

Publicato il 18/02/2025

N. 00140/2025 REG.PROV.COLL.
N. 00637/2024 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 staccata di Brescia (Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 637 del 2024, integrato da motivi aggiunti, in relazione alla procedura CIG B24843326D, proposto da
Impresa Sangalli Giancarlo & C. s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Roberto Invernizzi, Alex Testa e Carlo Iacobellis, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Comune di Bergamo, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Silvia Mangili e Giorgia Giavazzi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Aprica s.p.a., A2A Ambiente s.p.a., A2A s.p.a., non costituite in giudizio;

e con l'intervento di

ad adiuvandum:

Servizi Comunali s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Alberto Salvadori, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

ad opponendum:

Progitec s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Gaetano Spoto Puleo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

(A) Per quanto riguarda il ricorso principale:

- della determinazione a contrarre del 4.6.2024 n. 1525 del Comune di Bergamo, relativa all'affidamento del servizio di gestione dei rifiuti urbani e servizi accessori di pulizia per la durata di anni sette, con opzione di rinnovo biennale, e degli inerenti bando di gara, disciplinare di gara, capitolato speciale d'appalto e relativi allegati;
- dell'elaborato "*Termini e condizioni di gara*" e della "*Relazione istruttoria suddivisione in lotti, implicazioni sulla qualità e sui costi del servizio*";
- oltre a tutti i provvedimenti presupposti, consequenziali o comunque connessi, inclusi in quanto occorra i chiarimenti comunali ai quesiti sui contenuti e sulle motivazioni degli atti di gara;

(B) Per quanto riguarda i motivi aggiunti notificati e depositati il 23.9.2024:

dei provvedimenti già impugnati con il ricorso introduttivo e, in quanto occorra, della nota comunale prot. 0326759/2024 del 14.8.2024, oltre a tutti i provvedimenti presupposti, consequenziali o comunque connessi, inclusi la determinazione dirigenziale del 14.8.2024 n. 2234 di proroga del termine di pubblicazione del bando di gara e l'inerente avviso di proroga del 14.8.2024, se intesi come confermativi della *lex specialis* impugnata.

Visti il ricorso, il ricorso per motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Bergamo;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120 c.p.a.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 29 gennaio 2025 il dott. Alessandro Fede e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1.- Con determinazione a contrarre del 4.6.2024 n. 1525, il Comune di Bergamo ha stabilito di indire una procedura aperta ai sensi dell'art. 71 del d.lgs. 36/2023 per l'aggiudicazione del "*servizio di gestione dei rifiuti urbani e servizi accessori di pulizia per la durata di anni sette con opzione di rinnovo biennale*". Il Comune ha scelto di impostare la gara in un unico lotto, sia dal punto di vista territoriale, sia da quello dell'unione del servizio di spazzamento, raccolta e trasporto di rifiuti, da un lato, con il servizio di recupero e smaltimento, dall'altro lato, e ha motivato questa scelta in una relazione istruttoria del 3.6.2024, avente ad oggetto "*suddivisione in lotti, implicazioni sulla qualità e sui costi del servizio*".

La gara è stata poi indetta con bando pubblicato l'1.7.2024, per un valore stimato di euro 172.732.090,95 al netto dell'IVA.

2.- Con ricorso notificato il 31.7.2024 e depositato il 2.8.2024, Impresa Sangalli Giancarlo & C. s.r.l. (di seguito anche "Sangalli") ha impugnato la determina a contrarre, il bando, il disciplinare di gara e il capitolato speciale d'appalto con i relativi allegati. Il ricorso è stato notificato anche ad A2A s.p.a., A2A Ambiente s.p.a. ed Aprica s.p.a., società facenti parte del medesimo gruppo.

Il Comune si è costituito resistendo al ricorso.

3.- Lo stesso giorno del deposito del ricorso, 2.8.2024, Sangalli ha anche presentato al Comune una richiesta di accesso agli atti, alla quale il Comune ha dato riscontro il 14.8.2024.

4.- Sempre il 14.8.2024 il Comune, accogliendo parzialmente una richiesta di Sangalli, ha stabilito di prorogare di 21 giorni, fino al 23.9.2024, il termine per la presentazione delle offerte.

5.- Alla gara hanno partecipato solo due concorrenti, Progitec s.r.l. e il raggruppamento temporaneo composto da Aprica s.p.a., Montello s.p.a. e

A2A Ambiente s.p.a., mentre Sangalli non ha partecipato.

6.- Il 23.9.2024, giorno di scadenza del termine per la presentazione delle offerte, Sangalli ha notificato e depositato un ricorso per motivi aggiunti, col quale, alla luce della risposta del 14.8.2024 alla sua istanza di accesso, ha aggiunto un motivo di censura, e ha altresì impugnato tale risposta, assieme alla determinazione dirigenziale anch'essa del 14.8.2024 con cui il Comune ha prorogato il termine per la presentazione delle offerte, e al relativo avviso di proroga dello stesso giorno, questi ultimi due se intesi come confermativi della *lex specialis* impugnata col ricorso principale.

Nel ricorso per motivi aggiunti Sangalli ha rappresentato di non avere trovato nessun operatore economico lombardo, gestore di impianti di smaltimento e recupero di rifiuti, che fosse disponibile a partecipare alla gara in raggruppamento con essa, e ha pertanto chiesto la sospensione cautelare della gara.

Il Comune ha resistito anche al ricorso per motivi aggiunti con apposita memoria.

7.- È quindi intervenuta in giudizio *ad adiuvandum*, con atto notificato e depositato il 6.10.2024, la Servizi Comunali s.p.a.

8.- All'udienza camerale del 9.10.2024, a domanda del Presidente del Collegio, il difensore del Comune ha dichiarato che era auspicio della stazione appaltante pervenire quanto prima possibile a una pronuncia di merito sul ricorso, sospendendo nell'attesa le operazioni di gara (le buste non sono state aperte); preso atto di ciò, la ricorrente ha dichiarato di rinunciare all'istanza cautelare proposta, a spese compensate, e il Collegio ha preso atto di tale rinuncia con ordinanza n. 362 del 10.10.2024.

Con determinazione dirigenziale dell'8.11.2024, il Comune ha formalizzato la sospensione della procedura di gara, in attesa della decisione nel merito della presente causa.

9.- Esaurita la fase cautelare, è intervenuta in giudizio *ad opponendum* la Progittec s.r.l., che ha partecipato alla gara.

10.- Depositare le memorie e le repliche *ex art. 73 c.p.a.*, all'udienza pubblica del 29.1.2025 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1.- La Sangalli contesta la decisione del Comune di:

a) prevedere un unico lotto, anziché due lotti distinti per il servizio di spazzamento, raccolta e trasporto di rifiuti, da un lato, e per il servizio di recupero e smaltimento, dall'altro lato;

b) imporre, quale requisito di partecipazione alla gara inerente alle capacità tecniche e professionali (*ex art. 100, comma 1, lett. c, d.lgs. 36/2023*), la piena disponibilità di un impianto di smaltimento dei rifiuti indifferenziati e di un impianto di smaltimento dei rifiuti FORSU (acronimo che sta per frazione organica dei rifiuti solidi urbani), mediante possesso di idoneo titolo abilitativo ambientale, con divieto di subappalto (art. 6.3.1, lett. b-c, del disciplinare).

La Sangalli sostiene che tale decisione le avrebbe sostanzialmente precluso la possibilità di partecipare alla gara, perché, mentre il mercato dei servizi di raccolta dei rifiuti è in condizioni di concorrenza, il mercato dei servizi di smaltimento e recupero è in condizioni di oligopolio (a causa delle elevate barriere giuridiche, economiche e tecniche per potervi accedere realizzando un impianto), sicché la possibilità di partecipare alla gara in questione viene ad essere limitata alle poche imprese operanti in questo secondo mercato, tra le quali non rientra la Sangalli.

La ricorrente riconosce che in teoria avrebbe potuto partecipare alla gara in raggruppamento temporaneo con un'impresa attiva nel secondo mercato, o avvalendosi di essa come ausiliaria, ma sostiene in primo luogo che deve essere consentita una partecipazione effettiva, e non subordinata a condizioni quali la partecipazione a un raggruppamento temporaneo, e in secondo luogo che, in concreto, la sua partecipazione con quelle modalità sarebbe potuta avvenire solo con un onere economico pesante a vantaggio di una tale impresa, sicché l'eventuale sua offerta sarebbe comunque stata peggiore

rispetto a quella che avrebbe presentato in una gara bandita per il solo lotto relativo al servizio di raccolta dei rifiuti.

