

**T.A.R. Lombardia Sez. Brescia, Sez. I – Sentenza n. 259 del 29 marzo 2024**

***Costituisce violazione delle regole di evidenza pubblica l'affidamento del servizio di trattamento dei rifiuti che, sulla base della lex specialis di gara, rimetta alla libera scelta dell'aggiudicatario dell'appalto - al di fuori di qualsiasi procedura competitiva l'individuazione degli impianti di destinazione per il recupero della "FORSU", servizio non svolto direttamente dall'aggiudicatario e da questi assegnato ad un operatore di sua diretta scelta, individuato dopo l'aggiudicazione.***

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia sezione staccata di Brescia (Sezione Prima) ha pronunciato la presente

### SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 890 del 2023, proposto da

Montello s.p.a., ...

contro

Provincia di Brescia ...

Centrale Unica di Committenza Area Vasta Brescia - Sede Distaccata Territoriale di Valle Trompia, non costituita in giudizio;

nei confronti

Comune di Concesio.;

Comune di Caino, Comune di Bovezzo, Comune di Nave, non costituiti in giudizio;

per l'annullamento

- del bando di gara avente ad oggetto "procedura aperta affidamento servizio di raccolta, trasporto e trattamento rifiuti urbani, spazzamento e altri servizi di igiene urbana - comuni di Bovezzo, Caino, Concesio, Nave (BS)", indetto dalla Centrale unica di committenza Area Vasta Brescia - sede distaccata territoriale di Valle Trompia – CIG A019CD5ED4, pubblicato in G.U. - V Serie Speciale Contratti Pubblici n. 119 del 13.10.2023;

- della delibera di Giunta del Comune di Bovezzo n. 21 del 02.03.2022; della delibera di Giunta del Comune di Caino n. 27 del 04.03.2022; della delibera di Giunta del Comune di Concesio n. 38 del 01.03.2022; della delibera di Giunta del Comune di Nave n. 28 del 01.03.2022;

- delle determinazioni a contrarre n. 481 del 28/09/2023 del Comune di Concesio (BS), n. 446 e n. 452 del 22/09 e 25/09/2023 del Comune di Nave (BS), n. 396 del 18/09/2023 del Comune di Bovezzo (BS) e n. 190 del 26/09/2023 del Comune di Caino (BS);

- del protocollo d'intesa stipulato tra i Comuni di Bovezzo, Caino, Concesio, Nave in attuazione delle sopraindicate delibere;

- degli inerenti documenti di gara, ivi inclusi il disciplinare di gara, il capitolato speciale d'appalto, l'elenco prezzi unitari, nonché per quanto occorrer possa della risposta al quesito numero 6 del 7.11.2023;

- di ogni atto presupposto, connesso e comunque consequenziale.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Provincia di Brescia e del Comune di Concesio;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 13 marzo 2024 il dott. Pietro Buzano e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO

I Comuni di Bovezzo, Caino, Concesio e Nave hanno stipulato, ai sensi dell'art. 15, l. n. 241/1990, un accordo di collaborazione per lo svolgimento in forma associata della procedura di gara per l'affidamento del servizio di gestione rifiuti urbani (anni 2024-2032), approvato rispettivamente con delibere di Giunta Comunale nn. 139 del 13.09.2023, 147 del 12.09.2023, 77 del 14.09.2023, 112 del 13.09.2023.

Sono state quindi emesse le determine a contrarre (n. 481 del 28/09/2023 del Comune di Concesio (BS), n. 396 del 18/09/2023 del Comune di Bovezzo (BS), n. 190 del 26/09/2023 del Comune di Caino (BS), n. 446 del 22/09/2023 e 452 del 25/09/2023 del Comune di Nave (BS)) per l'indizione di una procedura di gara aperta di rilevanza comunitaria ai sensi degli artt. 14, 71 e 108 d.lgs. 36/2023.

