

Publicato il 02/01/2024

N. 00009/2024 REG.PROV.COLL.
N. 01425/2023 REG.RIC.



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia

(Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1425 del 2023, proposto da Montello S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Paolo Clarizia, Mario Pagliarulo e Andrea Bonanni, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia, in relazione alla procedura CIG 98048344FA;

contro

Comune di Lentate sul Seveso, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Fabio Pellicani, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio fisico eletto presso lo studio del predetto difensore in Milano, via Luciano Manara, n. 1;

Provincia di Monza e della Brianza - Centrale Unica di Committenza della Provincia di Monza e della Brianza, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Gabriele Tricamo, Angelo Annibali e Antonietta Favale, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

- del Bando di gara “a procedura aperta, ai sensi dell'art. 60 del D.lgs. 50/2016 e ss.mm.ii. per l'affidamento della gestione dei servizi di igiene urbana per il Comune di Lentate sul Seveso - periodo 1/7/2023 - 30/06/2025”, indetto dalla Centrale unica di committenza della Provincia di Monza e della Brianza – CIG 98048344FA, pubblicato in G.U. - V Serie Speciale Contratti Pubblici n. 66 del 12.6.2023;
- della Determinazione del Comune di Lentate sul Seveso n. 242 dell'1.6.2023 e della Determinazione della Centrale Unica di Committenza della Provincia di Monza e della Brianza n. 1369 del 6.06.2023;
- degli inerenti documenti di gara, ivi inclusi il disciplinare di gara, il capitolato speciale d'appalto, la relazione tecnico illustrativa, lo schema di contratto, il “prospetto economico degli oneri complessivi e calcolo degli importi di acquisizione dei servizi” e l’“Elenco prezzi”;
- di ogni atto presupposto, connesso e comunque consequenziale.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Lentate sul Seveso e della Provincia di Monza e della Brianza - Centrale Unica di Committenza della Provincia di Monza e della Brianza;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 30 novembre 2023 la dott.ssa Valentina Caccamo e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con bando di gara pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 66 del 12.6.2023, la Centrale Unica di Committenza della Provincia di Monza e della Brianza (di seguito anche solo “C.U.C.”), ha indetto una “*procedura aperta, ai sensi dell'art. 60 del D.lgs. 50/2016 e ss.mm.ii. per l'affidamento della gestione dei servizi di igiene urbana per il Comune di Lentate sul Seveso - periodo 1/7/2023 - 30/06/2025*” (CIG 98048344FA).

2. La gara, organizzata in un lotto unico del valore complessivo di euro 6.619.085,33, ha ad oggetto l'intera gestione dei rifiuti urbani come definiti dall'art. 184 comma 2 del D. Lgs. n. 152/2006, comprendente sia "servizi principali", tra cui la raccolta differenziata, il trasporto, recupero e/o smaltimento dei rifiuti presso idonei impianti, nonché la pulizia e manutenzione del suolo pubblico e delle aree a verde, sia "servizi opzionali", quali la raccolta, il trasporto e lo smaltimento di materiali contenenti cemento amianto e di rifiuti urbani pericolosi abbandonati sul territorio comunale (cfr. art. 1.1 del Capitolato).

3. Per quanto qui d'interesse, tra le prestazioni oggetto della presente procedura vi è anche il recupero della frazione organica dei rifiuti urbani (anche solo "Forsu"), attività che, in base alla disciplina di gara, dovrà essere effettuata da un soggetto munito delle prescritte autorizzazioni di legge, individuato tramite accordi commerciali di diritto privato direttamente dall'operatore economico che risulterà affidatario del servizio di igiene urbana.

4. Con il presente ricorso Montello S.p.A. – premesso di essere attiva da oltre 25 anni nel settore del recupero e riciclo di rifiuti, occupandosi in particolare del trattamento dei rifiuti organici provenienti dalla raccolta differenziata – impugna la *lex specialis* della gara in esame, lamentando che le modalità di affidamento del servizio di recupero della Forsu ivi previste impedirebbero alla stessa di prendere parte alla procedura e di concorrere liberamente sul mercato di riferimento.