2.- Prima di esaminare il merito del ricorso, va esaminata la questione dell'ammissibilità dell'intervento di Servizi Comunali s.p.a., nessun dubbio ponendosi invece sull'ammissibilità dell'intervento di Progitec s.r.l., che ha partecipato alla gara di cui si chiede l'annullamento, e che quindi ha una posizione qualificata e differenziata nonché un interesse alla conservazione della gara stessa.

2.1.- Il Comune ha eccepito l'inammissibilità di tale intervento perché, siccome tale società ha codice Ateco 38.1 corrispondente a "*Raccolta e trasporto rifiuti*", essa in ogni caso non potrebbe svolgere l'attività di smaltimento dei rifiuti che forma oggetto dell'appalto, nemmeno qualora venisse eliminato il requisito di partecipazione della disponibilità di un impianto di smaltimento dei rifiuti indifferenziati e dei rifiuti FORSU, a differenza della Sangalli, che ha il codice Ateco 38.21.09 corrispondente a "*Trattamento e smaltimento di altri rifiuti non pericolosi*".

L'eccezione, così come formulata, è infondata, perché l'intervento di Servizi Comunali mira proprio a sostenere la pretesa della Sangalli di suddividere la gara in due distinti lotti, uno per l'attività di raccolta dei rifiuti, settore nel quale Servizi Comunali opera, e l'altra per l'attività di recupero e smaltimento, settore nel quale invece Servizi Comunali non opera.

2.2.- Proprio questa considerazione, però, induce a ritenere inammissibile l'intervento *ad adiuvandum* di Servizi Comunali, per un'altra ragione: la società, infatti, ha un interesse diretto all'annullamento della gara e alla sua riedizione in due lotti distinti nel modo sopra precisato, perché, qualora ciò si verificasse, potrebbe partecipare alla gara per il lotto relativo all'attività di raccolta dei rifiuti.

In realtà Servizi Comunali non ha affermato che potrebbe partecipare alla specifica gara che sarà eventualmente indetta dal Comune di Bergamo per l'affidamento del solo servizio di raccolta dei rifiuti, ma ha detto che la gara

impostata in un unico lotto la pregiudica “*come precedente*”, lasciando così intendere che sarebbe pregiudicato il suo interesse alla partecipazione ad altre e diverse gare che fossero impostate anch’esse in un unico lotto. Questa prospettazione di Servizi Comunali è però irrilevante ai fini dell’ammissibilità del suo intervento, perché la possibilità per essa di partecipare alla gara indetta dal Comune di Bergamo – ove fosse rinnovata articolandola in due lotti separati – per l’affidamento del lotto relativo alla raccolta dei rifiuti, discende *de plano* dal fatto che Servizi Comunali è un operatore economico attivo nel settore della raccolta, come essa stessa afferma.

Essendo direttamente lesa dal bando di gara così come impostato dal Comune di Bergamo, Servizi Comunali è cointeressata e, come tale, avrebbe potuto dispiegare solo un intervento principale entro il termine di decadenza per l’impugnazione, sicché, non avendolo fatto, non può più intervenire in giudizio, nemmeno con un intervento adesivo-dipendente, alla luce dei principi enunciati da Cons. Stato, ad. pl., 15/2024.

Il termine di decadenza per l’impugnazione, trattandosi di bando autonomamente lesivo, era di trenta giorni dalla pubblicazione del bando stesso, ai sensi dell’art. 120, comma 2, terzo periodo, c.p.a.: ebbene, la pubblicazione è avvenuta l’1.7.2024 e l’intervento è stato svolto con atto notificato e depositato solo il 6.10.2024.

3.- Sempre in via pregiudiziale di rito, va esaminata l’eccezione, sollevata dal Comune, di inammissibilità del ricorso per carenza di interesse, perché le clausole della *lex specialis* di gara contestate da Sangalli non sarebbero immediatamente escludenti. Secondo il Comune, infatti, non sussisterebbe una situazione di oligopolio nel mercato dello smaltimento e del recupero dei rifiuti, come risulterebbe dall’aggiornamento del piano regionale di gestione dei rifiuti (“PRGR”), approvato con d.g.r. 6408/2022; il divieto di subappalto riguarda solo una parte residuale del servizio; era comunque possibile partecipare alla gara in raggruppamento temporaneo o ricorrere all’avvalimento.

Inoltre, una volta decorso il termine per la presentazione delle offerte, il Comune, nella memoria depositata il 5.10.2024 in vista della decisione sulla domanda cautelare, ha rilevato che Sangalli non ha dimostrato la prospettata impossibilità o eccessiva difficoltà di partecipare alla gara, dando prova delle condizioni deteriori che i gestori di impianti di smaltimento e recupero le avrebbero proposto.

3.1.- L'eccezione è infondata.

L'Adunanza Plenaria, con sentenze nn. 1/2003 e 4/2018, ha infatti riconosciuto l'immediata lesività della *lex specialis* di gara, e di conseguenza l'interesse alla sua immediata impugnazione, nel caso in cui essa contenga clausole che impediscono la partecipazione alla gara stessa; inoltre, con sentenze nn. 9/2014 e 4/2018, ha rilevato che sussiste la legittimazione ad agire anche in capo a chi non ha presentato domanda di partecipazione alla gara, nel caso in cui si impugnino clausole del bando immediatamente escludenti.

Nel caso in esame Sangalli lamenta proprio che l'impostazione del bando le ha reso di fatto impossibile la formulazione di un'offerta, poiché l'accorpamento in un unico lotto dei servizi messi a gara, e l'imposizione quale requisito di partecipazione della disponibilità di un impianto di smaltimento dei rifiuti indifferenziati e di quelli FORSU, consentono la partecipazione solo alle poche imprese che operano nel mercato del recupero e dello smaltimento dei rifiuti indifferenziati.

3.2.- Non vale a negare la portata escludente di tale impostazione della gara il rilievo, svolto dalla difesa del Comune, secondo cui la Sangalli avrebbe comunque potuto partecipare alla gara in raggruppamento temporaneo con un'impresa che operasse nel mercato del recupero e dello smaltimento dei rifiuti indifferenziati e che avesse la disponibilità di un impianto necessario per eseguire tale attività, o avvalendosi di una tale impresa come ausiliaria.

La giurisprudenza infatti ha affermato che tali possibilità non escludono la legittimazione e l'interesse di un operatore economico a impugnare la *lex*

specialis di gara che gli precluda la partecipazione come singolo, e ciò per due ordini di ragioni: in primo luogo, “*per il rilievo che la partecipazione di un operatore economico ad un raggruppamento temporaneo non dipende solo dall’esclusiva volontà di quest’ultimo, ma anche della concorde decisione di altre imprese di costituire un’associazione temporanea*” (e lo stesso rilievo è pertinente anche per l’avvalimento); in secondo luogo, perché “*è del tutto coerente con la natura delle condizioni dell’azione, quali la legittimazione e l’interesse ad agire in giudizio, che la relativa verifica sia svolta con riferimento alla posizione individuale del singolo soggetto, titolare uti singulus del diritto d’azione in giudizio ex art. 24 della Costituzione*” (Cons. Stato, sez. V, 6.3.2017, n. 1038).

4.- Definite le questioni pregiudiziali, si può passare all’esposizione dei sette motivi di ricorso, l’ultimo dei quali aggiunto, formulati dalla Sangalli.

5.- Con il primo motivo la ricorrente lamenta innanzi tutto una violazione della direttiva 2014/24/UE, e in particolare del considerando n. 1, secondo il quale “*L’aggiudicazione degli appalti pubblici da o per conto di autorità degli Stati membri deve rispettare i principi del trattato sul funzionamento dell’Unione europea (TFUE) e in particolare la libera circolazione delle merci, la libertà di stabilimento e la libera prestazione di servizi*”, e dell’art. 18, par. 1, il quale prevede che “*La concezione della procedura di appalto non ha l’intento di escludere quest’ultimo dall’ambito di applicazione della presente direttiva né di limitare artificialmente la concorrenza. Si ritiene che la concorrenza sia limitata artificialmente laddove la concezione della procedura d’appalto sia effettuata con l’intento di favorire o svantaggiare indebitamente taluni operatori economici*”.

La ricorrente sostiene infatti che costituisca una limitazione artificiosa della concorrenza l’assegnare promiscuamente servizi afferenti a mercati rilevanti diversi, e l’imporre condizioni di partecipazione (cioè la disponibilità di impianti di smaltimento dei rifiuti indifferenziati e FORSU) che di fatto consentono la partecipazione solo agli operatori attivi in uno dei due mercati rilevanti, ovvero in esso verticalmente integrati, specialmente se tale mercato è oligopolistico e con enormi barriere all’ingresso, poiché in tal caso

l'affidamento congiunto schiaccia la gara sulla sola – e più ridotta – contendibilità del secondo mercato rilevante.