La Provincia di Brescia – Centrale Unica di Committenza Valle Trompia, con determinazione dirigenziale n. 2233 del 13.10.2023, ha approvato il disciplinare di gara relativo alla “procedura aperta, per l'affidamento in appalto del servizio di raccolta, trasporto e trattamento dei rifiuti urbani, spazzamento ed altri servizi di igiene urbana presso i comuni di Bovezzo, Caino, Concesio e Nave (BS) (CIG: A019CD5ED4 - CODICE NUTS: ITC47)”.

Il bando di gara è stato pubblicato in G.U., V Serie Speciale Contratti Pubblici, n. 119 del 13.10.2023.

L'appalto ha ad oggetto “la gestione completa del servizio di raccolta, trasporto dei rifiuti urbani, spazzamento ed altri servizi di igiene urbana a ridotto impatto ambientale” da svolgersi presso i comuni sopra indicati, ed è costituito da un unico lotto.

Per quanto di interesse ai fini del presente giudizio, ai sensi dell'art. 1, comma 3, lett. p) del Capitolato, tra i “servizi base” oggetto dell'affidamento rientra lo “Smaltimento/trattamento dei rifiuti raccolti presso impianti autorizzati”, in relazione al quale il successivo art. 42, comma 1, prevede che “Tutti i rifiuti urbani comunque raccolti dovranno essere trasportati, a cura e spese dell'Appaltatore, con propri idonei mezzi, ad impianti di recupero, trattamento e smaltimento autorizzati, individuati dall'Appaltatore e comunicati ai Comuni”.

La società Montello s.p.a., operatore economico nello specifico ambito del trattamento della frazione organica dei rifiuti solidi urbani (“FORSU”) provenienti dalla raccolta differenziata, ha impugnato davanti a questo Tribunale la lex specialis di gara, oltre agli atti alla stessa presupposti, connessi e consequenziali, lamentando che le modalità di affidamento del servizio di trattamento dei rifiuti

raccolti (ed in particolare della “FORSU”) ivi previste impedirebbero alla stessa di prendere parte alla procedura e di concorrere liberamente sul mercato di riferimento.

Si è costituita in giudizio la Provincia di Brescia chiedendo il rigetto del ricorso.

Con ordinanza Presidenziale n. 2/2024, al fine di acquisire dalle parti costituite aggiornate notizie sullo svolgimento e sugli eventuali esiti della procedura di gara, sono stati disposti adempimenti istruttori.

In data 11.01.2024 la Provincia di Brescia ha depositato la relazione istruttoria trasmessa dal Comune di Concesio, unitamente ai relativi allegati.

Si è costituito in giudizio il Comune di Concesio chiedendo il rigetto del ricorso.

In vista dell’udienza pubblica le parti hanno depositato memorie difensive e prodotto documenti.

All’udienza pubblica del 13 marzo 2024 la causa è stata trattenuta in decisione.

## DIRITTO

In via preliminare, sulla base di quanto riferito dalle Amministrazioni resistenti, occorre rilevare che – a seguito della presentazione in data 27.12.2023, successivamente alla proposizione del ricorso, della proposta di aggiudicazione da parte del responsabile della Centrale Unica di Committenza della Provincia di Brescia – non è stata ancora disposta l’aggiudicazione ai sensi dell’art. 17, comma 5, d.lgs. n. 36/2023, essendo in corso la verifica sul possesso dei requisiti.

Nel caso di specie, pertanto, non essendo ancora intervenuta l’aggiudicazione della gara, non erano ravvisabili controinteressati al momento della proposizione del ricorso e non sono individuabili, allo stato, controinteressati “sopravvenuti”, titolari di un interesse legittimo alla conservazione degli atti impugnati ai quali estendere eventualmente il contraddittorio (cfr. Tar Venezia, sent. n. 409/2023).

Il ricorso, di conseguenza, può essere deciso allo stato degli atti.

Ancora in via preliminare, deve ritenersi sussistente la legittimazione ad impugnare la *lex specialis* di gara in capo alla ricorrente, non partecipante a tale gara, in quanto la fattispecie in esame – nella quale si contesta il mancato svolgimento di una procedura ad evidenza pubblica in relazione ad un determinato servizio e la strutturazione stessa dell’appalto che rende la partecipazione estremamente difficoltosa o impossibile – rientra tra le deroghe individuate dalla giurisprudenza alla regola generale secondo la quale, in materia di procedure ad evidenza pubblica, la legittimazione ad impugnare gli atti di gara viene riconosciuta solamente ai soggetti che vi hanno partecipato (cfr. Cons. di Stato, a.p. sent. n. 4/2018).