5. A sostegno del gravame, la ricorrente articola i seguenti motivi:

"I. Violazione e/o falsa applicazione dei principi generali di imparzialità e buon andamento (art. 97 Cost.) – Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 63 del D.Lgs. n. 50/2016; Violazione e/o falsa applicazione degli artt. 178, 181, 182 e 198 bis 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; contraddittorietà; sviamento": la regolamentazione di gara condurrebbe

alla selezione dell'affidatario del servizio di recupero della Forsu al di fuori di una procedura competitiva a evidenza pubblica, in contrasto con i principi di concorrenza, trasparenza e pubblicità che governano il settore; ciò precluderebbe agli operatori del trattamento della frazione organica dei rifiuti urbani – qual è la ricorrente – la possibilità di accedere al mercato di riferimento e di formulare un'offerta nell'ambito di tale segmento commerciale;

“II. Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 10, comma 1, D.Lgs. 201/22 - violazione e/o falsa applicazione dell'art. 198, D.Lgs. 152/06 - eccesso di potere sub specie di errore nei presupposti, travisamento dei fatti, difetto di istruttoria, difetto di motivazione e sviamento”: le contestate disposizioni della *lex specialis* istituirebbero un regime di “privativa” in ordine al servizio di trattamento della Forsu, in violazione della normativa di settore che esclude l'attività di recupero della frazione organica dei rifiuti dalla privativa comunale, assoggettando tale servizio a libero mercato;

“III. Violazione e/o falsa applicazione degli articoli 3, 23, 30, 51 e 83 del D.Lgs. 50/16, 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”: la disciplina della *lex specialis* comporterebbe l'affidamento dei servizi di igiene urbana secondo il modello della c.d. “integrazione verticale”, ossia accorperebbe illegittimamente in un unico lotto servizi differenti e suscettibili di affidamento separato tramite più lotti di gara, cioè sia i servizi di raccolta/traporto (a monte della filiera), sia quelli di trattamento/recupero (a valle).

6. Si sono costituiti in giudizio per resistere al ricorso il Comune di Lentate Sul Seveso e la Centrale Unica di Committenza della Provincia di Monza e della Brianza, chiedendo il rigetto nel merito del gravame in quanto infondato.

7. Le parti hanno successivamente depositato scritti difensivi e documenti e, all'udienza del 30.11.2022, la causa è stata trattenuta in decisione.

8. Con ordinanza n. 2590 del 4.12.2023, il Collegio ha ritenuto di acquisire chiarimenti in ordine allo stato della procedura di gara, chiedendo alle parti di indicare *“se alla data di celebrazione della pubblica udienza per la trattazione di merito del ricorso (30 novembre 2023) la procedura di gara in oggetto è stata aggiudicata e, ove così fosse, in che data e a quale operatore economico”*. Con la medesima ordinanza, è stato precisato che le richieste informazioni risultavano rilevanti ai fini del decidere sotto un duplice profilo, ovvero:

“a) in relazione alla piena garanzia del contraddittorio processuale rispetto a eventuali soggetti che potrebbero assumere nel presente giudizio la posizione di controinteressati;

b) ai fini della valutazione della procedibilità del gravame nel caso in cui gli esiti della gara fossero rimasti definitivamente incontestati, dandosi sin d'ora avviso, ai sensi dell'art. 73, comma 3 c.p.a., di un profilo di improcedibilità che potrebbe derivare dall'eventuale mancata impugnazione entro il termine decadenziale di legge, da parte della ricorrente, dell'aggiudicazione della procedura di gara”, assegnando 7 giorni per provvedere e, ove si fossero verificate le condizioni indicate sub b), per presentare memorie vertenti esclusivamente sulla prospettata questione di improcedibilità.

9. Il Comune di Lentate sul Seveso e la C.U.C. hanno reso i chiarimenti richiesti entro il termine assegnato, precisando che *“la procedura di gara, alla data del 30 novembre, risultava sì conclusa, essendo stata stilata la graduatoria finale che ha visto primeggiare il Consorzio Stabile Impero, ma non definitivamente aggiudicata, essendo a quel dì ancora in corso il subprocedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta (cfr. doc. 11, pag. 3), a tutt'oggi ancora in corso”* (cfr. memoria della C.U.C.).