In secondo luogo la ricorrente lamenta una violazione di alcune disposizioni del d.lgs. 36/2023, e segnatamente: del principio del risultato di cui all'art. 1, in quanto un'aumentata concorrenza è funzionale al risultato; del principio della “*fiducia nell'azione legittima, trasparente e corretta dell'amministrazione*” di cui all'art. 2, con cui contrasterebbe una scelta restrittiva della concorrenza; del principio dell'accesso al mercato di cui all'art. 3; del dovere di interpretare le disposizioni del codice in modo conforme al diritto europeo; del principio di buona fede e di tutela dell'affidamento anche prima dell'aggiudicazione, e dunque pure nella predisposizione della *lex specialis* di gara; della tassatività delle cause di esclusione e del principio di massima partecipazione di cui all'art. 10.

In terzo luogo la ricorrente lamenta un difetto di istruttoria e di motivazione sulla scelta di accorpare in un unico lotto il servizio di raccolta e quello di recupero e smaltimento dei rifiuti, perché il Comune non avrebbe considerato la natura oligopolistica del mercato relativo a quest'ultimo servizio, e non avrebbe verificato se gli asseriti benefici derivanti dall'affidamento in un unico lotto possano essere più che bilanciati dai benefici in termini di efficienza che invece proverrebbero dall'affidamento separato del primo servizio, stante la natura concorrenziale del relativo mercato.

6.- Con il secondo motivo la ricorrente sottopone ad analitica censura la motivazione addotta dal Comune per giustificare la scelta di prevedere un unico lotto per i due servizi in questione, e di imporre quale requisito di partecipazione la disponibilità di un impianto di smaltimento dei rifiuti indifferenziati e di quelli FORSU, motivazione che è stata esposta nella relazione istruttoria del 3.6.2024, avente ad oggetto “*suddivisione in lotti, implicazioni sulla qualità e sui costi del servizio*”.

Il motivo si divide in due parti.

6.1.- Nella prima parte, Sangalli evidenzia ciò che a suo avviso la motivazione avrebbe dovuto considerare, ma non ha considerato: cioè il bene della concorrenza, che ritiene leso dall'impostazione della gara. La motivazione, in particolare, non comparerebbe gli asseriti benefici che deriverebbero dall'impostazione scelta con le controindicazioni derivanti dalla restrizione della concorrenza che a quella scelta consegue. In concreto, il Comune non avrebbe considerato che questa impostazione favorisce Aprica s.p.a., in quanto facente parte del gruppo A2A, che gestisce la maggior parte degli impianti di termovalorizzazione dei rifiuti indifferenziati presenti in Lombardia, e che pertanto è integrata nei due mercati rilevanti; non avrebbe considerato inoltre che il requisito di partecipazione, consistente nell'avere la disponibilità di un impianto di smaltimento dei rifiuti indifferenziati e di quelli FORSU, limita la competizione ai pochi operatori – o gruppi di operatori verticalmente integrati – attivi nel mercato dei servizi di smaltimento e recupero, impedendo la partecipazione ai molti operatori attivi invece nei soli servizi di spazzamento, raccolta e trasporto.

6.2.- Nella seconda parte del motivo, invece, Sangalli critica ciò che la motivazione contiene: censura cioè gli argomenti addotti dal Comune nella relazione istruttoria a sostegno dell'impostazione della gara in un unico lotto. Nel dettaglio, la ricorrente:

- lamenta che il Comune, a pag. 4, abbia dichiaratamente addotto a fondamento della scelta solo “*valutazioni di carattere tecnico-economico*”, omettendo ogni valutazione di carattere giuridico sul piano della concorrenza;
- contesta la rilevanza della sentenza del Consiglio di Stato e della delibera ANAC citate a pag. 4, perché riguarderebbero fattispecie diverse;
- a proposito dell'art. 200, comma 1, d.lgs. 152/2006, valorizzato dal Comune a pag. 5, sostiene che tale disposizione non compia una scelta assoluta a favore del mancato riparto in lotti, ma, al comma 7, assegni alle regioni il potere di “*adottare modelli alternativi*” a quel mancato riparto; anche il comma 5 prevedrebbe come fisiologica la soluzione dell'articolazione in lotti dei due

servizi; evidenzia inoltre che la Regione Lombardia ha optato per non attenersi al paradigma della gestione integrata dei rifiuti;

- a proposito del documento di ARERA n. 514/2023, valorizzato dal Comune alle pagg. 5-6, sostiene che esso sia neutro rispetto alla scelta tra uno o più lotti;

- contesta gli assunti del Comune, di cui alle pagg. 8-11, secondo i quali la gara in unico lotto consentirebbe un risparmio connesso alle economie di scala (punto 1), garantirebbe una gestione uniforme e più agevole, come risulterebbe da un'indagine di *benchmark* effettuata intervistando i responsabili dei servizi di altri 4 Comuni lombardi capoluoghi di provincia (punto 2), permetterebbe un'ottimizzazione delle risorse (punto 3), eviterebbe il rischio che i rifiuti raccolti debbano essere trasportati ad operatori con sedi a distanze ragguardevoli dal territorio comunale, con conseguente aumento sia dei costi di trasporto sia delle esternalità ambientali negative (punto 4), eviterebbe che un aumento dei costi di rifiuto e smaltimento si rifletta sul canone del servizio (punto 5), incentiverebbe la massimizzazione della raccolta differenziata (punto 6);

- ritiene non pertinenti i due precedenti giurisprudenziali del TAR Lombardia citati a pag. 11 (Milano, sez. IV, 2.1.2024, n. 9 e Brescia, sez. I, 29.3.2024, n. 259).

7.- Con il terzo motivo la ricorrente sostiene che, quale corollario dei vizi denunciati con i primi due motivi, la griglia di prequalificazione prevista all'art. 6.3.1 del disciplinare di gara sarebbe illegittima perché distorsiva della concorrenza e contrastante con i doveri di leale collaborazione *ex* art. 4, par. 2, TUE e artt. 106 e 102 TFUE, e perché violerebbe l'art. 100 d.lgs. 36/2023.

Sostiene inoltre l'illogicità e contraddittorietà dell'art. 6.3.1 del disciplinare che fissa, unitamente all'affidamento in lotto unico dei servizi di raccolta e smaltimento/recupero, il necessario possesso in capo all'offerente degli impianti e delle autorizzazioni per l'esecuzione dei servizi di smaltimento della FORSU e della frazione indifferenziata di rifiuto, con divieto di subappalto.

Sostiene ancora l'illegittimità del divieto di subappalto perché contrastante con l'art. 119, comma 2, d.lgs. 36/2023.

Lamenta infine la contraddittorietà della *lex specialis*, perché prevede che solo le prestazioni di smaltimento di rifiuti indifferenziati e FORSU devono essere eseguite direttamente dall'appaltatore, mentre le prestazioni di smaltimento e recupero di tutti gli altri rifiuti possono essere eseguite da terzi individuati liberamente dall'appaltatore.

8.- Con il quarto motivo la ricorrente sostanzialmente ripropone la censura di cui al primo motivo, secondo la quale l'impostazione della gara in unico lotto restringerebbe illegittimamente la concorrenza, e lo fa corroborando le sue tesi con il parere dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato (di seguito "AGCM") del 6.4.2021 AS1760, relativo all'accorpamento di servizi in unico lotto funzionale (in generale, e non con specifico riferimento al servizio di gestione dei rifiuti), e con la "*Indagine conoscitiva sui rifiuti solidi urban?*" condotta dall'AGCM (doc. 9 ricorrente).

9.- Con il quinto motivo la Sangalli sostiene che la limitazione della concorrenza, già rilevabile in generale, sia ancor più grave nel mercato dello smaltimento di rifiuti indifferenziati.

Per tali rifiuti infatti vale il principio di c.d. prossimità, sancito dall'art. 16 della direttiva 2008/98/CE e dall'art. 182 *bis*, comma 1, lett. b, d.lgs. 152/2006, il quale impone che tali rifiuti siano smaltiti "*in uno degli impianti idonei più vicini ai luoghi di produzione o raccolta, al fine di ridurre i movimenti dei rifiuti stessi, tenendo conto del contesto geografico o della necessità di impianti specializzati per determinati tipi di rifiuti*".

