

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1106 del 2020, integrato da motivi aggiunti, proposto da Impresa Sangalli Giancarlo & C. S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Roberto Invernizzi, con domicilio digitale eletto presso la sua casella PEC come da Registri di Giustizia e domicilio fisico eletto presso il suo studio in Milano, via Vincenzo Monti, n. 41;

contro

Comune di San Giuliano Milanese, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Carlo Andena e Fabio Romanenghi, con domicilio digitale eletto presso la loro casella PEC come da Registri di Giustizia e domicilio fisico eletto presso lo studio del secondo in Milano, corso di Porta Vittoria, n. 28;

sul ricorso numero di registro generale 1589 del 2020, proposto da Impresa Sangalli Giancarlo & C. S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Roberto Invernizzi, con domicilio digitale eletto presso la sua casella PEC come da Registri di Giustizia e domicilio fisico eletto presso il suo studio in Milano, via Vincenzo Monti, n. 41;

contro

Comune di San Giuliano Milanese, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Carlo Andena e Fabio Romanenghi, con domicilio digitale eletto presso la loro casella PEC come da Registri di Giustizia e domicilio fisico eletto presso lo studio del secondo in Milano, corso di Porta Vittoria, n. 28;

nei confronti

AMSA S.p.a. e Egea Ambiente S.r.l., in persona dei rispettivi legali rappresentanti *pro tempore*, rappresentati e difesi dagli avvocati Fabio Todarello e Claudia Sarrocco, con domicilio digitale eletto presso la loro casella PEC come da Registri di Giustizia e domicilio fisico eletto presso lo studio del primo in Milano, piazza Velasca, n. 4;

per l'annullamento

quanto al ricorso n. 1106 del 2020:

- del bando della “Procedura telematica aperta per il Servizio di raccolta, trasporto e trattamento/smaltimento dei RU classificato come “Verde” ai sensi dei criteri del D.M. del 13 febbraio 2014” nel quinquennio 2020-2025 oltre a proroghe;
- del disciplinare di gara, completo di tutta la documentazione indicata sub 2.1 a p. 3 del capitolato speciale di appalto e di tutti gli allegati allo stesso;
- della determinazione a contrarre 27 maggio 2020 n. 375, della relazione 24 aprile 2020 del Dirigente del settore tecnico “Gestione territorio, ambiente e attività produttive”, del disciplinare tecnico prestazionale all. 3 al Capitolato, dello schema di contratto all. 6 al Capitolato;
- del piano industriale dei servizi di igiene urbana all. 7 al Capitolato, della deliberazione della Giunta comunale 19 marzo 2019 n. 85 e relativo allegato, della deliberazione della Giunta comunale 25 luglio 2019, n. 210 e relativo allegato;
- in quanto occorra della determinazione 12 maggio 2020 n. 327 nelle parti *de quibus*;
- nonché di ogni ulteriore provvedimento o atto comunque denominato afferente ex art. 23 D.lgs. 50/2016 alla fissazione della base d'appalto e alle condizioni tecnico-economiche di gestione dei servizi appaltandi, oltre a tutti i provvedimenti presupposti, consequenziali o comunque connessi;

quanto al ricorso n. 1589 del 2020:

a) quanto al ricorso introduttivo:

- della determinazione dirigenziale 27.8.2020 n. 595 che aggiudica la gara de qua al r.t.i. AMSA, oltre alla nota di sua trasmissione a SANGALLI, 27.8.2020 senza protocollo;
- della nota comunale senza protocollo 17.9.2020;
- di tutti i verbali di gara;
- del bando della “Procedura telematica aperta per il Servizio di raccolta, trasporto e trattamento/smaltimento dei RU classificato come “Verde” ai sensi dei criteri del D.M. del 13/02/2014” nel quinquennio 2020-2025, del disciplinare di gara, con tutta la documentazione indicatane sub 2.1 a p. 3, del capitolato speciale di appalto, del disciplinare tecnico prestazionale al capitolato e di tutti gli allegati allo stesso;
- della relazione comunale 24.4.2020 del Dirigente del settore tecnico “Gestione territorio, ambiente e attività produttive, della determinazione a contrarre 27.5.2020 n. 375 recante “Determina a contrarre – approvazione degli atti di gara”;
- dello schema di contratto;
- del piano industriale dei servizi di igiene urbana all. 7 al Capitolato;
- della deliberazione della Giunta comunale 19.3.2019 n. 85 e suo allegato;
- della deliberazione della Giunta comunale 25.7.2019, n. 210 e suo allegato;

in quanto occorra della determinazione 12.5.2020 n. 327 nelle parti *de quibus*;