10. La camera di consiglio è stata riconvocata il giorno 20.12.2023 e la causa è passata in decisione.

11. Il ricorso è fondato nei termini di seguito illustrati.

12. Prima di entrare nel merito delle questioni sollevate con il presente gravame, rileva il Collegio che, all'esito dei chiarimenti forniti dalle parti in esecuzione dell'ordinanza n. 2590 del 4.12.2023 di questa Sezione, le

amministrazioni hanno precisato che la procedura di cui si controverte non risulta aggiudicata ed è ancora in corso la verifica di anomalia dell'offerta. Poiché, per consolidato orientamento giurisprudenziale, fino a quando non intervenga il provvedimento di formale aggiudicazione non vi sono soggetti controinteressati ai quali il ricorso debba essere notificato, né tale può dirsi il primo collocato nella graduatoria provvisoria, non è necessario estendere il contraddittorio ai soggetti partecipanti alla gara, che, al momento della presente decisione, sono titolari di una mera aspettativa alla conclusione del procedimento, ma non del “bene della vita” cui essi ambiscono con la partecipazione alla procedura competitiva (cfr. Cons. Giust. Amm. Reg. Sicilia, 31 marzo 2021, n. 276). Di conseguenza, il ricorso può essere deciso allo stato degli atti e senza necessità di notifica a terzi controinteressati, che, per le suddette ragioni, non erano ravvisabili al momento della proposizione dell'azione e neppure risultano “sopravvenuti” prima della decisione del ricorso.

12.1 Premette il Collegio che la società ricorrente ha prospettato come ostativa alla propria partecipazione alla gara la scelta della stazione appaltante, compendiata nella disciplina della *lex specialis*, di articolare la procedura in un unico lotto comprensivo di tutti i differenti servizi rientranti nell'ambito del ciclo integrato dei rifiuti e di consentire all'aggiudicatario del servizio di individuare, successivamente all'espletamento della gara e *iure privatorum*, il soggetto che si occuperà dell'attività di recupero della Forsu, alla quale la ricorrente ha interesse. In particolare, Montello ha allegato la difficoltà di conseguire una concreta chance di partecipazione poiché, alla luce della peculiare regolamentazione coniata dalla stazione appaltante, i soggetti operanti “*nel segmento della raccolta e trasporto, così come i gestori integrati, non hanno alcun interesse a partecipare alla gara in Ati con gli operatori attivi nel settore del trattamento e recupero (come la Montello s.p.a.), fermo restando che quest'ultimi, proprio perché privi dei requisiti relativi ai servizi di raccolta e trasporto previsti dalla lex specialis, non possono partecipare nemmeno in forma autonoma. In sintesi la gara, proprio in ragione*

della mancata suddivisione in lotti, favorisce la partecipazione degli operatori che operano nel segmento della raccolta e trasporto, da un lato, oppure dei gestori integrati, dall'altro, con grave effetto limitativo e distorsivo della concorrenza" (cfr. memoria di replica della ricorrente).

La società, inoltre, ha precisato di avere interesse *"a partecipare ad una regolare e trasparente procedura di gara"* nell'ambito del segmento di mercato – recupero della frazione organica dei rifiuti urbani – nel quale essa opera in concorrenza con le altre imprese e non a stipulare eventuali accordi a valle della gara, anche in considerazione del fatto che una siffatta evenienza non rientra nell'esclusiva disponibilità dell'operatore economico, ma postula la convergente decisione dell'appaltatore/aggiudicatario ed è soggetta alle richieste di quest'ultimo.

12.1.1 Ritiene pertanto il Collegio che, nei termini suesposti, Montello abbia allegato sia un interesse attuale e concreto a contestare la violazione dei principi di concorrenza e della *par condicio* degli operatori economici operanti in un determinato mercato, sia le ragioni che impediscono alla stessa, seppur non in termini assoluti, di presentare offerta e di competere per l'aggiudicazione della parte del servizio che è in grado di offrire.

12.1.2 In applicazione dei principi di diritto affermati dall'Adunanza Plenaria n. 4/2018, l'incongrua difficoltà di partecipare alla gara giustifica l'immediata impugnativa della *lex specialis* da parte dell'odierna ricorrente.