Sennonché in Lombardia vi sarebbero in tutto 8 impianti di termovalorizzazione per lo smaltimento di rifiuti indifferenziati, 5 dei quali appartengono ad A2A Ambiente s.p.a. (il cui unico socio è A2A s.p.a.), che a sua volta controlla, essendone unica socia, Aprica s.p.a., società concorrente di Sangalli nel settore della raccolta dei rifiuti, sicché Sangalli avrebbe a disposizione solo 3 impianti. L'impianto più prossimo al Comune di Bergamo

è situato nello stesso territorio comunale ed è uno dei 5 che appartengono ad A2A Ambiente. Sangalli evidenzia che per essa era impossibile partecipare alla gara con A2A Ambiente, poiché quest'ultima avrebbe con tutta probabilità partecipato assieme ad Aprica, che fa parte del suo stesso gruppo (come poi è effettivamente avvenuto), e che è impresa concorrente di Sangalli. Tale restrizione della concorrenza è aggravata dal divieto di subappalto delle attività di smaltimento di questa tipologia di rifiuti.

10.- Con il sesto motivo la ricorrente evidenzia che la natura anticoncorrenziale della *lex specialis* di gara è causa di illegittimità della stessa, come si desume dall'art. 21 *bis* legge 287/1990 sulla legittimazione dell'AGCM a impugnare gli atti di qualsiasi amministrazione pubblica lesivi delle norme a tutela della concorrenza e del mercato.

11.- Con il settimo motivo, aggiunto, la Sangalli evidenzia che, alla sua richiesta di accesso agli atti dell'istruttoria prodromica alla definizione dell'oggetto dell'affidamento, il Comune, con nota del 14.8.2024, ha così risposto: che *“Gli esiti delle riunioni e delle disamine che hanno portato alla redazione della relazione istruttoria erano contenuti in appunti e brogliacci confluiti nella relazione che è stata essa stessa oggetto di varie revisioni. La relazione contiene dunque le indicazioni di tali appunti, non conservati”*; che lo studio dell'Università di Milano Bicocca citato nella relazione istruttoria era menzionato nella delibera di Giunta del Comune di Milano n. 1605 del 2021 (trasMESSO a Sangalli); che l'indagine di *benchmark* citata nella relazione istruttoria *“è avvenuta telefonicamente e i dati raccolti, appuntati nel corso delle interviste, sono confluiti nella relazione istruttoria”*.

Questa risposta paleserebbe la grave carenza dell'istruttoria condotta dal Comune, tanto più stigmatizzabile se si considera il valore dell'appalto, poiché non è stato acquisito alcun documento, a parte la delibera di giunta del Comune di Milano che richiama uno studio dell'Università di Milano Bicocca, dunque non esaminato direttamente dal Comune di Bergamo. Denuncia inoltre che un'istruttoria consistente in appunti e brogliacci non conservati, e in telefonate di cui non è lasciata traccia, è del tutto incontrollabile, e viola

l'art. 9, comma 2, del codice di comportamento dei dipendenti pubblici (D.P.R. 62/2013), il quale prevede che “*La tracciabilità dei processi decisionali adottati dai dipendenti deve essere, in tutti i casi, garantita attraverso un adeguato supporto documentale, che consenta in ogni momento la replicabilità*”, nonché l'art. 9, comma 2, del codice di comportamento dei dipendenti pubblici del Comune di Bergamo, che riproduce quella disposizione (doc. 22 ricorrente), e pure l'art. 1 legge 190/2012.

La ricorrente critica in particolare l'indagine di *benchmark*, in quanto nella relazione istruttoria vengono indicate percentuali e specifiche categorie di inquadramento del “*Personale interno*”, e relativo “*Costo*” per le casse comunali, con riferimento ai quattro Comuni capoluogo consultati: dati sofisticati e riservati che sarebbero stati assunti in via telefonica, annotati in appunti non conservati, e poi trasfusi nella relazione.

Quanto alla delibera di giunta del Comune di Milano che richiama uno studio dell'Università di Milano Bicocca, la ricorrente ne sostiene l'irrilevanza perché essa riguardava la scelta di non suddividere in più lotti territoriali una gara relativa ai soli servizi di spazzamento, raccolta e trasporto di rifiuti, e non concerneva invece l'accorpamento di tali servizi con quelli di recupero e smaltimento, in unico lotto funzionale; inoltre l'analisi economica compiuta per il Comune di Milano non può valere per il Comune di Bergamo, che ha meno di un decimo degli abitanti e una diversa ampiezza territoriale.

La Sangalli rappresenta poi che, con la sua istanza di accesso, aveva anche chiesto al Comune i documenti dell'istruttoria condotta sulla situazione concorrenziale nel mercato dello smaltimento e del recupero dei rifiuti, e che il Comune ha risposto che dall'aggiornamento del PRGR, approvato con d.g.r. 6408/2022, risulta l'autosufficienza del sistema impiantistico lombardo per smaltimento e recupero dei rifiuti urbani. Criticando questa risposta del Comune, Sangalli sostiene che la presenza in Lombardia di un numero di impianti sufficiente ai bisogni nulla dica sulle condizioni del mercato, profilo

per il quale rileva piuttosto la titolarità di quegli impianti, che appartengono quasi tutti al gruppo A2A.

12.- I motivi, che possono essere esaminati congiuntamente per la loro stretta connessione, sono fondati, nei termini e nei limiti di seguito precisati.

13.- La direttiva 2014/24/UE, nel considerando n. 78, prevede che *“per rafforzare la concorrenza, le amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero in particolare essere incoraggiate a suddividere in lotti i grandi appalti. Tale suddivisione potrebbe essere effettuata su base quantitativa, ... o su base qualitativa ...*

L'amministrazione aggiudicatrice dovrebbe avere il dovere di esaminare se sia appropriato suddividere gli appalti in lotti mantenendo la facoltà di decidere autonomamente sulla base di qualsiasi motivo ritenga rilevante, senza essere soggetta a supervisione amministrativa o giudiziaria. Se l'amministrazione aggiudicatrice decide che non è appropriato suddividere l'appalto in lotti, la relazione individuale o i documenti di gara dovrebbero contenere un'indicazione dei principali motivi della scelta dell'amministrazione aggiudicatrice. Tali motivi potrebbero, per esempio, consistere nel fatto che l'amministrazione aggiudicatrice ritiene che 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 che l'esigenza di coordinare i diversi operatori economici per i lotti possa rischiare seriamente di pregiudicare la corretta esecuzione dell'appalto.

Gli Stati membri dovrebbero mantenere la facoltà di andare oltre nei loro sforzi intesi a facilitare la partecipazione delle PMI al mercato degli appalti pubblici estendendo agli appalti di entità minore la portata dell'obbligo di esaminare se sia appropriato suddividere gli appalti in lotti per appalti di entità minore, obbligando le amministrazioni aggiudicatrici a fornire una motivazione della decisione di non suddividere in lotti o rendendo la suddivisione in lotti obbligatoria in determinate condizioni?”.

L'art. 46 della direttiva, rubricato *“Suddivisione degli appalti in lotti?”*, al paragrafo 1, prevede che *“Le amministrazioni aggiudicatrici possono decidere di aggiudicare un appalto sotto forma di lotti separati e possono determinare le dimensioni e l'oggetto di tali lotti.*

Tranne che per gli appalti la cui suddivisione sia stata resa obbligatoria a norma del paragrafo 4 del presente articolo, le amministrazioni aggiudicatrici indicano i motivi principali della loro decisione di non suddividere in lotti; tali motivi sono riportati nei documenti di gara o nella relazione unica di cui all'articolo 84".

14.- Nel diritto interno, viene in rilievo anzitutto l'art. 3 del d.lgs. 36/2023, rubricato "Principio dell'accesso al mercato", il quale prevede 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".

Viene in rilievo anche l'art. 10 sul principio di massima partecipazione, il quale afferma "l'interesse pubblico al più ampio numero di potenziali concorrenti".

Costituisce applicazione di tali principi l'art. 58, rubricato "Suddivisione in lotti", il quale, nei primi tre commi, prevede quanto segue: "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".

Nell'allegato I.1, contenente le "Definizioni dei soggetti, dei contratti, delle procedure e degli strumenti", all'art. 3, sono contenute le seguenti definizioni:

"s) «lotto funzionale», uno specifico oggetto di appalto o concessione da aggiudicare anche con separata e autonoma procedura, ovvero parti di un lavoro o servizio generale la cui progettazione e realizzazione sia tale da assicurarne funzionalità, fruibilità e fattibilità indipendentemente dalla realizzazione delle altre parti;

t) «lotto prestazionale», uno specifico oggetto di appalto o concessione da aggiudicare anche con separata e autonoma procedura, definito su base qualitativa, in conformità alle varie categorie e specializzazioni presenti o in conformità alle diverse fasi successive del progetto;

u) «lotto quantitativo», uno specifico oggetto di appalto o concessione da aggiudicare anche con separata e autonoma procedura, definito su base meramente quantitativa, in conformità alle varie categorie e specializzazioni presenti o in conformità alle diverse fasi successive del progetto adeguato alla capacità economico-finanziaria delle medie e piccole imprese, purché inserito in una programmazione idonea a garantire la realizzazione di opere funzionalmente autonome» (quest'ultima lettera è stata così modificata dall'art. 74, comma 1, lett. c, n. 3, del d.lgs. 209/2024, correttivo del nuovo codice dei contratti pubblici).