nonché di ogni altro provvedimento o atto comunque denominato afferente ex art. 23 D.lgs. 50/2016 alla fissazione della base d'asta e delle condizioni tecnico-economiche di gestione del servizio, oltre a tutti i provvedimenti presupposti, consequenziali o comunque connessi, inclusa la nota c.d. “indagine aggiornata al 07.04.2020” del Comune, celata alla ricorrente e prodotta solamente il 13.7.2020,

nonché per la caducazione, *ex tunc* o in subordine *ex nunc*, del contratto frattanto stipulato;

b) quanto al ricorso per motivi aggiunti (senza impugnazione di ulteriori provvedimenti):

per l'accertamento e la dichiarazione

ex artt. 116 c.p.a., 22 e ss. L. 241/1990, 53 D.lgs. 50/2016 e D.lgs. 33/2013, del diritto di SANGALLI a ottenere l'accesso integrale all'offerta tecnica avversa;

e per la conseguente condanna

del Comune al rilascio dei documenti richiestigli,

occorrendo previo annullamento

nelle parti *de quibus* delle note comunali di diniego di accesso richiesto, ovvero di rilascio parziale dei documenti chiesti con istanza d'accesso.

Visti i ricorsi, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di San Giuliano Milanese e delle controinteressate AMSA S.p.a. e Egea Ambiente S.r.l.;

Visti gli atti della causa;

Visto l'art. 25 del D.L. 28 ottobre 2020 n. 137, come convertito nella L. 18 dicembre 2020 n. 176;

Visto l'art. 28 del D.L. 30 aprile 2020, come convertito nella L. 25 giugno 2020 n. 70;

Relatore la dott.ssa Valentina Mameli nella camera di consiglio del 10 marzo 2021 tenutasi mediante collegamenti da remoto, come consentito dall'art. 25 comma 2 del D.L. 137/2020 e sentiti i difensori delle parti ai sensi dell'art. 4 comma 1 del D.L. 28/2020 come specificato nel relativo verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. La ricorrente, gestore all'epoca dei fatti del servizio di raccolta, trasporto e trattamento/smaltimento dei rifiuti urbani per il Comune di San Giuliano Milanese, con il ricorso RG 1106/2020 ha impugnato gli atti di indizione della nuova gara, meglio indicati in epigrafe, assunti dal Comune per l'affidamento del servizio per il periodo 2020/2025, da assegnare secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

1.1. La ricorrente non ha preso parte alla predetta procedura di gara, in ragione dell'asserita non sostenibilità economica della base d'asta.

1.2. La società ha chiesto l'annullamento degli atti impugnati, previa tutela cautelare.

1.3. Si è costituito in giudizio il Comune di San Giuliano Milanese che, oltre a contestare la fondatezza nel merito del ricorso, ne ha eccepito l'inammissibilità.

1.4. Con ordinanza n. 939 del 16 luglio 2020 questo Tribunale ha disposto la fissazione dell'udienza di merito ai sensi dell'art. 55 comma 10 c.p.a.

1.5. Con separata ordinanza n. 1642 del 4 settembre 2020 il Tribunale ha disposto verifica, all'uopo incaricando il Direttore della Direzione Ciclo dei Rifiuti urbani e assimilati dell'Autorità di Regolazione per Energia Reti e Ambiente - ARERA, o suo delegato, al fine di accertare la correttezza della base d'asta determinata dalla stazione appaltante e indicata negli atti di gara nonché la reale possibilità di presentare una offerta di qualità competitiva e remunerativa.

1.6. Con ricorso per motivi aggiunti non impugnatorio, depositato in data 15 settembre 2020, la ricorrente ha meglio articolato le censure già dedotte.

1.7. In data 22 gennaio 2021 il verificatore ha depositato la relazione.

1.8. In vista della trattazione nel merito, fissata all'udienza del 10 marzo 2021, le parti hanno depositato ampi scritti difensivi insistendo nelle rispettive conclusioni.

1.9. Nel frattempo la procedura di gara ha proseguito il suo *iter*. Il servizio è stato quindi aggiudicato ad AMSA s.p.a.

1.10. La ricorrente ha impugnato con ricorso RG 1589/2020 l'aggiudicazione e gli altri atti della procedura indicati in epigrafe, chiedendone l'annullamento previa tutela cautelare.

1.11. Si sono costituiti in giudizio sia il Comune sia la controinteressata, resistendo al ricorso di cui hanno contestato la fondatezza oltre che eccepito l'inammissibilità.

1.12. Con ricorso per motivi aggiunti non impugnatorio, depositato in data 19 ottobre 2020, la ricorrente ha dedotto censure contro la valutazione dell'offerta tecnica e ha formulata istanza ai sensi dell'art. 116 comma 2 c.p.a., in relazione alla richiesta di accesso agli atti rivolta alla stazione appaltante.

1.13. Con ordinanza n. 1499 del 3 dicembre 2020 il Tribunale ha respinto la domanda cautelare e con successiva ordinanza n. 274 del 29 gennaio 2021 ha rigettato anche l'istanza *ex art.* 116 c.p.a.