12.2 Sempre in via preliminare, va infine esaminata l'eccezione, sollevata dal Comune di Lentate Sul Seveso, di inammissibilità delle censure relative alla *"adeguatezza e congruità del prezzo unitario indicato nel Quadro Economico di Gara, pari a 88,00 (ottantotto virgola zero zero) Euro/tonnellata, per la determinazione della base d'asta rispetto al servizio di trattamento e recupero della F.O.R.S.U."*, non risultando chiaro, ad avviso dell'ente, quale sia la lesione lamentata dalla ricorrente e in che termini possa supportare l'interesse alla doglianza.

L'eccezione va disattesa.

A ben vedere, la ricorrente non ha contestato in via diretta l'incongruità e l'illogicità del prezzo unitario indicato nel quadro economico ai fini della

determinazione della base d'asta, ma ha dedotto tale elemento quale sintomo della lamentata irragionevolezza della *lex specialis* di gara. Montello lamenta infatti che, sebbene la procedura in questione sia finalizzata all'affidamento anche di attività (quale il recupero) non soggette a privativa, la previsione di un corrispettivo sproporzionato rispetto a quello comunemente praticato risulterebbe incoerente con le caratteristiche del mercato di riferimento e con ogni logica economica. La circostanza che l'operatore deputato all'esecuzione dell'attività di recupero della Forsu sia individuato direttamente dall'aggiudicatario del servizio consentirebbe a quest'ultimo, inoltre, un lucro ulteriore attraverso la sottoscrizione di accordi privati particolarmente favorevoli a fronte della rilevante entità del corrispettivo versato dalla stazione appaltante. Ciò che la ricorrente contesta, pertanto, non è l'erroneità in sé del prezzo unitario utilizzato per la formazione della base d'asta, ma la complessiva irragionevolezza della disciplina di gara strutturata dalla stazione appaltante, che viene stigmatizzata anche con riferimento ai profili sopra evidenziati, e le conseguenze che da ciò derivano sul piano della concreta possibilità per la stessa di prendere parte alla gara.

13. Così esaminate le questioni di ordine preliminare, si può dunque passare allo scrutinio del ricorso nel merito.

14. Coglie innanzitutto nel segno il primo mezzo di gravame con il quale la ricorrente ha lamentato il mancato espletamento di un confronto concorrenziale per l'affidamento del servizio di recupero della Forsu, di fatto rimesso alla scelta discrezionale dell'aggiudicatario della gara, che, a valle dell'aggiudicazione e senza coinvolgere la stazione appaltante, dovrà provvedere all'espletamento di detta attività tramite accordi commerciali con soggetti in possesso delle necessarie autorizzazioni di legge.

14.1 Per migliore comprensione delle questioni trattate, occorre brevemente richiamare le principali disposizioni che costituiscono la cornice normativa entro cui deve essere collocata la vicenda sub iudice.

Ai sensi dell'art. 183, comma 1, lett. d) del D.Lgs. n. 152/2006, il “recupero” comprende *“qualsiasi operazione il cui principale risultato sia di permettere ai rifiuti di svolgere un ruolo utile, sostituendo altri materiali che sarebbero stati altrimenti utilizzati per assolvere una particolare funzione o di prepararli ad assolvere tale funzione, all'interno dell'impianto o nell'economia in generale”*.

L'art. 181 comma 5 del D. Lgs. n. 152/2006, in particolare, stabilisce che *“per le frazioni di rifiuti urbani oggetto di raccolta differenziata destinati al riciclaggio ed al recupero è sempre ammessa la libera circolazione sul territorio nazionale tramite enti o imprese iscritti nelle apposite categorie dell'Albo nazionale gestori ambientali ai sensi dell'articolo 212, comma 5, al fine di favorire il più possibile il loro recupero privilegiando, anche con strumenti economici, il principio di prossimità agli impianti di recupero”*.

Nell'ambito della gestione ed erogazione dei servizi di gestione integrata dei rifiuti urbani – in cui rientra adesso anche la nozione di recupero – l'art. 25, comma 4, del D.L. n.1/2012, convertito con Legge n. 27/2012, dispone che siano *“affidate ai sensi dell'articolo 202 del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152, e nel rispetto della normativa europea e nazionale sull'evidenza pubblica, le seguenti attività:*

a) la gestione ed erogazione del servizio che può comprendere le attività di gestione realizzazione degli impianti;

b) la raccolta, la raccolta differenziata, la commercializzazione e l'avvio a smaltimento e recupero (...)”. L'art. 202 del D. Lgs. n. 152/2006, a sua volta, prescrive che il servizio di gestione integrata dei rifiuti urbani sia affidato *“mediante gara disciplinata dai principi e dalle disposizioni comunitarie (...)*”.