La legge di gara ha invero stabilito la strutturazione dell’appalto in questione in un unico lotto, in cui sono riuniti sia i servizi di raccolta/trasporto sia quelli di trattamento/recupero, includendo in questi ultimi anche il servizio di recupero della “FORSU”: tale ultimo servizio, tuttavia, non deve essere svolto direttamente dall’aggiudicatario, il quale lo assegnerà ad un operatore di sua diretta scelta, individuato dopo l’aggiudicazione.

La società ricorrente ha dunque osservato che, in base a tale duplice previsione, essa è comunque esclusa dalla partecipazione alla gara: operando in un ambito specifico (recupero) essa non potrebbe presentare un’offerta sia autonomamente, perché priva dei requisiti relativi ai servizi di raccolta e

trasporto dei rifiuti previsti dalla *lex specialis*, sia in forma associata, appunto perché il recupero della FORSU non rientra tra le prestazioni che devono essere svolte dall'aggiudicatario con i propri mezzi.

Deve altresì ritenersi sussistente l'interesse a ricorrere, in quanto, considerati entrambi i motivi proposti (sottrazione alla procedura di evidenza pubblica del servizio di recupero della "FORSU" e illegittimo accorpamento in un unico lotto sia dei servizi di raccolta/trasporto sia di quelli di trattamento/recupero), dall'accoglimento degli stessi potrebbe derivare alla società ricorrente l'utilità dell'eventuale riedizione della procedura di gara con modalità che le consentirebbero la partecipazione.

Né risultano idonee a dimostrare la carenza di interesse in capo alla ricorrente le eccezioni sollevate al riguardo dalle Amministrazioni resistenti.

Il Comune di Concesio, in particolare, eccepisce la carenza di interesse in capo alla società ricorrente, in quanto il servizio di interesse della stessa (trattamento della "FORSU") costituirebbe solamente il 4% dell'importo del corrispettivo posto a base di gara.

L'eccezione è infondata.

In primo luogo, poiché il valore della commessa di per sé non può portare ad escludere l'interesse al ricorso, a meno di ritenere che, in sede di accertamento delle condizioni dell'azione, il giudice debba effettuare, in sostituzione delle imprese, inammissibili valutazioni di convenienza economica sulla partecipazione ad una determinata gara.

In secondo luogo, poiché, come rilevato dalla ricorrente, il 4% dell'importo complessivo stimato dell'appalto (pari ad euro 36.300.996,89) costituisce in ogni caso un importo considerevole (circa 1.452.000,00 euro), tale da non poter escludere l'interesse al ricorso.

Sotto diverso profilo, la Provincia di Brescia eccepisce la carenza di interesse della ricorrente a contestare la congruità del costo di smaltimento e trattamento della "FORSU" pari a 85,00 euro/tonnellata, in quanto, risultando tale prezzo superiore e non inferiore a quello di mercato, non vi sarebbe alcuna lesione alla sfera giuridica dell'interessata a partecipare alla gara.

Anche tale eccezione è infondata.

La ricorrente, infatti, non sostiene che la possibilità di presentare un'offerta e di accedere al mercato sia stata preclusa dall'errata quantificazione del costo del servizio in questione, ma afferma che la circostanza della sua sovrastima – unitamente al fatto che è l'aggiudicatario beneficiario di tale costo ad individuare, al di fuori di una procedura di gara, le imprese cui affidare il servizio di trattamento dei rifiuti e che il predetto costo è svincolato dalle tariffe in concreto applicate da queste ultime – costituirebbe ulteriore dimostrazione dell'illegittimità degli atti impugnati.

Superate le eccezioni preliminari, si deve ora passare all'esame del merito del ricorso.