1.14. In vista della trattazione nel merito, ugualmente fissata all'udienza del 10 marzo 2021, le parti hanno depositato corposi atti difensivi, insistendo per l'accoglimento delle conclusioni già rassegnate.

1.15. Indi entrambi i ricorsi sono stati trattenuti in decisione alla camera di consiglio del 10 marzo 2021 tenutasi mediante collegamenti da remoto, come consentito dall'art. 25 comma 2 del D.L. 137/2020.

DIRITTO

2. In via preliminare va disposta, ai sensi dell'art. 70 c.p.a., la riunione dei ricorsi in epigrafe, stante la connessione oggettiva e la parziale connessione soggettiva. Si controverte infatti, quanto al profilo oggettivo, della medesima gara, di cui sono stati impugnati, con il ricorso RG 1106/2020, gli atti di indizione e la *lex specialis* e con il ricorso RG 1589/2020 gli atti della procedura fino all'aggiudicazione. L'eventuale accoglimento del primo ricorso avrebbe evidenti effetti caducanti su tutti gli atti della procedura, impugnati, appunti, con il secondo ricorso.

3. Proprio in ragione di quanto poc'anzi rilevato, è prioritario l'esame del ricorso RG 1106/2020, che è affidato ai motivi di gravame di seguito sintetizzati:

A) sull'erroneo calcolo della base d'asta dei servizi base.

I) violazione degli artt. 23, 30, 35 e 97 D.lgs. n. 50/2016; travisamento dei presupposti di fatto e diritto; illogicità manifesta; contraddittorietà intrinseca; violazione degli artt. 1, 3 e 6 L. 241/1990; difetto di istruttoria e motivazione; sviamento; violazione dell'art. 178 D.lgs. n. 152/2006: il Comune farebbe riferimento ad un piano industriale risalente all'anno precedente al fine di determinare la base d'asta per i Servizi Base per un importo pari a € 3.572.610,41 annui. Tale importo sarebbe però viziato da un errore nel calcolo, essendo l'importo corretto pari a € 3.685.764,43/anno;

B) sulla non sostenibilità della base d'asta:

II) violazione degli artt. 23, 30 e 97 D.lgs. n. 50/2016, anche in relazione agli artt. 1, 3 e 6 L. 241/1990; violazione degli artt. 18 e 69 Dir. 2014/24/UE; violazione dell'art. 178 D.lgs. n. 152/2006; manifesta irragionevolezza; difetto di istruttoria e motivazione; sviamento: nella gara *de qua*:

a) sarebbe impossibile coprire i costi dei Servizi Base: l'aderenza dell'offerta ai requisiti formali e prestazionali capitolari minimi determinerebbe la gestione in perdita del servizio. Con riguardo ai Servizi Base, vi sarebbe un deficit finale non inferiore a € 212.721,66 già nel caso in cui per i Servizi Base l'offerta non recasse alcun ribasso, nel qual caso, tuttavia, non otterrebbe alcun punteggio utile e sarebbe dunque destinata a non varcare la soglia di sbarramento dei 40,00 punti. Se quindi si proponessero ribassi, l'insostenibilità della prestazione sarebbe ancora maggiore, realizzandosi così una gara che, nella sostanza, impedirebbe il ribasso;

b) sarebbe impossibile coprire i costi dei servizi TS (trattamento e smaltimento): per la frazione secca residua e la frazione umida il costo del servizio sarebbe sottostimato rispetto al costo indicato dal limitrofo comune di San Donato.

In conclusione alla sottostima di costi per i Servizi Base si sommerebbe quella dei servizi TS, per un totale di sottostima pari a € 83.584,98 annui, pari a € 417.924,91 nel quinquennio contrattuale.

Tale sottostima dei costi di appalto sottesa alla base d'asta non consentirebbe di presentare un'offerta competitiva;

C) sulla sviata sottostima del quantitativo di rifiuti da smaltire:

III) violazione degli artt. 23, 30, 32 e 35 D.lgs. n. 50/2016 e 1 e 6 l. 241/1990 sotto diverso profilo; violazione e falsa applicazione degli artt. 183, 191 e 192 D.lgs. n. 267/2000; violazione art. 97 co. 2 Cost.; violazione dell'art. 178 D.lgs. 152/2006; difetto di istruttoria e motivazione; contraddittorietà; irragionevolezza manifesta; sviamento: il Comune avrebbe indicato un quantitativo di rifiuti inferiore alla precedente gara poi annullata ritenendo che la "crisi economica generata dalla pandemia Coronavirus" farebbe prevedere la "riduzione dei quantitativi dei rifiuti urbani ed assimilati". Il Comune poi avrebbe fissato come base d'asta annua per Servizi TS l'esatto identico importo di € 1.338.461,46 già previsto dalla precedente gara per tutto il periodo di appalto, così assumendo, di fatto, che la diminuzione di rifiuti dovuta alla crisi economico-sanitaria si protrarrà non per qualche mese, ma per l'intero quinquennio d'appalto;