14.2 La giurisprudenza ha chiarito che *“in base al diritto settoriale vigente, la specifica attività di recupero della frazione organica di RSU proveniente da raccolta differenziata è pacificamente assoggettata a libero mercato, senza restrizioni territoriali di sorta e, pertanto, l'affidamento dei relativi appalti di servizio deve necessariamente essere effettuato tramite indizione di procedure ad evidenza pubblica, con la conseguenza che tale specifica attività di trattamento e recupero di RSU provenienti dalla raccolta differenziata, non è assoggettata a regime di “privativa”, tanto meno con riferimento ad eventuali limiti territoriali riguardanti gli impianti di conferimento del particolare tipo di rifiuto in esame.*

Infatti, il quadro normativo di specifico riferimento, e, in particolare l'art. 181 c. 4 e ss. del D. Lgs. n. 152 del 2006 stabilisce chiaramente che per le frazioni di rifiuti urbani oggetto di raccolta differenziata destinati al riciclaggio ed al recupero è sempre ammessa la libera circolazione sul territorio nazionale tramite enti o imprese iscritti nelle apposite categorie dell'Albo nazionale gestori ambientali di cui all'art. 212, c. 5 del D. Lgs. n. 152 del 2006. A sua volta l'art. 198 dello stesso Decreto circoscrive e delimita il regime di "privativa" (comunale) riguardo alle sole operazioni di smaltimento dei RSU (v. C.G.A. Regione Sicilia 30/3/2022 n. 410), con conseguente necessario assoggettamento delle attività di riciclaggio e recupero degli altri RSU provenienti da raccolta differenziata a procedura aperta secondo quanto dispongono gli artt. 35 e 60 del D. Lgs. n. 50 del 2016" (cfr. TAR Emilia Romagna, Bologna. Sez. II, 16.01.2023, n. 17, confermata da Cons. di Stato, Sez. IV, 31.07.2023 n. 7412).

15. Poste dette premesse normative e giurisprudenziali, ritiene il Collegio che siano fondate le critiche mosse dalla ricorrente alla disciplina contenuta nella *lex specialis* di gara, di cui occorre fornire una sintetica ricostruzione.

16. L'art. 1.4, punto 12 del Capitolato indica, tra i servizi che l'aggiudicatario è tenuto a fornire, il "trasporto, recupero e/o smaltimento dei rifiuti urbani presso idonei impianti di recupero e/o smaltimento individuati direttamente dalla Ditta Appaltatrice". Ai sensi dell'art. 1.8 del Capitolato, poi, quest'ultima "dovrà farsi carico del reperimento di idonei impianti autorizzati, nel rispetto delle prescrizioni di cui all'art. 179, 180, 181, 182, 208, 209, 210, 211, 212 del Decreto Legislativo 03 aprile 2006 n. 152 e s.m.i., per lo smaltimento, il recupero ed il trattamento" di una pluralità di rifiuti, tra cui la "frazione umida raccolta a domicilio". La disposizione del Capitolato precisa, infine, che "oggetto del servizio di cui al presente articolo è la messa in riserva e/o trattamento, recupero e/o smaltimento (operazioni di cui agli allegati B e C alla parte IV del D.lvo 152/2006) delle frazioni di rifiuto provenienti dalla raccolta sul territorio (...). La ditta appaltatrice assume la titolarità dei contratti necessari per lo smaltimento e/o il recupero di tutte le frazioni di rifiuto e provvederà in prima persona al pagamento dei costi di recupero e/o smaltimento. Il corrispettivo per i servizi di recupero e/o smaltimento dei rifiuti gestiti nell'ambito del presente appalto, è compreso nel canone d'appalto".

In detti termini, l'amministrazione non procede direttamente all'individuazione del soggetto deputato all'attività di recupero della Forsu, secondo le modalità di selezione previste dal Codice dei contratti pubblici, ma affida tale scelta alla determinazione discrezionale dell'aggiudicatario del servizio di igiene urbana – comprensivo, come visto, anche del recupero della frazione organica – che dovrà provvedere tramite accordi commerciali privati, senza alcun vincolo e senza alcuna interrelazione l'operatore così individuato e la stazione appaltante.