Con il primo motivo la ricorrente censura i provvedimenti impugnati per "violazione e/o falsa applicazione dei principi generali di imparzialità e buon andamento (art. 97 cost.) – violazione e/o falsa applicazione dell'art. 71 del d.lgs. n. 36/2023; violazione e/o falsa applicazione degli artt. 178, 181, 182 e 198 del d.lgs. n. 152/2006; violazione del d.lgs. n. 50/2016, della direttiva 2014/24/UE e dei principi e norme in tema di evidenza pubblica, pubblicità, trasparenza e massima concorrenza ed apertura del mercato; eccesso di potere sub specie di difetto di istruttoria e di motivazione; errore nei presupposti, travisamento dei fatti; contraddittorietà; sviamento".

In particolare, la società ricorrente afferma che la *lex specialis* di gara, così come strutturata dalle Amministrazioni resistenti, avrebbe l'effetto di sottrarre l'affidamento del servizio di recupero della "FORSU" all'obbligo della procedura ad evidenza pubblica.

Il motivo è fondato.

Occorre premettere che l'affidamento di tale servizio, in base alla normativa nazionale ed eurounitaria, è soggetto alle regole dell'evidenza pubblica. In particolare, secondo quanto affermato dalla recente giurisprudenza, "...la regola che si impone in materia di "gestione ed erogazione dei servizi di gestione integrata dei rifiuti urbani" è quella, improntata alla concorrenza, dell'affidamento mediante gara" e "...la deroga al principio di concorrenza previsto negli artt. 101-109 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea per essere ammessa nel sistema, deve essere sia prevista da un'esplicita norma di legge, senza che possa essere ricavata o estesa in via interpretativa, sia giustificata alla luce del principio di concorrenza" (Cons. di Stato, sent. n. 7412/2023, punto 9 della motivazione).

Nel caso di specie, tali principi normativi e giurisprudenziali non sono stati rispettati.

Ed invero, il capitolato contempla, ai sensi dell'art. 1, comma 3, lett. p), tra i "servizi base" oggetto dell'affidamento lo "Smaltimento/trattamento dei rifiuti raccolti presso impianti autorizzati" (tra cui rientra il recupero della "FORSU"), e dispone, al successivo art. 42, comma 1, che "Tutti i rifiuti urbani comunque raccolti dovranno essere trasportati, a cura e spese dell'Appaltatore, con propri idonei mezzi, ad impianti di recupero, trattamento e smaltimento autorizzati, individuati dall'Appaltatore e comunicati ai Comuni".

In base a tali previsioni, pertanto, come già accennato, la stazione appaltante non individua, nel rispetto delle regole dell'evidenza pubblica, l'operatore economico cui viene affidato il servizio di smaltimento/trattamento dei rifiuti, ma rimette la relativa scelta all'aggiudicatario dell'appalto del "servizio di raccolta, trasporto e trattamento dei rifiuti urbani, spazzamento ed altri servizi di igiene urbana presso i Comuni di Bovezzo, Caino, Concesio e Nave (BS)". Ciò è, del resto, confermato dalla risposta 6.3 fornita dalle Amministrazioni resistenti ai chiarimenti richiesti in sede di gara (doc. 32 della Provincia di Brescia), in base alla quale "I costi di cui alla tabella riportata al comma 6 dell'art. 42 del CSA sono i costi che corrisponderanno i Comuni al soggetto aggiudicatario che è libero di individuare gli impianti".

È evidente quindi la violazione delle regole di evidenza pubblica nell'affidamento del servizio di trattamento dei rifiuti che, sulla base della *lex specialis* di gara, viene rimesso alla libera scelta di un soggetto privato – l'aggiudicatario dell'appalto – al di fuori di qualsiasi procedura competitiva, benché il relativo onere sia sostenuto dalla pubblica amministrazione sulla base dei costi di smaltimento e trattamento indicati nella tabella di cui all'art. 42 del capitolato.