15.- Venendo alla giurisprudenza, nel vigore del precedente codice dei contratti pubblici, di cui al d.lgs. 50/2016 – che conteneva, all'art. 51, comma 1, una disposizione di favore alla suddivisione in lotti analoga a quella dell'art. 58 del nuovo codice, e che conteneva pure, all'art. 3, definizioni di lotto funzionale e lotto prestazionale identiche a quelle attuali – essa aveva affermato che:

i) “il regime relativo alla suddivisione in lotti delle pubbliche commesse assolv[e] essenzialmente a una funzione pro-concorrenziale, e in specie di favor participationis per l'accesso alle gare delle Mpmi [micro, piccole e medie imprese], obiettivo, questo, perseguito su più livelli e con strumenti diversificati tanto dal legislatore interno quanto da quello eurounitario” (Cons. Stato, sez. V, 23.11.2023, n. 10057 e 15.2.2023, n. 1607); più in generale, 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 possa migliorare l'efficienza del servizio all'utenza” (Cons. Stato, sez. V, 20.9.2021, n. 6402); “l'apertura alla concorrenza è realizzata rendendo possibile la formulazione di un'offerta che, invece, per una procedura unitaria, non sarebbe neppure proponibile” (Cons. Stato, sez. III, 24.10.2023, n. 9205);

ii) «*la suddivisione in lotti dell'appalto è solo tendenzialmente obbligatoria, potendo essere disattesa previa adeguata motivazione da parte della stazione appaltante. Si tratta, in sostanza, di un "principio generale adattabile alle peculiarità del caso di specie" e "derogabile attraverso una decisione che deve essere adeguatamente motivata" (Cons. St., sez. V, 11 gennaio 2018, n. 123; id. 7 febbraio 2020, n. 973; id. sez. III, 12 febbraio 2020, n. 1076)*» (Cons. Stato, sez. III, 4.3.2024, n. 2113 e 7.5.2020, n. 2881);

iii) il concreto esercizio del potere discrezionale di non suddividere l'appalto in lotti «*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. Stato n. 9205/2023 cit.);

iv) la scelta di non frazionare l'appalto in lotti rientra dunque nella sfera discrezionale della stazione appaltante, ed è sindacabile dal giudice amministrativo solo sotto il profilo della logicità, ragionevolezza, proporzionalità, adeguatezza dell'istruttoria (cfr. Cons. Stato, sez. IV, 4.9.2024, n. 7399; sez. IV, 5992/2023 cit.; sez. V, 3.4.2018, n. 2044);

v) la suddetta scelta deve essere compiuta conducendo previamente un'analisi del mercato rilevante (TAR Milano, sez. I, 24.4.2023, n. 1012); a tale proposito, di recente Cons. Stato, ad. pl., ord. 17/2024, al punto 23 della motivazione, ha affermato che «*La composizione del mercato di riferimento di un contratto pubblico di lavori, servizi e forniture costituisce del resto uno degli elementi che in una prospettiva di buona amministrazione e di efficienza della spesa pubblica dovrebbe sempre orientare le scelte della stazione appaltante nella definizione delle regole di gara*».

Questi principi giurisprudenziali sono palesemente applicabili anche nel vigore del nuovo codice, giacché l'art. 58 sulla divisione in lotti ha un contenuto analogo all'art. 51, comma 1, del codice previgente.

Pertanto l'accorpamento di più servizi in un unico lotto funzionale è ammesso ove imprescindibile, in relazione alla natura e allo scopo dell'appalto, ad evitarne un'esecuzione troppo costosa o eccessivamente complessa o qualitativamente inadeguata, anche per la frammentazione tra più operatori economici affidatari che si avrebbe con la suddivisione in più lotti, sicché tale accorpamento sia conforme al principio del miglior risultato possibile nell'affidare ed eseguire i contratti; si può giustificare in tal caso il sacrificio sia del principio di massima partecipazione, sia di quello dell'accesso al mercato (artt. 10 e 3 d.lgs. 36/2023), purché proporzionato al raggiungimento dello scopo.

La scelta dell'accorpamento deve essere compiuta conducendo un'adeguata istruttoria, comprendente anche l'analisi del mercato rilevante, e deve essere congruamente motivata.

16.- In questo quadro, merita una specifica considerazione il settore del servizio di gestione dei rifiuti urbani.

In tale settore occorre distinguere la gestione integrata in senso orizzontale, o geografico, cioè tra aree territoriali contigue, dalla gestione integrata in senso verticale, o per fasi della filiera, cioè tra la fase della raccolta e quelle, a valle, del recupero e dello smaltimento.

16.1.- La gestione integrata in senso orizzontale è favorita dal legislatore nazionale: infatti l'art. 200 d.lgs. 152/2006 dispone che la gestione dei rifiuti urbani è organizzata sulla base di ambiti territoriali ottimali (ATO), individuati, secondo i criteri, tra gli altri, del *“superamento della frammentazione delle gestioni attraverso un servizio di gestione integrata dei rifiuti”* (lett. a) e del *“conseguimento di adeguate dimensioni gestionali, definite sulla base di parametri fisici, demografici, tecnici e sulla base delle ripartizioni politico-amministrative”* (lett. b). La giurisprudenza amministrativa ha chiarito che il rapporto tra tale disposizione e l'art. 51 d.lgs. 50/2016 sulla divisione dell'appalto in lotti *“va risolto ... in termini di specialità, dovendosi considerare il favore del legislatore per una gestione aggregata dei rifiuti, anche sotto il profilo territoriale, come prevalente in relazione all'affidamento di*

servizi di questo tipo, rispetto alla regola della divisione in lotti” (TAR Milano, sez. I, 16.10.2023, n. 2329), e lo stesso vale evidentemente per il rapporto tra l’art. 200 cit. e l’attuale art. 58 d.lgs. 36/2023.

La *ratio* dell’art. 200 cit. risiede nella maggiore efficienza garantita dall’integrazione territoriale, nel senso che *“l’aggregazione degli affidamenti esistenti a livello locale in capo ad un unico soggetto aggiudicatario incentiva la crescita dimensionale dei gestori. Ciò consente il raggiungimento di economie di scala nella prestazione del servizio”*, come si legge nella *“Indagine conoscitiva sui rifiuti solidi urban?”* dell’AGCM, avviata con atto n. 25057 dell’1.8.2014 e chiusa con atto n. 25823 del 21.1.2016 (pag. 44, punto 185).

16.2.- Per la gestione integrata in senso verticale, invece, non vi sono norme di favore, né nella disciplina nazionale, né in quella regionale lombarda: essa è dunque consentita, ma non privilegiata.

Dal punto di vista concorrenziale, l’AGCM rileva che *“l’estensione verticale del perimetro di operatività del gestore del servizio dalla raccolta alle fasi a valle del ciclo di gestione dei rifiuti, eventualmente sussidiata dalla compensazione economica ricevuta per l’attività economica svolta in privativa, potrebbe falsare la concorrenza tra il soggetto integrato e gli altri operatori attivi in tali fasi?”* (pag. 44, punto 186, della citata indagine). Anzi, proprio l’affidamento della gestione integrata dei rifiuti in senso verticale, cioè l’affidamento congiunto sia delle attività di raccolta sia di quelle di smaltimento e recupero, è stato individuato dall’AGCM come una delle sei criticità concorrenziali nella regolazione della gestione dei rifiuti urbani (pag. 122, punto 414).

L’AGCM ha infatti messo in luce che, *“da un lato, l’integrazione verticale potrebbe rendere il servizio di gestione dei rifiuti urbani maggiormente efficiente attraverso una riduzione dei costi di transazione lungo la filiera, che potrebbe poi riverberarsi positivamente sull’ammontare del tributo sui rifiuti applicabile ai cittadini. Dall’altro lato, l’estensione dell’operatività dei soggetti affidatari del servizio alle fasi a valle della filiera potrebbe favorire il gestore integrato rispetto agli altri soggetti privati non integrati che non godono del medesimo accesso alle risorse economiche pubbliche per finanziare le proprie attività in tali*

mercati, i quali potrebbero almeno in parte funzionare in regime di concorrenza” (pag. 145, punto 498).