D) sull'illegittimità complementari alla confermata l'incapienza della base d'asta:

IV) violazione degli artt. 30, 59, 60, 95 D.lgs. n. 50/2016, anche in relazione agli art. 41 Cost., 1 L. 241/1990; violazione degli artt. 18, 26, 27, 67 Dir. 2014/24/UE; manifesta irragionevolezza; violazione del principio della gara; sviamento: considerata l'impossibilità di presentare un'offerta competitiva in relazione alla base d'asta stabilita dalla stazione appaltante, la perdita di remuneratività sarebbe tanto maggiore quanto maggiore sarebbe la qualità dell'offerta. Ad esempio i parametri di valutazione n. 1.1 e 3 premiano, con rispettivi 8,00 e 14,00 punti, il servizio aggiuntivo di raccolta e spazzamento notturno e l'estensione degli orari dei centri di raccolta oltre il minimo capitolare. Il costo del lavoro notturno supera di circa il 33,00% quello diurno. Pertanto offrendo quelle migliori il costo annuo del personale si accrescerebbe ulteriormente, di fatto frustrando la possibilità di formulare offerte competitive. Inoltre l'operatore dovrà garantire a proprie cure e spese i Servizi TS tramite conferimento dei rifiuti a "impianti di trattamento e smaltimento" cui esso dovrà pagare l'attività relativa. In merito il Comune si riserverebbe pesanti poteri di ingerenza in fase di esecuzione contrattuale, prevedendo il Capitolato che i rifiuti vadano di volta in volta conferiti agli impianti di trattamento e/o smaltimento autorizzati ed individuati dall'Impresa Appaltante, previo consenso o autorizzazione della Stazione Appaltante (cfr. art. 2, art. 19 del Capitolato). Queste previsioni, oltre ad incidere sulla responsabilità dell'appaltatore di organizzare i fattori produttivi, anche nel paradigma della definizione codicistica *ex art. 1655 c.c.*, in questa fase di gara renderebbero impossibile all'offerente ponderare elementi essenziali della prestazione offerta;

V) ulteriori profili di violazione degli artt. 30, 59, 60, 95 D.lgs. n. 50/2016, anche in relazione agli art. 41 Cost., 1 L. 241/1990; violazione degli artt. 18, 26, 27, 67 Dir. 2014/24/UE; manifesta irragionevolezza; violazione del principio della gara; violazione degli artt. 1, 2 e 21 bis L. 287/1990 e dell'art. 101 TFUE; disparità di trattamento; sviamento: la ricorrente svolge da sé i soli Servizi Base, mentre per i Servizi TS deve avvalersi delle prestazioni di soggetti operanti nel mercato, che non sono molti, con ciò determinandosi un trend di significativo aumento dei prezzi di mercato dei Servizi TS stessi. Il sistema stabilito per la gara tenderebbe a favorire i soggetti con attività verticalmente integrata nei mercati rilevanti dei Servizi Base e dei Servizi TS;

VI) violazione degli artt. 51, 30 e 97 D.lgs. n. 50/2016, anche in relazione agli artt. 1, 3 e 6 L. 241/1990, agli artt. 101 TFUE e 3 L. 287/1990; violazione art. 198 D.lgs. 152/2006 e dell'art. 1 c. 1 lett. dd) e cc) L. 11/2016; violazione degli indirizzi di cui al provvedimento AGCM del 21.1.2016; disparità di trattamento; difetto di motivazione e illogicità manifesta; contraddittorietà; sviamento:

l'art. 51 del codice dei contratti esprimerebbe una chiara preferenza per appalti assegnati per lotti, con l'obiettivo di favorire sia la concorrenza sia gli interessi degli appaltanti a ottenere al minor

onere possibile le prestazioni elementari omogenee altrimenti complessivamente richieste. Sarebbe quindi contrario alla richiamata disposizione l'affidamento di un unico lotto dei Servizi Base e dei Servizi TS, attività che la giurisprudenza terrebbe distinte. L'affidamento con lotto unico addosserebbe all'appaltatore che non operi in maniera verticalmente integrata tutte le fluttuazioni in aumento dei costi di smaltimento, specie se considerati gli artt. 106 c. 1 lett. a) D.lgs. 50/2016 e 18 del Capitolato, che limitano l'operatività della revisione prezzi a variazioni superiori al 15%.

