualità dell'istruttoria, necessarie per giustificare la deroga al principio della divisione in lotti, postulano che l'amministrazione prenda in considerazione l'esistenza di un ampio ventaglio di ipotesi alternative al lotto unico;
- anche la scelta di realizzare una piena integrazione verticale e non solo orizzontale ricalca la situazione di fatto esistente da lunghissimo tempo, ma non è corredata dalla comparazione con soluzioni alternative, tali da manifestare la chiara convenienza del lotto unico, sul piano economico e della migliore esecuzione del servizio;
- e ancora, la convenienza economica del lotto unico viene sostenuta considerando, sulla base dell'indagine condotta dall'Università Bicocca, che "all'aumentare dell'1% della dimensione del servizio, inteso come quantità di rifiuti gestiti, il costo medio decresce dello 0,45% a livello italiano e tale decrescita del costo si accentua se si restringe il campione di riferimento alle principali città italiane (con popolazione superiore ai 300.000 abitanti), che pertanto aggiungono un ulteriore elemento comparativo condividendo più caratteristiche economico-sociali, nonché morfologiche, rispetto a comuni di dimensioni parecchio inferiori. Infatti, in

quest'ultimo caso notiamo che all'aumentare dell'1% della dimensione, nelle grandi città il costo del servizio di igiene urbana decresce dello 0,62%";

- si precisa però che "l'analisi ha evidenziato che, a partire dal campione delle dieci città più popolose di Italia, in una prima fase, all'aumentare della quantità di rifiuti trattati, ovvero della popolazione, il costo medio diminuisce fino al milione/milione e mezzo di abitanti circa, e tende a risalire oltre";

- la relazione considera il numero di abitanti nel 2019, palesando che a Milano sono pari a 1,4 milioni già a tale data, sulla base di un trend in crescita, emergente dalle tabelle valutate dall'amministrazione;

- va osservato, in primo luogo, che tale dato non è rappresentativo della concreta situazione esistente né nel tempo in cui verrà presentata l'offerta (luglio 2022), né in quello in cui verrà gestito il servizio, visto che l'appalto si proietta nell'arco di almeno 7 anni (aumentabile di altri 24 mesi), nei quali, in base all'andamento riferito dall'amministrazione, gli abitanti sembrano destinati ad aumentare e a raggiungere una consistenza superiore a 1,4 milioni;

- pertanto, se la riduzione dei costi opera sino a 1,5 milioni di abitanti, non sembra realistico, né ragionevole, ipotizzare che tale vantaggio sia configurabile in una situazione in cui già nel 2019 gli abitanti sono circa 1,4 milioni ed in crescita;

- inoltre, il dato scientifico preso in esame limita il vantaggio economico sino ad una soglia tutt'altro che precisa, perché estesa sino ad 1 milione/1 milione e mezzo di abitanti;

- si tratta di un intervallo talmente ampio che non consente di comprendere fino a quale numero di abitanti il vantaggio sia realisticamente ipotizzabile, tenendo fermo che Milano già nel 2019 ha sfiorato la soglia di 1,5 milioni di abitanti;

- neppure sono precisati i fattori concreti che conducono la soglia ad oscillare tra 1 milione e 1 milione e mezzo di abitanti, sicché non pare che l'amministrazione abbia valutato l'effettiva riferibilità alla città di Milano del parametro preso in esame dall'Università;

- l'affermazione secondo cui il lotto unico garantirebbe comunque le esigenze di apertura alla concorrenza, essendo individuabili più operatori interessati, nazionali ed europei, poggia su dati tutt'altro che univoci;
- tali operatori sono individuati dal Comune in base al fatturato globale, che, per la sua eterogenea formazione, non è un indicatore della seria possibilità di un soggetto di partecipare ad un appalto, verticalmente e orizzontalmente integrato, avente ad oggetto l'intera gestione dei rifiuti dallo spazzamento allo smaltimento;
- va pure ribadito, in coerenza con la già richiamata giurisprudenza, che non è dirimente il riferimento all'utilizzabilità di istituti come l'avvalimento o la partecipazione in RTI, poiché tali opzioni non dipendono dall'esclusiva volontà del singolo operatore, ma dalla concorde decisione di altre imprese da coinvolgere nell'operazione;
- la maggiore efficienza del servizio in caso di lotto unico viene dedotta anche dalla comparazione con l'esperienza di altre grandi città italiane, come Roma, Napoli e Torino, ma la conclusione raggiunta sconta una contraddizione di fondo, poiché si esaminano situazioni molto diverse da quella di Milano, nelle quali le amministrazioni hanno scelto un sistema alternativo all'apertura al mercato, optando per la gestione *in house*, ovvero per la costituzione di una società mista;
- non si può certo escludere che l'affidamento *in house* possa comportare risparmi di spesa, ma ciò è praticabile solo se ne sussistano i presupposti, che non sono configurabili nell'opzione prescelta dal Comune di Milano, che ha deciso di collocare il servizio sul mercato e, quindi, è tenuto ad un particolare sforzo istruttorio e motivazionale, secondo quanto già precisato, per documentare che l'assegnazione a lotto unico di un appalto di così rilevante valore soddisfi i presupposti necessari in base alla disciplina interna ed eurounitaria;
- il Comune adduce anche esigenze di omogeneità nell'esecuzione del servizio, nella gestione dei rapporti con l'utenza e con la stessa amministrazione e nell'utilizzazione di un particolare sistema informatico;
- tuttavia, le modalità di esecuzione del servizio e la loro omogeneità, così come

l'uniformità di gestione dei rapporti con gli utenti, dipendono dalla complessiva disciplina dettata dalla stazione appaltante e dal livello di dettaglio con il quale il servizio viene disciplinato, in correlazione con le misure introducibili sul piano contrattuale per assicurare l'esatto adempimento delle prestazioni;