Più nel dettaglio, l'AGCM da un lato ha riconosciuto che l'integrazione verticale potrebbe generare economie di integrazione tra le attività di raccolta e quelle di trattamento a valle, e potrebbe rispondere all'intento di *“rimediare ad alcune distorsioni che caratterizzano taluni mercati a valle della raccolta e, in particolare, quelli del trattamento sia della frazione differenziata sia di quella indifferenziata”*, quali, per la FORSU, prezzi di conferimento eccessivi praticati nel libero mercato dai gestori degli impianti di trattamento in conseguenza del potere di mercato da questi posseduto, e, per i rifiuti indifferenziati (anche a causa del principio di prossimità di cui si dirà *infra*), problemi di coordinamento e costi di transazione elevati nei rapporti tra l'affidatario del servizio di raccolta dei rifiuti e il gestore dell'impianto di termovalorizzazione (pag. 145, punto 499).

Dall'altro lato, però, l'AGCM ha rimarcato che devono essere valutati anche gli effetti negativi del modello di gestione integrata dal punto di vista verticale (pag. 147, punto 504):

i) in primo luogo, quel modello potrebbe *“incidere negativamente sul costo del servizio posto a carico dei cittadini”*, ad esempio per i rifiuti indifferenziati, che, con una gestione non integrata, verrebbero venduti sul libero mercato a un'impresa di riciclo a prezzo di mercato, mentre con una gestione integrata verrebbero venduti a un'impresa di riciclo del medesimo gruppo a un prezzo infragruppo inferiore a quello di mercato, conseguendo così un minore ricavo (pag. 147, punto 504);

ii) in secondo luogo, l'integrazione verticale produce distorsioni sul mercato a valle del trattamento, favorendo gli operatori attivi anche nel settore della raccolta a scapito di quelli che non lo sono, perché, per i primi, *“la compensazione economica ricevuta per l'attività di raccolta svolta in privativa agevola la realizzazione degli impianti da parte del gestore integrato”* e *“l'inclusione delle attività di selezione, trattamento, recupero e/o smaltimento in discarica nella privativa comporta un*

accesso privilegiato ai rifiuti con i quali alimentare i propri impianti?” (pag. 147, punti 505-506);

iii) in terzo luogo, l'integrazione verticale *“potrebbe affievolire l'incentivo dell'affidatario del servizio ad operare affinché si raggiungano alte percentuali di raccolta differenziata e, di conseguenza, di riciclo”,* poiché *“alte percentuali di raccolta differenziata significano meno rifiuti indifferenziati da avviare a trattamento ... con il rischio che i propri impianti operino in un regime di capacità subottimale”,* mentre *“si ritiene che una gestione separata delle due macro-fasi della filiera ponga in capo all'impresa che gestisce il servizio maggiori incentivi ad ottenere quantitativi di raccolta differenziata superiori”* (pagg. 147-148, punto 507).

L'AGCM ritiene inoltre che tali restrizioni della concorrenza, provocate dalla scelta di una gestione verticalmente integrata, *“non appaiono neanche proporzionate rispetto alle possibili efficienze”* attribuite a tale modello di gestione, poiché tali efficienze possono essere raggiunte anche facendo ricorso a soluzioni alternative che non vanno a discapito della concorrenza (alcune di tali possibili soluzioni sono suggerite dall'AGCM a pag. 148, punti da 508 a 511).

Inoltre *“la superiorità dell'affidamento separato delle fasi della filiera emerge anche se si guarda al tema dal punto di vista dell'efficienza del servizio”,* come emerge dalla letteratura economica (pagg. 148-149, punto 512).

L'AGCM ha pertanto raggiunto le seguenti conclusioni:

“513. In definitiva, l'Autorità ritiene che i pur apprezzabili intenti degli Enti Locali non giustifichino la restrizione della concorrenza che seguirebbe alla strutturazione di una filiera integrata nell'ambito della gestione dei rifiuti urbani. Ciò, in particolare, perché tale restrizione non appare indispensabile né proporzionata agli obiettivi perseguiti, che, come si è visto, sono raggiungibili per vie alternative meno restrittive.

514. L'Autorità auspica, quindi, che il ricorso alla gestione integrata da parte degli Enti Locali avvenga solo laddove essa sia indispensabile per porre rimedio ad un fallimento del mercato, ovvero laddove il mercato da solo non sia in grado di fornire la capacità di trattamento, smaltimento in discarica e recupero energetico della frazione indifferenziata

necessaria a soddisfare la domanda e il mancato intervento regolatorio conduca ad un deficit impiantistico tale da mettere in discussione l'autosufficienza dell'area territoriale interessata.

515. Per ciò che riguarda la frazione differenziata, invece, anche laddove l'Ente responsabile del servizio opti per l'affidamento della gestione integrata, si ritiene necessario porre in capo al gestore del servizio integrato un obbligo di cessione del materiale raccolto tramite procedure ad evidenza pubblica, alle quali parteciperebbe anche la società con la quale il gestore integrato opera a valle”.

17.- Vanno poi ulteriormente considerate le specificità della situazione lombarda per quanto riguarda il mercato della raccolta dei rifiuti e quello dello smaltimento e del recupero dei rifiuti indifferenziati.

17.1.- Nel settore della raccolta dei rifiuti, vi è nella regione un numero elevato di operatori economici (nella citata indagine, conclusa nel 2016, l'AGCM ne ha rilevati 110, i primi 10 dei quali coprivano più della metà della popolazione regionale: pag. 58) e “*Il principale operatore A2A è integrato anche nelle fasi a valle della raccolta*” (pag. 49).

17.2.- Nel settore dello smaltimento e del recupero dei rifiuti indifferenziati, che avviene mediante termovalorizzazione, in Lombardia vi sono 13 impianti, di cui però solo 12 attivi, perché uno è stato dismesso nel 2021: ciò risulta dall'aggiornamento al PRGR (prodotto in estratto da Sangalli quale doc. 28), a pag. 122. Sangalli, a pag. 3 delle “precisazioni” depositate a ridosso dell'udienza camerale sulla domanda cautelare, ha precisato che in realtà uno di questi impianti, quello di Neutalia s.p.a. situato a Busto Arsizio (VA), da anni non sarebbe disponibile per assumere commesse; l'assunto però è rimasto indimostrato, ma comunque non ha rilevanza dirimente ai fini della controversia.

Di questi 12 impianti, ben 7 appartengono ad A2A Ambiente, e un ottavo è da essa controllato: i 7 sono gli impianti di Brescia, Milano, Bergamo e Corteolona-Genzone, l'impianto di Cremona già appartenente a Linea Ambiente, che, dal sito internet della Regione Lombardia, risulta essere stato trasferito nel 2022 ad A2A Ambiente mediante scissione societaria, più gli

impianti di Parona (Pavia), già appartenente a Lomellina Energia, e di Trezzo Sull'Adda (Milano), già appartenente a Prima s.r.l., le cui autorizzazioni integrate ambientali risultano essere state volturate nel 2024 (prima della determinazione a contrarre qui impugnata) a favore rispettivamente di A2A Ambiente e di A2A Trezzo Ambiente s.r.l., come pure risulta dal sito internet della Regione Lombardia; l'ottavo impianto è quello di Como, appartenente ad ACSM-AGAM Ambiente, ora denominata Acinque s.p.a. (doc. 29 Sangalli), società controllata da A2A (che ne detiene il 41,34% del capitale sociale e che è legata con altri soci da patto parasociale riguardante complessivamente il 90% del capitale: doc. 30 Sangalli). Lo stesso Comune di Bergamo, a pag. 4 della memoria depositata il 5.10.2024, ha ammesso che *“n. 4 dei n. 12 impianti presenti in Lombardia non fanno capo ad A2A e non sono in alcun modo ad essa riconducibili?”*.

Da questi dati emerge con evidenza l'esistenza di una posizione dominante del gruppo A2A nel mercato del trattamento dei rifiuti indifferenziati, già rilevata dall'AGCM nel 2016 (v. l'indagine conoscitiva a pag. 115, punto 387, e a pag. 117, nella tabella), e rafforzata con l'acquisizione successiva, in proprietà o in controllo, degli altri quattro impianti sopra ricordati.

Per inciso, i rilievi dell'AGCM sulla diversa situazione concorrenziale nei due mercati lombardi della raccolta e dei rifiuti e del recupero/smaltimento della frazione indifferenziata smentiscono l'assunto difensivo del Comune secondo cui il mercato dei rifiuti sarebbe unico.