4. Il Collegio osserva che con i primi quattro mezzi di gravame la ricorrente ha dedotto come l'architettura della legge di gara pregiudichi, in concreto, la possibilità di presentare un'utile offerta a causa dell'incongruità e dell'insostenibilità economica della base d'asta. Si tratta di motivi con cui, in altri termini, si eccepisce l'impossibilità di partecipare alla gara.

4.1. Per tale ragione il Collegio ha ritenuto, implicitamente, di non accogliere, in relazione a tali motivi, l'eccezione di inammissibilità del ricorso, sollevata dalla difesa del Comune per la mancata partecipazione alla gara da parte della ricorrente.

Il Tribunale ha infatti ritenuto che ricorressero le condizioni per l'impugnazione immediata del bando e della legge di gara anche da parte dell'operatore che non avesse partecipato alla procedura, trattandosi di condizioni negoziali che rendevano il rapporto contrattuale eccessivamente oneroso e obiettivamente non conveniente (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 21 novembre 2011 n. 6135; Cons. Stato, sez. III, 23 gennaio 2015 n. 293).

4.2. Ha quindi disposto la verifica, di cui si tratterà *infra*, sul presupposto che la ricorrente avesse fornito sufficienti elementi indiziari a sostegno delle proprie deduzioni tali da sollecitare l'attivazione dei poteri istruttori del giudice.

5. Ciò precisato, riveste allora carattere prioritario l'esame dei primi quattro mezzi di gravame, il cui accoglimento sarebbe idoneo a travolgere l'intera gara, ridondando quindi anche sull'esito del ricorso RG 1589/2020.

6. Ai fini dello scrutinio deve farsi riferimento alle conclusioni cui è pervenuto il verificatore.

Come sopra anticipato, con ordinanza n. 1642 del 4 settembre 2020 il Tribunale ha infatti disposto verifica al fine di accertare:

“1) la correttezza della base d'asta determinata dalla stazione appaltante e indicata negli atti di gara tenuto conto dei costi dei servizi base (raccolta, trasporto e spazzamento), dei servizi di trattamento e smaltimento dei rifiuti, e dei servizi aggiuntivi, avuto particolare riguardo al costo del personale, e a quello degli automezzi, considerate le “ore personale” e le “ore mezzi” indicate nel disciplinare per i singoli servizi richiesti nonché dei costi del servizio di trattamento e smaltimento rifiuti in relazione alle categorie di rifiuti oggetto dell'appalto;

2) la reale possibilità di presentare una offerta di qualità competitiva (quindi contenente un ribasso) e remunerativa, cioè che, oltre a coprire i costi dei predetti servizi, garantisca un margine di utile all'appaltatore; in tale caso il verificatore avrà cura di indicare la percentuale stimabile di tale utile”.

6.1. Il verificatore ha depositato una articolata relazione in cui ha esposto le proprie precisazioni circa il metodo seguito, ha preso posizione sui rilievi mossi sia dalla ricorrente sia dal Comune e ha risposto ai quesiti posti dal Collegio.

6.2. Ha dichiarato, sotto un profilo di metodo, di utilizzare i “criteri di riconoscimento dei costi efficienti di esercizio e di investimento del servizio integrato dei rifiuti, per il periodo 2018-2021”, approvati da ARERA con la deliberazione 31 ottobre 2019, n. 443/2019/R/RIF, ed entrati in vigore in pari data.

Alle obiezioni della ricorrente e del Comune, circa, tra l'altro, la non appropriatezza di tali criteri, non essendo stati posti a base della gara in questione, ha replicato che la nuova metodologia tariffaria non è sopravvenuta alla gara, ma era in vigore al momento dell'avvio della procedura ad evidenza pubblica da parte del Comune, e che in ogni caso, tenuto conto dei motivi dedotti dalla ricorrente, la questione perde di significato laddove si consideri che *“il corrispettivo posto a base d'asta stimato dall'Ente medesimo è superiore ai costi riconoscibili comprendenti la remunerazione del capitale investito, determinati in coerenza con il MTR”*.

6.3. Il Collegio osserva in proposito che i criteri di cui alla delibera ARERA n. 443/2019/R/RIF appaiono un idoneo punto di riferimento per rispondere ai quesiti posti dal Tribunale, ancorando la valutazione del verificatore ad elementi oggettivi predeterminati, che prescindono da dati empirici di un certo mercato territoriale di riferimento.

Appare poi dirimente osservare che laddove fossero accolti i motivi di ricorso riferiti alla non correttezza della base d'asta, la stazione appaltante dovrebbe tenere conto, in sede di elaborazione del nuovo piano industriale e del bando, proprio dei richiamati criteri stabiliti da ARERA quale necessario parametro di riferimento ormai in vigore.

6.4. Nel merito dei quesiti posti il verificatore ha poi concluso come di seguito riportato:

“...a prescindere dalla metodologia utilizzata dall'Ente appaltante, il corrispettivo posto a base d'asta stimato dall'Ente medesimo è superiore ai costi riconoscibili comprendenti la remunerazione del capitale investito, determinati in coerenza con il MTR, sia con riferimento al primo anno di vigenza del contratto, sia con riferimento alla durata quinquennale dell'affidamento.

