

Pubblicato il 26/02/2021

**N. 00227/2021 REG.PROV.CAU.
N. 00195/2021 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 195 del 2021, proposto da

Impresa Sangalli Giancarlo & C. S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Roberto Invernizzi, 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 Pregnotato, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso gli uffici dell'Ente in Milano, via della Guastalla, 6;

nei confronti

Amsa S.p.A. non costituito in giudizio;

per l'annullamento

previa sospensione dell'efficacia,

- della “gara europea a procedura aperta per l'appalto n. 54/2020 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 PG N. 539271/2020”, CIG 85836571D7;

- della determinazione a contrarre 31.12.2020 n. 11190;

- 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. 8.1.2021 n. 2 e piattaforma ANAC 5.1.2021; 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, ivi inclusi i chiarimenti comunali ai quesiti degli operatori interessati e le deliberazioni del Consiglio comunale 5.3.2020 n. 5 e 3.12.2020 n. 69 e relativi allegati e le deliberazioni della Giunta comunale 15.12.2020 n. 1416 e inerente allegato e 12.6.2020, n. 704 e inerenti allegati.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

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

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 24 febbraio 2021 il dott. Fabrizio Fornataro e uditi per le parti i difensori in collegamento da remoto come specificato nel verbale;

Trattenuta in decisione la domanda cautelare ai sensi dell'art. 25 del d.l. n. 137/2020 conv. con legge n. 176/2020;

Ritenuta la sussistenza dei presupposti per la concessione della tutela cautelare, in relazione ai seguenti profili:

1) quanto alla censura diretta a contestare la previsione di un unico lotto:

- la gara in contestazione è 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 € 2.415.684.932,09 ed è comprensivo di servizi promiscui, quali lo spazzamento, la raccolta, il trasporto e lo smaltimento;

- 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;

- lo strumento della suddivisione in lotti, effettuabile su base quantitativa o qualitativa, è suscettibile di deroga, purché la stazione appaltante esterni 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;

- 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);

- nel caso di specie, le argomentazioni sottese alla scelta per il lotto unico, sviluppate dal Comune di Milano e ripetute in più parti della *lex specialis*, sono connotate da genericità e si risolvono in affermazioni tautologiche, relative al raggiungimento di obiettivi di efficientamento, di tutela ambientale, di economia gestionale, che non dimostrano l'imprescindibilità del lotto unico in vista del raggiungimento di specifiche finalità tecniche, organizzative o economiche;

- il riferimento ad esigenze strategiche, correlate ad obiettivi ambientali innovativi, non dimostra la necessaria unitarietà dei diversi servizi da affidare, specie considerando che non risultano ponderate altre soluzioni, diverse dall'integrazione orizzontale e verticale realizzata con il lotto unico;

- soluzioni possibili e praticabili, in considerazione dell'autonomia funzionale, tecnica, economica e regolamentare che caratterizza ciascuno dei servizi trattati unitariamente dal Comune di Milano, i quali afferiscono a diversi mercati, non necessariamente sovrapposti;

- 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;

- non solo, le ragioni addotte dall'amministrazione non prendono in considerazione l'interesse pubblico alla concorrenza e alla parità di trattamento tra i diversi operatori presenti sui mercati di riferimento, interessi primari, di centrale rilevanza nella materia di cui si tratta, come chiarito dal dato normativo e dall'univoca interpretazione giurisprudenziale già richiamata;

- ne deriva che la scelta per il lotto unico non è coerente, nel caso concreto, con i paradigmi posti dagli artt. 30 e 51 del d.l.vo 2016 n. 50 e dalla giurisprudenza richiamata;

2) quanto al termine di presentazione delle offerte:

- pur considerando la proroga disposta dall'amministrazione, il termine per la presentazione delle offerte è fissato in poco più di 90 giorni:

- sussiste la discrezionalità dell'amministrazione nell'individuazione del termine per la presentazione delle offerte, ma la relativa determinazione deve essere ragionevole, in rapporto alla complessità dell'appalto e agli adempimenti imposti ai potenziali concorrenti;

- laddove la fissazione del termine difetti di ragionevolezza, risulta pregiudicata l'effettività della concorrenza, in quanto l'operatore uscente, che nel caso di specie è incontestatamente un soggetto che gestisce da diversi decenni il servizio senza il previo svolgimento di una gara, è oggettivamente posto in una condizione di indebito vantaggio concorrenziale;

- l'organizzazione del servizio in questione è di oggettiva complessità, anche in ragione degli adempimenti che la *lex specialis* impone ai

concorrenti, ai quali è richiesto, a mero titolo esemplificativo, di dotarsi di un consistente numero di automezzi, il cui reperimento è tutt'altro che immediato, così come di indicare nell'offerta tecnica gli "impianti di smaltimento/recupero" dei rifiuti conferiti "che l'Appaltatore dovrà dimostrare di aver reperito tramite procedure competitive";

- è contrario a ragionevolezza ipotizzare che in poco più di 90 giorni possa essere formulata un'offerta competitiva a fronte della concreta complessità dell'oggetto dell'appalto e dei suindicati adempimenti imposti ai concorrenti;

3) quanto alle carenze informative:

- anche all'esito degli ultimi chiarimenti forniti dall'amministrazione, la disciplina di gara presenta lacune informative, che incidono in modo netto sulla possibilità di formulare un'offerta ponderata e competitiva;

- le deduzioni della ricorrente evidenziano la mancanza di dati completi rispetto a numerosi profili, in ordine ai quali la difesa comunale si è limitata a sviluppare argomentazioni tautologiche o a rinviare ad altre determinazioni amministrative, mentre esigenze di chiarezza nella formulazione della *lex specialis* impongono che i dati rilevanti siano dettagliatamente indicati;

- il problema non è formalistico, perché nel caso concreto, connotato dalla presenza di un gestore uscente radicato nel servizio da lunghissimo tempo, la mancanza di adeguate informazioni si traduce in un'asimmetria informativa a favore dell'unico operatore che conosce la struttura e le caratteristiche del servizio, con conseguente compromissione, anche per questo aspetto, delle esigenze di *par condicio* e di tutela della concorrenza;

- così, in via solo esemplificativa, la ricorrente ha dimostrato la mancanza di elementi informativi in ordine ai punti di raccolta, all'analisi merceologica dei rifiuti indifferenziati, al personale di A2A in service presso Amsa;
 - in tale contesto, spicca la radicale mancanza di informazioni anche in ordine alle modalità di gestione del servizio nella fase transitoria, della durata di ben 6 mesi;
 - l'amministrazione si limita ad affermare che tali modalità "verranno concordate al momento dell'aggiudicazione", ma è evidente che tale vuoto informativo non è colmabile in sede esecutiva, perché incide sulla configurazione del servizio per il primo semestre e, quindi, sulla formulazione dell'offerta riferita a tale periodo, con immediate ricadute sulle scelte gestionali di ciascun concorrente, sul piano tecnico, organizzativo ed economico;
- 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 21 ottobre 2021, 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 24 febbraio 2021 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