17.3.- Va inoltre considerato che, per i rifiuti indifferenziati, vale il principio di c.d. prossimità, sancito dall'art. 16 della direttiva 2008/98/CE e dall'art. 182 bis, comma 1, lett. b, d.lgs. 152/2006, il quale impone che tali rifiuti siano smaltiti *“in uno degli impianti idonei più vicini ai luoghi di produzione o raccolta, al fine di ridurre i movimenti dei rifiuti stessi, tenendo conto del contesto geografico o della necessità di impianti specializzati per determinati tipi di rifiuti?”*. Siccome gli impianti di smaltimento di questa tipologia di rifiuti sono pochi, e il principio di prossimità riduce il numero di quelli accessibili, ne possono derivare *“forme di*

potere di mercato in capo ai soggetti gestori di tali impianti?”: per evitare questo, alcune regioni hanno introdotto forme di regolazione consistenti nell'imposizione sia di tariffe per il conferimento dei rifiuti in questione a tali impianti, sia di vincoli alla circolazione di quei rifiuti all'interno della regione; questo però non è avvenuto in Lombardia, dove i rifiuti indifferenziati possono circolare liberamente all'interno della regione e le tariffe del loro smaltimento sono lasciate al libero mercato (v. l'indagine conoscitiva AGCM, pagg. 65-66, punti 235, 237 e 240).

18.- Chiarito quanto sopra, e venendo alla gara in esame, il Comune di Bergamo poteva senz'altro, nell'ambito della propria discrezionalità, optare per una gestione dei rifiuti integrata in senso verticale, affidando congiuntamente il servizio a monte di spazzamento, raccolta e trasporto, e il servizio a valle di recupero e smaltimento, anziché prevedere due distinti lotti funzionali, uno per ciascuna tipologia di servizio.

Tuttavia questa scelta di prevedere un unico lotto funzionale, anziché due distinti, doveva essere frutto di un'adeguata istruttoria, doveva essere supportata da un'idonea motivazione, e doveva essere proporzionata agli scopi perseguiti, com'è necessario – lo si è chiarito sopra – in ogni caso in cui una stazione appaltante opti per un unico lotto anziché per lotti frazionati.

Questo onere istruttorio e motivazionale, e il vincolo derivante dal rispetto dal principio di proporzionalità, sono ancora più stringenti quando la scelta di articolare la gara in un unico lotto ha ad oggetto il servizio di gestione dei rifiuti, e l'unico lotto accorpa in sé il servizio a monte di spazzamento, raccolta e trasporto, e il servizio a valle di recupero e smaltimento, in un'ottica di gestione integrata verticale, poiché una tale scelta può determinare significativi effetti distorsivi della concorrenza, con possibili ricadute negative in termini di efficienza e di costi, a danno della collettività.

Occorreva pertanto che il Comune di Bergamo verificasse quali vantaggi fosse in grado di arrecare la scelta di prevedere un unico lotto funzionale, che non si sarebbero potuti conseguire separando i due lotti; se tale scelta determinasse

effetti distorsivi della concorrenza, e quali; se tali effetti negativi fossero inevitabili, e dunque proporzionati allo scopo di raggiungere i benefici prefigurati, oppure potessero essere evitati adottando soluzioni alternative, quali quelle suggerite dall'AGCM nella citata indagine conoscitiva, o altre diverse.

Occorreva inoltre che il Comune di Bergamo considerasse specificamente le peculiarità della situazione lombarda per quanto concerne il mercato del trattamento dei rifiuti indifferenziati, nel quale il gruppo A2A gode di una posizione dominante.

19.- Invece il Comune di Bergamo ha condotto un'istruttoria e offerto una motivazione assolutamente inadeguate.

19.1.- L'istruttoria infatti è stata condotta senza acquisire alcun documento, né sugli aspetti sopra indicati, né su altro, come giustamente censurato dalla ricorrente.

L'unico documento acquisito è stato una delibera della giunta comunale di Milano che ha approvato le linee d'indirizzo per l'affidamento dei servizi di raccolta e avvio al trattamento dei rifiuti urbani (prestazione principale) e dei servizi di pulizia della città (prestazione secondaria), e che, per giustificare la scelta di una gestione integrata dal punto di vista orizzontale, cioè territoriale, riporta uno studio dell'Università di Milano Bicocca. Questa delibera tutt'al più potrebbe rilevare per giustificare la scelta di un affidamento riguardante l'intero territorio del Comune di Bergamo, scelta che non è in contestazione e che appare giustificata alla luce dell'art. 200 d.lgs. 152/2006 sopra ricordato, ma che non ha alcun rilievo ai fini della scelta di una gestione integrata dal punto di vista verticale.

La carenza istruttoria è tanto più rimarchevole se si considerano la delicatezza del servizio, che impatta sulla vita di tutti i cittadini di Bergamo, e l'importo dell'affidamento, pari a oltre 170 milioni di euro.

19.2.- Questa grave carenza istruttoria si riverbera in una corrispondente carenza motivazionale, poiché nessuno degli aspetti rilevanti, concernenti il

profilo concorrenziale, che avrebbero dovuto essere considerati per giustificare la scelta di una gestione integrata verticale, e che sono stati sopra ricordati, è stato approfondito in sede istruttoria, con la conseguenza che nessuno di essi è stato considerato neppure nella motivazione. Fondatamente, dunque, la ricorrente lamenta un difetto di istruttoria e di motivazione sugli impatti concorrenziali della scelta.

19.3.- Venendo poi agli elementi che sono stati concretamente adottati, nella relazione istruttoria comunale, per motivare la scelta dell'affidamento in un unico lotto funzionale, essi non sono idonei a giustificare ragionevolmente una tale scelta.

19.3.1.- In primo luogo, il richiamo, a pag. 5, all'art. 200 d.lgs. 152/2006, e alla sua prevalenza per specialità rispetto all'art. 58 d.lgs. 36/2023 sulla divisione dell'appalto in lotti, rileva solo per giustificare una gestione dei rifiuti integrata sotto il profilo territoriale, ma non anche sotto il profilo funzionale, del quale l'art. 200 non si occupa, come si è chiarito sopra.

19.3.2.- In secondo luogo, il richiamo, alle pagg. 5-6, a un passo del documento n. 514/2023 di ARERA recante "*orientamenti per la definizione di uno schema tipo di bando di gara per l'affidamento del servizio di gestione integrata dei rifiuti urban?*", è del tutto anodino rispetto alla asserita preferibilità di una gestione integrata verticale dei rifiuti, della quale quel passo non sembra trattare affatto.

19.3.3.- Alle pagg. 8-11, poi, la relazione istruttoria indica sei ragioni per le quali la scelta di un unico lotto funzionale sarebbe preferibile, e che verranno di seguito esaminate.

a) L'assunto secondo cui il lotto unico funzionale consentirebbe un risparmio connesso alle economie di scala, è smentito dall'indagine conoscitiva dell'AGCM sopra citata, la quale ha evidenziato che le economie di scala si conseguono con l'integrazione orizzontale/territoriale, mentre l'integrazione verticale/funzionale può falsare la concorrenza, con conseguenti effetti negativi in termini di costi (pag. 44, punti 185-186).

b) La maggiore complessità per la stazione appaltante di gestire, in sede di affidamento, due gare e poi, in sede di esecuzione, due affidatari, è un problema che si pone in qualunque caso di suddivisione in più lotti, e dunque non può costituire un elemento rilevante a favore della decisione di creare un lotto unico.

L'incomodo per la stazione appaltante di dovere dirimere eventuali controversie tra gestori della raccolta e gestori del trattamento, da un lato non è sufficiente a giustificare un sacrificio rilevante quale la compromissione della concorrenza che deriva dal ricorso a un unico lotto funzionale, dall'altro può essere evitato, o quantomeno attenuato, *“tramite la previsione di un referente unico con funzioni di coordinamento nell'ambito delle figure professionali richieste in gara”*, come evidenziato da TAR Milano, sez. IV, 2.1.2024, n. 9, cit.: il che rileva anche sotto il profilo del rispetto del principio di proporzionalità.