... si ritiene che, essendo il corrispettivo fissato a base d'asta superiore al MTR, che garantisce la copertura di tutti i costi efficienti, tale corrispettivo possa consentire il riconoscimento di tutti i costi del gestore entrante, ivi inclusa la remunerazione del capitale investito e dei costi aggiuntivi del personale e per l'acquisizione di automezzi, consentendo di effettuare offerte al ribasso almeno fino al raggiungimento dei costi riconoscibili in applicazione della regolazione. Ciò non esclude la possibilità per i gestori uscenti o per gestori più efficienti di presentare offerte più competitive adottando procedure gestionali in grado di ridurre ulteriormente i costi”.

Quanto alla percentuale di utile stimabile il verificatore ha affermato che per quanto concerne i servizi “Base”, il valore a base d'asta di € 3.587.583 (comprensivo di costi per la sicurezza di 14.973) per il 2020 *“appare lasciare ampio margine per l'effettuazione di ribassi, evidenziandosi una differenza con i costi riconoscibili pari a € 487.077 per il solo 2020 (il margine è pari a circa il 13% del valore a base d'asta)”*; per quanto riguarda invece i costi di trattamento e smaltimento/recupero, *“per il 2020 il confronto segnala una differenza molto contenuta tra il valore a base d'asta e l'ammontare dei costi riconoscibili dal MTR: sebbene il primo sia comunque superiore al secondo, il margine per l'effettuazione di ribassi è limitato (inferiore al 2%)”*.

6.5. Il Collegio ritiene che la verifica, nel suo complesso considerata, si presenti coerente, logica e razionale nelle premesse contenutistiche e metodologiche e nelle relative conclusioni, potendo essere posta a base del convincimento di questo giudice circa l'infondatezza dei primi quattro mezzi di gravame.

E' stato infatti accertato che la base d'asta, così come "costruita" dalla stazione appaltante, era congrua e tale da permettere, in concreto, la presentazione di un'offerta utile, consentendo di proporre un ribasso competitivo, che garantisse comunque la realizzazione di utili d'impresa.

6.6. I primi quattro mezzi di gravame vanno quindi rigettati.

7. Il Collegio passa ora ad esaminare il quinto e il sesto mezzo di gravame con cui la ricorrente ha contestato la scelta della stazione appaltante di mettere a gara un unico lotto comprensivo dei servizi Base e dei servizi di trattamento e smaltimento dei rifiuti. La ricorrente ha dedotto in proposito la violazione dell'art. 51 del codice dei contratti che, nell'alveo dei principi europei, accorderebbe la preferenza per la suddivisione degli appalti in lotti al fine di favorire l'accesso delle micro, piccole e medie imprese.

8. In relazione a tali motivi di ricorso viene nuovamente in rilievo l'eccezione di inammissibilità del ricorso per carenza di interesse, sollevata dal Comune resistente, non avendo la ricorrente preso parte alla gara di cui al presente giudizio.

8.1. A tal proposito va osservato, *incidenter*, che la ricorrente non solo ha partecipato alla precedente gara indetta dal Comune con la medesima architettura (ovvero prevedendosi un unico lotto per l'affidamento dei servizi sopra ricordati), ma ne è risultata aggiudicataria.

8.2. Va altresì osservato che nell'articolazione impugnatoria cui è affidato il ricorso la ricorrente ha giustificato la sua scelta di non prendere parte alla gara in ragione della ritenuta non sostenibilità della base d'asta, che avrebbe impedito la presentazione di un'offerta effettivamente competitiva e remunerativa, risiedendo in tale asserita circostanza il proprio interesse all'azione.

Diversamente, la decisione di non partecipare alla gara non è riconnessa, neppure nella prospettazione della ricorrente, alla previsione di un lotto unico (comprensivo dei servizi Base e dei servizi di trattamento e smaltimento dei rifiuti) per l'affidamento del servizio.

In sintesi, la mancata partecipazione alla gara da parte della ricorrente non è stata impedita – neppure nell'assunto della stessa - dalla previsione di un affidamento tramite lotto unico.

8.3. La giurisprudenza sul punto, d'altro canto, ha affermato che l'assetto organizzativo della gara quanto alla suddivisione in lotti costituisce un insieme di regole della *lex specialis* che non impedisce la partecipazione e la presentazione dell'offerta (cfr. Consiglio di Stato, Sez. III, 30 settembre 2020 n. 5746). Non vi sono pertanto i presupposti per l'impugnazione immediata, dovendo tali clausole essere gravate unitamente al provvedimento che rende attuale la lesione (ovvero l'aggiudicazione a terzi).