Il sistema delineato dalla *lex specialis* di gara risulta illegittimo.

17. Di fatto, l'impresa aggiudicataria agisce in regime totalmente privatistico nell'individuazione del soggetto deputato all'esecuzione di una delle prestazioni rientranti nel servizio complessivamente posto a gara e non è investita di alcun potere pubblicistico – quale eventuale concessionaria deputato allo svolgimento della procedura comparativa in sostituzione dell'ente affidante – rispetto alla gestione del segmento legato allo sfruttamento della Forsu per attività di recupero. La scelta del soggetto che provvederà all'esecuzione di tale prestazione avviene, pertanto, non solo al di fuori di qualsiasi confronto concorrenziale e senza l'osservanza delle procedure previste per gli affidamenti pubblici, ma anche senza garantire il rispetto dei principi minimi di derivazione eurounitaria di trasparenza, par condicio, pubblicità nella selezione degli operatori economici che contrattano con l'amministrazione e che sono remunerati tramite risorse pubbliche.

17.1 Considerato che la Forsu, pur costituendo *ab origine* un rifiuto, possiede un proprio riconosciuto valore commerciale quale “bene” soggetto a libera circolazione nel mercato di riferimento, non è possibile affidarne il recupero a un soggetto individuato direttamente dall'operatore economico risultato aggiudicatario del complessivo servizio di igiene urbana, senza una preventiva gara avente a oggetto quella determinata attività, consentendo a quest'ultimo di utilizzare detto materiale come fosse di sua proprietà esclusiva (cfr. TAR Lombardia, Milano, Sez. II, 26.10.2022, n. 2344).

17.2 In aggiunta, evidenzia il Collegio che, in base alla disciplina del Capitolato, “*il corrispettivo per i servizi di recupero e/o smaltimento dei rifiuti gestiti nell’ambito del presente appalto è compreso nel canone d’appalto (onnicomprensivo)*”, per cui l’aggiudicatario della gara in questione sarà remunerato anche per l’attività di recupero, che affiderà discrezionalmente ad altro soggetto. In tale dinamica, come correttamente osservato dalla ricorrente, il corrispettivo versato all’aggiudicatario è svincolato dall’effettiva tariffa applicata dall’operatore economico titolare dell’impianto di trattamento selezionato per l’attività di recupero, per cui l’aggiudicatario medesimo potrà beneficiare delle economie eventualmente derivanti da accordi commerciali particolarmente vantaggiosi con il gestore dell’impianto cui il medesimo affiderà il servizio.

18. Le conclusioni sopra esposte non possono dirsi superate dalla circostanza che il Comune di Lentate sul Seveso abbia affidato tramite evidenza pubblica la gestione integrata dei rifiuti urbani e che detto servizio ricomprenda anche l’attività di recupero, perché, come illustrato ai paragrafi che precedono, quest’ultima è demandata a un diverso operatore economico totalmente estraneo alla procedura di gara.

Il primo motivo di ricorso è quindi meritevole di accoglimento.

19. Parimenti fondato è il terzo mezzo di gravame, da scrutinare alla luce delle riflessioni svolte ai precedenti paragrafi in merito alla struttura della gara e alla violazione delle regole che impongono l’affidamento dell’attività di recupero della Forsu tramite procedure a evidenza pubblica, nel rispetto dei principi comunitari di concorrenza, *par condicio* e trasparenza dell’azione amministrativa. In particolare, la ricorrente lamenta che l’amministrazione avrebbe proceduto, senza adeguata motivazione, all’accorpamento in un unico lotto di tutti i segmenti del servizio di igiene urbana oggetto di affidamento, mentre l’attività di trattamento e di recupero della Forsu avrebbe dovuto costituire oggetto di uno specifico e autonomo lotto funzionale onde consentire alle imprese che operano nel mercato di riferimento, come la stessa Montello, di presentare la propria offerta. In detti termini, sarebbe stato

violato l'obbligo di suddivisione in lotti – superabile solo a fronte di motivazione rafforzata, nel caso di specie assente – stabilito proprio per garantire la massima concorrenzialità e accessibilità delle procedure ad evidenza pubblica.