- inoltre, la maggiore efficienza che, secondo l'amministrazione, deriva dalla gestione a lotto unico in ragione della presenza di un solo operatore non può assurgere a criterio decisivo della scelta, perché ciò porterebbe a ritenere sempre preferibile il lotto unico, senza dimenticare che le stesse esigenze di coordinamento sorgono quando l'unico operatore si coordina con dei subappaltatori, il cui utilizzo non è precluso nella gara di cui si tratta;

- l'amministrazione sostiene anche che l'affidamento in più lotti provocherebbe ulteriori difficoltà operative in ragione della "diversità dei sistemi informativi – che devono interfacciarsi con il portale Green Go di proprietà del Comune di Milano – utilizzati dagli operatori, con ricadute negative sui livelli di svolgimento del servizio";

- si tratta di un'argomentazione che non trova riscontro nel capitolato speciale, che al punto 1.17.1 esclude che l'aggiudicatario possa utilizzare qualsivoglia sistema informativo, poiché prevede l'impiego di un particolare sistema denominato GreenGo fornito dall'Amministrazione comunale e a fronte di ciò non sono precisate le difficoltà operative che potrebbero insorgere in conseguenza di una divisione in lotti;

- più in dettaglio, il capitolato stabilisce che l'amministrazione mette a disposizione dell'appaltatore un sistema informatizzato per il conferimento di tutte le informazioni relative ai servizi previste nel presente Capitolato Speciale (c.d. GreenGo), mentre "l'Appaltatore è tenuto a garantire apposita struttura hardware e software per la raccolta e catalogazione dei dati relativi al servizio, idonea alla successiva trasmissione dei dati richiesti dal Comune di Milano sul predetto Sistema di condivisione dati (c.d. GreenGo) descritto nell'Allegato 4";

- a fronte di tale disciplina, la presenza di uno o più appaltatori, in dipendenza della divisione in lotti, risulta ininfluyente, in quanto resta fermo l'obbligo di utilizzare il sistema fornito dall'amministrazione e di dotarsi di sistemi operativi in grado di dialogare con il sistema GreenGo;

- in altre parole, l'omogeneità di comportamenti, nel rapporto con l'utenza, nella relazione con l'amministrazione e nell'esecuzione dei diversi servizi su tutto il territorio comunale, si presta ad essere perseguita anche attraverso scelte diverse dal lotto unico, come, ad esempio, la fissazione di standard uniformi e di puntuali prescrizioni relative alle modalità esecutive, ma simili alternative non risultano vagliate dall'amministrazione e ciò vizia sul piano della ragionevolezza la scelta per il lotto unico.

I profili di *fumus* ora evidenziati incidono radicalmente sugli atti indittivi della gara, nondimeno va osservato, per completezza e in relazione agli ulteriori profili denunciati, che il termine di presentazione delle offerte deve essere proporzionato alla complessità della disciplina, mentre le informazioni relative al servizio devono essere pienamente esaustive al fine di evitare inammissibili distorsioni informative in favore del gestore uscente, che non può essere collocato di fatto in una condizione di *favor* derivante dalla sua particolare posizione.

Ritenuta la sussistenza di un pregiudizio grave ed irreparabile derivante dall'esecuzione degli atti impugnati, tanto in relazione alla posizione della ricorrente, che vede pregiudicata sia la possibilità di partecipare alla gara, sia di formulare un'offerta ponderata e consapevole, quanto per gli interessi pubblici alla tutela della concorrenza.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Prima)

Accoglie la domanda cautelare presentata dalla ricorrente e per l'effetto sospende gli atti indittivi impugnati.

Condanna il Comune di Milano al pagamento delle spese della fase cautelare della

lite, liquidandole in euro 4.000,00 (quattromila), oltre accessori di legge.

Fissa per la trattazione di merito l'udienza pubblica del 9 novembre 2022, ad ore di rito.

La presente ordinanza sarà eseguita dall'Amministrazione ed è depositata presso la segreteria del Tribunale che provvederà a darne comunicazione alle parti.

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 23 febbraio 2022 con l'intervento dei magistrati:

Domenico Giordano, Presidente

Fabrizio Fornataro, Consigliere, Estensore

Valentina Santina Mameli, Consigliere

L'ESTENSORE
Fabrizio Fornataro

IL PRESIDENTE
Domenico Giordano

IL SEGRETARIO