Con il secondo motivo la società ricorrente censura i provvedimenti impugnati per "violazione e/o falsa applicazione degli articoli 3 e 58 del d.lgs. 36/2023, nonché dei considerando 59, 78 e 79 e degli articoli 18, 46 e 58 della direttiva 2014/24/UE del parlamento europeo e del consiglio del 26 febbraio 2014, nonché della DGR 21 dicembre 2021 n. XI/5777, degli articoli 41 e 117 della costituzione, 1, 3 e 6 della l. 241/90, dei principi di proporzionalità e di ragionevolezza; eccesso di potere sub specie di difetto di motivazione, difetto di istruttoria, errore nei presupposti, travisamento dei fatti, illogicità e sviamento".

In particolare, la ricorrente contesta l'illegittimità dell'accorpamento in un unico lotto sia dei servizi di raccolta/trapporto sia di quelli di trattamento/recupero.

Anche tale motivo, da esaminare alla luce delle conclusioni sopra raggiunte con riguardo al primo motivo di ricorso, risulta fondato.

Occorre premettere il quadro normativo e giurisprudenziale di riferimento.

La giurisprudenza, sotto la vigenza del vecchio codice appalti (d.lgs. n. 50/2016), ha affermato che "...la regola della suddivisione in lotti risponde all'esigenza di apertura del mercato ed opposizione alla creazione di posizioni monopolistiche o, comunque, di predominio, obiettivo ritenuto meritevole dal legislatore per la convinzione - che v'è sottesa - che per questa via si possa migliorare l'efficienza del servizio all'utenza e, dunque, in ragione delle stesse preoccupazioni che l'appellante assume a fondamento della sua critica alla regola della suddivisione in lotti (Cons. Stato, sez. V, 20 settembre 2021, n. 6402)... il principio della suddivisione in lotti, prevista dall'art. 51 del Codice può, dunque, essere derogato, attraverso una decisione che deve essere adeguatamente motivata (cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 12 settembre 2014, n. 4669) ed è espressione di scelta discrezionale (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 16 marzo 2016, n. 1081), il cui concreto esercizio 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 (cfr. Cons. Stato, sez. IV, 19 giugno 2023, n. 5992; sez. III, 7 maggio 2020, n. 2881; 21 marzo 2019, nr 1857; 22 febbraio 2019, n. 1222; sez. V, 3 aprile 2018, n. 2044; sez. III, 22 febbraio 2018, n. 1138; 13 novembre 2017 n. 5224; sez. V, 6 marzo 2017, n. 1038)" (Cons. di Stato, sent. n. 9205/2023).

Tali principi risultano applicabili anche alla luce delle disposizioni del nuovo codice dei contratti pubblici.

Ed infatti, l'art. 3 d.lgs. n. 36/2023 (rubricato "Principio dell'accesso al mercato") dispone che "Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti favoriscono, secondo le modalità indicate dal codice, l'accesso al mercato degli operatori economici nel rispetto dei principi di concorrenza, di imparzialità, di non discriminazione, di pubblicità e trasparenza, di proporzionalità". In applicazione di tale principio, il successivo art. 58 prevede che "1. Per garantire la effettiva partecipazione delle micro, delle piccole e delle medie imprese, anche di prossimità, gli appalti sono suddivisi in lotti funzionali, prestazionali o quantitativi in conformità alle categorie o specializzazioni nel settore dei lavori, servizi e forniture. 2. Nel bando o nell'avviso di indizione della gara le stazioni appaltanti motivano la mancata suddivisione dell'appalto in lotti tenendo conto dei principi europei sulla promozione di condizioni di concorrenza paritarie per le piccole e medie imprese. Nel caso di suddivisione in lotti, il relativo valore deve essere adeguato in modo da garantire l'effettiva possibilità di partecipazione da parte delle microimprese, piccole e medie imprese. 3. Nel medesimo atto le stazioni appaltanti indicano i criteri di natura qualitativa o quantitativa concretamente seguiti nella suddivisione in lotti, avuto riguardo ai parametri indicati al comma 2. È in ogni caso vietato l'artificioso accorpamento dei lotti [...]".

Nel caso di specie, i principi e le disposizioni sopra riportate non sono stati rispettati dalla stazione appaltante, la quale si è limitata, all'art. 3 del disciplinare, ad affermare che "L'appalto è costituito da un UNICO LOTTO al fine dell'ottimizzazione economica e dell'omogeneizzazione del servizio nei territori dei Comuni interessati" e, con dizione analoga, all'art. 2.2 del capitolato, a disporre che "L'appalto, al fine dell'ottimizzazione economica e dell'omogeneizzazione del servizio, viene bandito in un unico lotto".