Le clausole del bando di gara che non rivestano portata escludente devono essere impuginate unitamente al provvedimento lesivo e possono essere impuginate unicamente dall'operatore economico che abbia partecipato alla gara o manifestato formalmente il proprio interesse alla procedura. (cfr. Ad. Plen. n. 4/2018).

E' evidente che tale costrutto postula e implica, ai fini della legittimazione ad agire, la partecipazione alla gara, non essendo legittimato l'operatore del settore che non ha presentato domanda di partecipazione alla gara a contestare le clausole di un bando di gara che non rivestano nei suoi confronti portata escludente, precludendogli con certezza la possibilità di partecipazione.

8.4. Tenuto conto di quanto appena rilevato, la mancata partecipazione alla gara ridonda in termini di inammissibilità della censura, dipendendo da una scelta propria dell'operatore, non condizionata dalla previsione della legge di gara circa il lotto unico per tutti i servizi oggetto di affidamento.

8.5. Va poi aggiunto che la giurisprudenza ha riconosciuto, in via di principio, la possibilità di far valere, anche al di fuori del perimetro soggettivo delle PMI, doglianze avverso un assetto organizzativo della gara che comprometta in concreto il principio di concorrenza tra più operatori, costituendo tale principio un valore di carattere generale intangibile che, per come enunciato all'articolo 30 del D.lgs. n. 50/2016, permea l'intera disciplina dei contratti pubblici e di cui l'art. 51 comma 1 del medesimo testo normativo costituisce solo un precitato tecnico applicativo, come tale non idoneo a consumarne l'ambito di efficacia (Consiglio di Stato sez. III 9 febbraio 2021 n. 1221). A tali fini, tuttavia, il singolo operatore deve comprovare, in concreto, l'incidenza lesiva che l'avversata misura organizzativa ha determinato nella propria sfera giuridica, rendendo obiettivamente percepibile la compressione che questa ha, in via di tesi, subito rispetto alle possibilità di un'utile e proficua partecipazione alla competizione (cfr. Consiglio di Stato, Sez. III, 14 dicembre 2020, n. 7962; *idem* 30 settembre 2020 n. 5746).

Tale assunto vale *a fortiori* nel caso di specie in cui la mancata partecipazione alla gara, per scelta autonoma e indipendente, impedisce in assoluto che la previsione riguardante il lotto unico abbia provocato una lesione alla ricorrente, che, in ogni caso, si è attestata su deduzioni astratte, senza fornire alcuna dimostrazione in concreto dell'asserito pregiudizio.

8.6. Per le ragioni che precedono in relazione ai motivi quinto e sesto il ricorso va dichiarato inammissibile.

9. In conclusione il ricorso RG 1106/2020 in parte va respinto e in parte va dichiarato inammissibile.

10. Il Collegio passa ora ad esaminare il ricorso RG 1589/2020, integrato da ricorso per motivi aggiunti, con cui la ricorrente ha impugnato l'esito della gara cui non ha partecipato, ovvero l'aggiudicazione disposta a favore di AMSA s.p.a.

11. Il ricorso è affidato ai motivi di gravame di seguito sintetizzati:

A) Vizi propri dell'aggiudicazione.

I) violazione degli artt. 1, 3, 6 e 10 l. 241/1990, 30, 32 D.lgs. 50/2016 e 97 c. 2 Cost.; violazione degli artt. 65 e 2 cpa; difetto di motivazione; sviamento; disparità di trattamento: stante la pendenza del giudizio RG 1106/2020, l'imminenza dell'udienza pubblica nonché la disposta istruttoria il Comune avrebbe dovuto arrestare la procedura, e non procedere con l'aggiudicazione;

II) violazione degli artt. 97 D.lgs. 50/2017, 69 Dir. 2014/24/UE e dell'art.19 del disciplinare; difetto di istruttoria e motivazione; manifesta illogicità; violazione degli artt. 1, 3 e 6 l. 241/1990 e degli artt. 2 e 65 cpa; sviamento: l'aggiudicazione è avvenuta a favore dell'unica offerta presentata, quella del r.t.i. AMSA. In ogni caso sarebbe stato doveroso il controllo di anomalia posti i dubbi di sostenibilità dell'offerta;

III) violazione degli artt. 48 D.lgs. 50/2016 e 19 Dir. 2014/24/UE; violazione del § II.5 del bando, e del § 3 del disciplinare, degli artt. 1, 3 e 6 l. 241/1990 e 97 c. 2 Cost.; difetto di istruttoria e motivazione. sviamento: il r.t.i. controinteressato avrebbe dovuto essere escluso, in quanto pur dichiarandosi misto con la presenza di un sub r.t.i. orizzontale per assumere la prestazione

principale, non rispetterebbe in realtà tale assetto. Infatti cinque su sei delle sotto articolazioni dell'unitaria prestazione principale sarebbero assunte sia dalla mandataria sia dalla mandante, titolari *pro quota* di ciascuna di esse. Ma la prestazione principale di "trattamento e smaltimento" sarebbe assunta solo da AMSA, e non anche dalla mandante Egea, che non sarebbe in grado di assumersela e non sarebbe qualificata per essa;

B) Illegittimità derivate all'aggiudicazione dai vizi della *lex specialis* di cui al ricorso RG 1106/2020.