19.1 Ai sensi dell'art. 51, comma 1, del D. Lgs. n. 50/2016 *ratione temporis* vigente, che ha recepito le indicazioni della direttiva 2014/24/UE, “*nel rispetto della disciplina comunitaria in materia di appalti pubblici (...) le stazioni appaltanti suddividono gli appalti in lotti funzionali di cui all'articolo 3, comma 1, lettera qq), ovvero in lotti prestazionali di cui all'articolo 3, comma 1, lettera ggggg) in conformità alle categorie o specializzazioni nel settore dei lavori, servizi e forniture*” e “*motivano la mancata suddivisione dell'appalto in lotti*”.

Secondo un consolidato orientamento giurisprudenziale, la regola della suddivisione in lotti favorisce la concorrenza e “*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*” (cfr. Cons. di Stato, Sez. V, 20.09.2021, n. 6402). Si tratta, in sostanza, di una regola generale a carattere pro-concorrenziale – non limitata esclusivamente alle piccole e medie imprese – volta ad ampliare la platea dei potenziali partecipanti alla gara e a impedire rendite di posizione a favore degli operatori maggiormente strutturati (cfr. Cons. di Stato, Sez. V, 24.10.2023, n. 9203).

19.2 L'ordinamento esprime un chiaro *favor* per la suddivisione degli appalti in lotti, ritenendola espressione del principio di buon andamento e assumendola come regola obbligatoria derogabile solo in forza di un'adeguata motivazione, che deve essere puntualmente espressa nella legge di gara. In concreto, la stazione appaltante è tenuta a indicare i vantaggi economici e/o tecnico - organizzativi derivanti dall'opzione del lotto unico e le ragioni per cui detti obiettivi siano prevalenti sull'esigenza di garantire l'accesso alle pubbliche gare a un numero quanto più ampio di imprese (cfr. TAR Campania, Napoli, Sez. V, 6.03.2019, n. 1276; TAR Lazio, Roma, Sez. III, 5.11.2019, n. 12667; Cons.

di Stato, Sez. III, 21.03.2019, n. 1857). L'onere motivazionale, poi, pur nel rispetto del principio di proporzionalità, deve essere tanto più pregnante quanto più la mancata suddivisione in lotti dell'appalto si presenti idonea, come nella fattispecie, a sacrificare la concorrenza in un determinato settore del mercato (cfr. TAR Lombardia, Milano, Sez. I, 24.04.2023, n. 1012).

19.3 La decisione di derogare al principio della suddivisione in lotti, pertanto, *“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. Consiglio di Stato, Sez. III, 21 marzo 2019, nr. 1857; Consiglio di Stato, Sez. III, 22 febbraio 2019, n. 1222; Consiglio di Stato, sez. V, 3 aprile 2018, n. 2044; Consiglio di Stato, Sez. III, 22 febbraio 2018, nr. 1138; Cons. Stato, Sez. III, 13 novembre 2017 n. 5224; Sez. V, 6 marzo 2017, nr. 1038)”* (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 15.02.2023, n. 1607).

20. Nel caso di specie, l'art. 3 del Disciplinare stabilisce che *“il servizio non può essere scomposto e suddiviso in più lotti funzionali o prestazionali in quanto costituente un lotto funzionale unitario, non frazionabile al fine di non rendere l'esecuzione del medesimo eccessivamente complesso dal punto di vista tecnico, evitando di dover coordinare plurimi operatori economici, con il rischio di pregiudicare l'efficace esecuzione dell'appalto e dunque di aumentarne i relativi costi di esecuzione”*. Conformemente, l'art. 1.2. del Capitolato precisa che *“ai sensi dell'art. 51 comma 1 del D. Lgs. 50/2016 e s.m.i., il presente appalto non risulta suddiviso in lotti per non rendere l'esecuzione del medesimo eccessivamente complesso dal punto di vista tecnico, evitando di dover coordinare plurimi operatori economici, con il rischio di pregiudicare l'efficace esecuzione dell'appalto e dunque di aumentarne i relativi costi di esecuzione (...)”*.