Tali affermazioni, del tutto generiche e non suffragate da elementi oggettivi e da risultanze istruttorie, non possono ritenersi sufficienti a costituire quella motivazione rafforzata richiesta dal legislatore e dalla giurisprudenza al fine di giustificare la deroga alla regola della suddivisione in lotti.

Né possono rilevare, al riguardo, le giustificazioni addotte dalla difesa della Provincia alla mancata suddivisione dell'appalto in lotti, consistenti nelle difficoltà di coordinamento di più operatori economici, nei maggiori costi derivanti dalla frammentazione del servizio di gestione dei rifiuti e nella scarsità delle risorse umane presenti nell'organico dei competenti uffici comunali.

In primo luogo, perché si tratta di ragioni non espresse nei provvedimenti impugnati ma contenute solamente negli atti difensivi, e come tali costituenti un'inammissibile integrazione postuma della motivazione secondo il costante orientamento giurisprudenziale (cfr. da ultimo, Cons. di Stato, sent. n. 6392/2023).

In secondo luogo, perché si tratta di elementi solamente allegati senza che siano state esplicitate le ragioni tecniche ed economiche in base alle quali la suddivisione in lotti comporterebbe le conseguenze descritte e senza che sia stata tantomeno effettuata un'adeguata istruttoria onde verificare quali sarebbero gli effetti economici ed organizzativi dell'una piuttosto che dell'altra soluzione.

Peraltro, come rilevato in giurisprudenza in un'analogha controversia, le esigenze sollevate dall'Amministrazione resistente "...non impongono necessariamente l'affidamento a un solo operatore economico dell'intera gestione del ciclo integrato dei rifiuti secondo il modello dell'integrazione verticale, ma possono essere soddisfatte anche tramite la previsione di un referente unico con funzioni di coordinamento nell'ambito delle figure professionali richieste in gara" (Tar Lombardia – Milano, sent. n. 9/2024).

Alla luce delle suesposte considerazioni, il ricorso deve essere accolto con conseguente annullamento degli atti di gara impugnati.

Va precisato che per l'effetto conformativo, derivante dalla presente sentenza, l'eventuale nuovo bando di gara dovrà includere il recupero della FORSU tra le prestazioni affidate all'aggiudicatario e da questi eseguite in proprio nelle forme consentite dal codice dei contratti.

Per quanto invece riguarda la suddivisione in lotti, la presente sentenza non preclude in assoluto l'accorpamento in un unico lotto del servizio complessivo di gestione dei rifiuti, oggetto dell'appalto, ma lo consente soltanto nel rispetto dei limiti sopra indicati al fine di giustificare la deroga alla regola della suddivisione in lotti; né la presente decisione vincola la stazione appaltante nell'individuazione dei criteri funzionali, prestazionali o quantitativi da seguire per la suddivisione, fermo che questa deve essere effettuata nel rispetto degli stessi principi sopra ricordati.

Le spese di lite devono essere poste, in applicazione del criterio della soccombenza, a carico della Provincia di Brescia – Centrale Unica di Committenza Area Vasta Brescia e del Comune di Concesio, come liquidate in dispositivo, e compensate nei confronti dei Comuni di Caino, di Bovezzo e di Nave, non avendo questi ultimi resistito in giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia sezione staccata di Brescia (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie, e per l'effetto, annulla gli atti di gara impugnati.

Condanna la Provincia di Brescia – Centrale Unica di Committenza Area Vasta Brescia e il Comune di Concesio, in solido, a rifondere alla ricorrente Montello s.p.a. le spese di lite, che liquida in euro 5.000,00, oltre rimborso spese forfettario del 15%, CPA e IVA, se dovuta.

Compensa le spese nei confronti dei Comuni di Caino, di Bovezzo e di Nave.

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

Così deciso in Brescia nella camera di consiglio del giorno 13 marzo 2024