11. I motivi con cui si deducono i vizi da invalidità derivata devono essere rigettati in ragione dell'esito del ricorso RG 1106/2020.

12. Quanto alle dedotte illegittimità proprie dell'aggiudicazione, sia il Comune resistente sia la controinteressata hanno eccepito l'inammissibilità del ricorso per difetto di legittimazione ad agire, non avendo la ricorrente preso parte alla procedura di gara.

13. Ad avviso del Collegio l'eccezione è fondata.

14. La regola generale è quella per cui soltanto colui che ha partecipato alla gara è legittimato ad impugnare l'esito della medesima, in quanto soltanto a quest'ultimo è riconoscibile una posizione differenziata (cfr. Ad. Plen. n. 4/2018).

In materia di controversie aventi ad oggetto gare di appalto, il tema della legittimazione al ricorso è declinato nel senso che tale legittimazione "*deve essere correlata ad una situazione differenziata e dunque meritevole di tutela, in modo certo, per effetto della partecipazione alla stessa procedura oggetto di contestazione*" e che "*chi volontariamente e liberamente si è astenuto dal partecipare ad una selezione non è dunque legittimato a chiederne l'annullamento ancorché vanti un interesse di fatto a che la competizione – per lui res inter alios acta – venga nuovamente bandita*" (cfr. Ad Plen. n. 9/2014).

La partecipazione alla procedura di gara è ritenuta costitutiva della legittimazione ad impugnarne gli atti, con la conseguenza che l'operatore che non ha partecipato, ovvero che ne è stato escluso, non è legittimato ad impugnare gli atti della procedura, ivi compresa l'aggiudicazione (Consiglio di Stato sez. V, 12 aprile 2021, n.2924).

"Conformemente a quanto affermato dalla giurisprudenza amministrativa, deve ritenersi che l'impresa che non abbia partecipato alla gara di appalto non possa contestare la relativa procedura e l'aggiudicazione in favore di imprese terze, perché la sua posizione giuridica sostanziale non è sufficientemente differenziata ma riconducibile a un mero interesse di fatto" (Corte Costituzionale sentenza 22 novembre 2016, n. 245, con cui la Corte ha dichiarato inammissibili per difetto di rilevanza le questioni sottoposte, "*non sussistendo la legittimazione a ricorrere delle imprese che non hanno partecipato alla gara*").

14.1. Non rileva tanto nel caso di specie un profilo di interesse al ricorso (anche in termini di interesse strumentale come invocato da parte ricorrente, facendo riferimento alla giurisprudenza europea, in particolare alla decisione CGUE 5 settembre 2019 in C338/2018, in tema di ricorso incidentale escludente), quanto la diversa condizione dell'azione, rappresentata dalla legittimazione ad agire.

L'interesse alla ripetizione della gara non fonda la legittimazione dell'operatore all'impugnazione. Tale situazione legittimante, quale posizione qualificata e differenziata, discende dalla

partecipazione alla procedura. La legittimazione attiene ad un elemento soggettivo (nella specie al fatto di aver partecipato alla gara) che non risente delle vicende fattuali successive, come invece avviene per l'interesse (che può anche venir meno nel corso del giudizio).

15. In conclusione, il ricorso RG 1589/2020 deve essere dichiarato in parte inammissibile per difetto di legittimazione della ricorrente e in parte infondato (in relazione ai vizi di invalidità derivata).

16. Tenuto conto della complessità della vicenda, le spese di giudizio possono essere compensate tra le parti.

Le spese della verifica vanno poste a carico della ricorrente e sono liquidate con separato provvedimento, previa istanza del verificatore.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sui ricorsi, come in epigrafe proposti,

- dispone la riunione dei ricorsi in epigrafe;
- quanto al ricorso RG 1106/2020, in parte lo rigetta e in parte lo dichiara inammissibile;
- quanto al ricorso RG 1589/2020, in parte lo rigetta e in parte lo dichiara inammissibile.

Spese dei giudizi compensate. Spese della verifica a carico della ricorrente.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 10 marzo 2021 con l'intervento dei magistrati:

Domenico Giordano, Presidente

Fabrizio Fornataro, Consigliere

Valentina Santina Mameli, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Valentina Santina Mameli

IL PRESIDENTE
Domenico Giordano

IL SEGRETARIO