21. Tali assunti, tuttavia, non sono suffragati da elementi oggettivi, da concrete risultanze istruttorie o da analisi relative al mercato locale di riferimento, né risulta che la stazione appaltante abbia condotto alcuna valutazione in merito alle ricadute, sul piano dell'entità della potenziale

partecipazione alla gara, derivanti dall'aggregazione dei servizi in un unico lotto o dall'opposta scelta di procedere alla suddivisione in lotti, come pure in ordine ai riflessi che tali due opzioni avrebbero determinato rispetto alle tariffe applicabili all'utenza e all'efficienza delle prestazioni. La motivazione esternata nella legge di gara risulta, nel suo complesso, meramente apparente e non spiega in alcun modo le ragioni tecniche o economiche impeditive della suddivisione in lotti.

21.1 Neppure potrebbero valere ad assolvere l'obbligo motivazionale gli argomenti difensivi contenuti nelle memorie delle amministrazioni resistenti, secondo cui la decisione di procedere all'integrazione del servizio di igiene urbana e, quindi, all'accorpamento dei vari segmenti di detto servizio in un unico lotto sarebbe dipesa dalla necessità di individuare un solo operatore di riferimento, evitando le difficoltà precedentemente manifestatesi in ordine al coordinamento di una pluralità di imprese e i maggiori costi di esecuzione conseguenti alla frammentazione. Tale scelta, pertanto, sarebbe stata indotta da esigenze di razionalizzazione ed efficientamento del modello di gestione del servizio, anche in considerazione della scarsità delle risorse umane nell'organico dei competenti uffici comunali da poter dedicare alla gestione dei rapporti con le molteplici ditte incaricate, in passato, dell'esecuzione dei vari segmenti del servizio. Si tratta, tuttavia, di argomenti, che non sono stati espressi negli atti di gara, né nella determinazione n. 242/2023 del Comune di Lentate Sul Seveso di indizione della procedura, nella Relazione tecnico-illustrativa firmata del R.U.P. o nella determinazione n. 1369/2023 della C.U.C. di approvazione della documentazione di gara, per cui costituiscono un'integrazione postuma della motivazione attraverso gli scritti difensivi e, come tale, pacificamente inammissibile (cfr. sul punto, fra le tante, Cons. di Stato, Sez. VI, 19.10.2018, n.5984).

21.2 Peraltro, l'amministrazione non può pretendere di giustificare la deroga al principio di suddivisione in lotti con l'esigenza di semplificare l'esecuzione dell'appalto e di ridurre le difficoltà sperimentate in passato nel

coordinamento di più operatori, anche in ragione dell'affermata scarsità di personale da dedicare a tale incombente, essendo piuttosto tenuta a organizzare, nell'ambito della propria autonomia, la procedura di gara e l'affidamento del servizio in modo da perseguire tali obiettivi nel rispetto della legge. Le esigenze evidenziate dal Comune di Lentate sul Seveso, infatti, 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. Inoltre, la suddivisione in lotti dell'appalto non si traduce nella sua frammentazione in tanti lotti quanti sono i singoli segmenti del servizio da affidare, essendo rimessa all'autonoma valutazione della stazione appaltante l'individuazione, anche attraverso l'accorpamento solo di taluni servizi, dei lotti funzionali o prestazionali in cui articolare la procedura di gara secondo principi di efficienza ed economicità.

22. In conclusione, sono fondati e vanno accolti il primo e il terzo motivo di ricorso, mentre le censure non esaminate possono essere assorbite stante la portata dirimente delle questioni positivamente scrutinate, disponendosi, per l'effetto, l'annullamento degli atti impugnati.

23 Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e annulla gli atti impugnati.

Condanna il Comune di Lentate Sul Seveso e la Centrale Unica di Committenza della Provincia di Monza e della Brianza al pagamento delle spese di giudizio in favore della ricorrente, che liquida nella misura di euro 2.000,00 (duemila/00) ciascuna.

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

Così deciso in Milano nelle camere di consiglio dei giorni 30 novembre 2023 e
20 dicembre 2023, con l'intervento dei magistrati:

Gabriele Nunziata, Presidente

Silvia Cattaneo, Consigliere

Valentina Caccamo, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Valentina Caccamo

IL PRESIDENTE
Gabriele Nunziata

IL SEGRETARIO