L'indagine di *benchmark* è stata dichiaratamente effettuata mediante interviste telefoniche ai responsabili del servizio rifiuti di altri quattro Comuni lombardi capoluoghi di provincia, e non è supportata da alcun documento istruttorio, sicché risulta incontrollabile sia dai privati interessati, sia dal giudice amministrativo mediante il sindacato sull'esercizio del potere discrezionale, e pertanto è inattendibile.

c) L'affermazione secondo la quale la pianificazione logistica del servizio integrato garantirebbe un'ottimizzazione delle risorse appare generica e apodittica. Le considerazioni sulla duplicazione di sedi logistiche/mezzi e sul maggior numero di fornitori, che si avrebbero con due affidatari diversi, valgono in qualsiasi caso di appalto diviso in più lotti, sicché, se fossero vere, implicherebbero che, per qualunque appalto, la scelta di un unico lotto sia sempre preferibile rispetto alla suddivisione in lotti, implicazione che non è accettabile e che denota l'erroneità dell'assunto di partenza.

d) La considerazione sul rischio che, in caso di due lotti, i rifiuti raccolti debbano essere trasportati ad operatori con sedi a distanze ragguardevoli dal territorio comunale, con conseguente aumento sia dei costi di trasporto sia

delle esternalità ambientali negative, è parziale, perché non considera se quel rischio sia bilanciato da incrementi di efficienza derivanti dal fatto che, affidando il servizio di raccolta con lotto separato, tale affidamento avverrebbe in un regime concorrenziale, consentendo una migliore allocazione delle risorse.

e) Le considerazioni sulla formula di determinazione del canone sono alquanto oscure: non consentono infatti di comprendere per quale ragione, in caso di unico lotto funzionale, un eventuale aumento dei costi di recupero e smaltimento non potrebbe riverberarsi sul costo dell'appalto, considerato che il meccanismo della revisione dei prezzi opererebbe comunque, al ricorrere dei relativi presupposti, sia in caso di lotto unico che in caso di lotti distinti.

f) La tesi secondo la quale la gestione integrata verticale incentiverebbe la massimizzazione della raccolta differenziata è contraddetta dall'indagine conoscitiva dell'AGCM, nella quale viene evidenziato, al contrario, che *“l'inclusione nell'ambito della privativa delle attività di trattamento, smaltimento in discarica e/o recupero energetico della frazione indifferenziata potrebbe affievolire l'incentivo dell'affidatario del servizio ad operare affinché si raggiungano alte percentuali di raccolta differenziata e, di conseguenza, di riciclo. Infatti, alte percentuali di raccolta differenziata significano meno rifiuti indifferenziati da avviare a trattamento, smaltimento in discarica e/o recupero energetico, con il rischio che i propri impianti operino in un regime di capacità subottimale. Per contro, si ritiene che una gestione separata delle due macro-fasi della filiera ponga in capo all'impresa che gestisce il servizio maggiori incentivi ad ottenere quantitativi di raccolta differenziata superiori?”* (pag. 147 s., punto 507).

20.- Va ora esaminata l'altra previsione della *lex specialis* di gara contestata dalla ricorrente, vale a dire l'imposizione, quale requisito di partecipazione alla gara inerente alle capacità tecniche e professionali (*ex art. 100, comma 1, lett. c, d.lgs. 36/2023*), della piena disponibilità di un impianto di smaltimento dei rifiuti indifferenziati e di quelli FORSU mediante possesso di idoneo titolo abilitativo ambientale, con divieto di subappalto (art. 6.3.1, lett. b-c, del disciplinare).

20.1.- Preliminarmente è opportuno un chiarimento in relazione all'assunto, sostenuto dal Comune nella memoria depositata il 20.9.2024, a pag. 5, secondo cui, per soddisfare il predetto requisito, sarebbe stato sufficiente *“l'impegno, da parte del proprietario di un impianto di smaltimento, di farsi carico dell'onere di accogliere e trattare detti rifiuti per l'intera durata dell'appalto”*.

Tale affermazione del Comune contrasta con i chiarimenti che lo stesso ente aveva reso nel corso della gara: durante la procedura, infatti, la Sangalli aveva chiesto se, ai fini del possesso del requisito, potesse limitarsi a dimostrare di avere acquisito da operatori terzi la disponibilità ad accogliere i rifiuti indifferenziati e FORSU in un impianto di smaltimento, per le quantità necessarie ad eseguire l'appalto, ma il Comune aveva risposto negativamente, affermando che lo smaltimento di quei rifiuti doveva essere eseguito in proprio dall'affidatario.

In ogni caso, quell'affermazione del Comune non è sostenibile, poiché se a un operatore economico viene richiesta, quale requisito di capacità tecnica, la disponibilità di un impianto di smaltimento o recupero di rifiuti indifferenziati, quell'operatore deve avere quella disponibilità o direttamente, oppure tramite un altro operatore economico che partecipi con lui alla gara in raggruppamento temporaneo o che gli metta a disposizione quell'impianto mediante l'istituto dell'avvalimento; non può considerarsi idonea a soddisfare il requisito, invece, una mera dichiarazione di impegno di un soggetto terzo estraneo alla gara, titolare di un impianto di smaltimento, a trattare i rifiuti conferitigli per l'intera durata dell'appalto, anche perché una tale modalità di esecuzione del servizio di smaltimento dei rifiuti indifferenziati integrerebbe la violazione dell'art. 119, comma 1, d.lgs. 36/2023, secondo il quale *“I soggetti affidatari dei contratti eseguono in proprio le opere o i lavori, i servizi e le forniture compresi nel contratto”*.

20.2.- Chiarito quanto sopra, la previsione del requisito della disponibilità di un impianto di smaltimento dei rifiuti indifferenziati e di quelli FORSU è

strettamente dipendente dalla scelta del Comune di Bergamo di impostare la gara in un unico lotto, scelta che, come si è detto, è illegittima.

20.3.- Quanto al divieto di subappalto delle prestazioni di smaltimento dei rifiuti indifferenziati e di quelli FORSU, esso è illegittimo per violazione dell'art. 119, comma 2, d.lgs. 36/2023.

Tale disposizione infatti consente alle stazioni appaltanti, *“previa adeguata motivazione nella decisione di contrarre”*, di escludere il subappalto per alcune prestazioni, *“in ragione delle specifiche caratteristiche dell'appalto, ivi comprese quelle di cui all'articolo 104, comma 11, in ragione dell'esigenza di rafforzare, tenuto conto della natura o della complessità delle prestazioni o delle lavorazioni da effettuare, il controllo delle attività di cantiere e più in generale dei luoghi di lavoro o di garantire una più intensa tutela delle condizioni di lavoro e della salute e sicurezza dei lavoratori ovvero di prevenire il rischio di infiltrazioni criminali”*.

Ma una motivazione siffatta non si rinviene nella determinazione a contrarre del Comune di Bergamo, e nemmeno nella relazione istruttoria da essa richiamata.

In tale relazione, la scelta di vietare il subappalto per le due prestazioni in questione viene motivata, invece, prospettando ragioni di coerenza con *“la parte conformativa”* della sentenza di questa Sezione del 29.3.2024, n. 259, ma in realtà il divieto di subappalto non è affatto imposto, né permesso, da quella sentenza, la quale ha una diversa portata conformativa. Essa infatti si è occupata di una gara che aveva ad oggetto il solo servizio di raccolta dei rifiuti, nella quale il capitolato prevedeva che i rifiuti, una volta raccolti, dovessero essere portati dall'appaltatore presso impianti di recupero e smaltimento individuati dallo stesso appaltatore e comunicati ai comuni. La gara era stata impugnata da un'impresa attiva nel settore del recupero dei rifiuti FORSU, la quale lamentava che, con quella previsione del capitolato, il servizio di recupero di tale tipologia di rifiuti sarebbe stato svolto da un soggetto non selezionato mediante una procedura ad evidenza pubblica, ma scelto discrezionalmente dall'appaltatore incaricato della raccolta dei rifiuti.

Questa Sezione aveva accolto il ricorso, prescrivendo che anche il servizio di recupero dei rifiuti FORSU fosse messo a gara (o in lotto distinto, o in unico lotto assieme al servizio di raccolta, motivando in tal caso la scelta nel rispetto dell'art. 58 d.lgs. 36/2023), ma non aveva affatto vietato, né consentito di vietare, il subappalto.

21.- In conclusione, il ricorso principale e il ricorso per motivi aggiunti devono essere accolti, nei termini e nei limiti sopra precisati, e conseguentemente devono essere annullati la determinazione a contrarre e gli atti costituenti la *lex specialis* di gara.

22.- Le spese possono essere compensate tra tutte le parti per la novità delle questioni trattate.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia sezione staccata di Brescia (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso principale e sul ricorso per motivi aggiunti:

- dichiara inammissibile l'intervento di Servizi Comunali s.p.a.;
- accoglie i due ricorsi, e per l'effetto annulla gli atti impugnati.

Spese compensate.

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

Così deciso in Brescia nella camera di consiglio del giorno 29 gennaio 2025 con l'intervento dei magistrati:

Angelo Gabbricci, Presidente

Alessandro Fede, Referendario, Estensore

Francesca Siccardi, Referendario

L'ESTENSORE
Alessandro Fede

IL PRESIDENTE
Angelo Gabbricci

IL SEGRETARIO