

***Ampia discrezionalità della Stazione Appaltante nella scelta dei criteri di valutazione delle offerte per perseguire meglio l'interesse pubblico.***

**Massima:** *La stazione appaltante gode quindi di ampia discrezionalità nella scelta dei criteri di valutazione delle offerte per meglio perseguire l'interesse pubblico; tale scelta, è sindacabile in sede di giurisdizione di legittimità solo allorché sia illogica, irragionevole ed irrazionale oppure sei criteri non sono trasparenti ed intellegibili. Nel caso in esame, la stazione appaltante non ha valorizzato la prossimità dell'impianto di smaltimento quale requisito speciale di partecipazione alla gara (art 10 del d.lgs. n. 36/2023). Ha invece valorizzato la prossimità da un lato quale criterio di valutazione dell'offerta tecnica (profilo tecnico) e dall'altro lato quale elemento premiale del concorrente (profilo economico) (art. 108 del d.lgs. n. 36/2023).*

**T.A.R. Lombardia - Milano, SEZ I, n. 2888 del 25.10.2024**



**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 1001 del 2024, integrato da motivi aggiunti, proposto da Bea Gestioni S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, in relazione alla procedura CIG B11499900B, rappresentato e difeso dagli avvocati Pietro Ferraris, Enzo Robaldo, Francesco Caliandro, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Area Sud Milano S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Laura Sommaruga, Federico Ianeselli, Mariano Delle Cave, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;;

nei confronti

A2a Ambiente S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato ed difeso dagli avvocati Claudio Vivani, Elisabetta Sordini, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

per quanto riguarda il ricorso introduttivo:

- del bando della gara d'appalto indetta da Area Sud Milano S.p.A. in data 4 aprile 2024e avente ad oggetto l'affidamento di “Servizi di trattamento e smaltimento di rifiuti urbani e domestici non pericolosi – Conferimento rifiuti urbani non pericolosi EER

200301 con delegazione di pagamento ai Comuni serviti” caratterizzata dal codice CIG B11499900B;

- di tutti gli atti di gara, ancorché non noti alla ricorrente, con particolare riferimento al disciplinare di gara e al capitolato speciale;

- di tutti gli atti di indizione della predetta procedura gara, ancorché non noti alla ricorrente;

- di tutti gli atti sopra indicati costituenti la lex specialis, con particolare riferimento alle disposizioni che riconoscono un significativo e ingiusto vantaggio concorrenziale agli operatori aventi la disponibilità di un impianto nelle vicinanze della sede della stazione appaltante, e sono caratterizzate da aleatorietà e indeterminatezza nel senso meglio illustrato nel presente ricorso;

- nonché di ogni altro atto, presupposto, connesso, conseguente od attuativo, ancorché non conosciuto quanto a data e contenuto, ivi compreso il contratto eventualmente stipulato con altri operatori economici, in relazione ai quali si formula riserva di proposizione di motivi aggiunti;

nonché per la declaratoria

ai sensi e per gli effetti dell'articolo 31 del cod. proc. amm., della nullità delle clausole della lex specialis specificate in epigrafe e nel testo del presente ricorso;

nonché per la declaratoria

ai sensi e per gli effetti degli articoli 121 e 122 del cod. proc. amm., dell'inefficacia del contratto eventualmente stipulato in esecuzione del bando oggetto di impugnazione;

nonché per la condanna

al risarcimento del danno ingiusto patito dalla ricorrente in conseguenza dell'illegittimità degli atti e dei provvedimenti impugnati, attraverso la reintegrazione informa specifica e/o per equivalente, nel duplice contenuto del danno emergente e del lucro cessante, con riserva di determinare l'ammontare del danno nel corso del giudizio;

per quanto riguarda i motivi aggiunti presentati il 5/7/2024:

- del provvedimento, non noto quanto a estremi e contenuto con cui Area Sud Milano S.p.A. ha disposto in favore di A2A S.p.A. l'aggiudicazione della gara d'appalto avente ad oggetto l'affidamento di “Servizi di trattamento e smaltimento di rifiuti urbani e domestici non pericolosi – Conferimento rifiuti urbani non pericolosi EER 200301

con delegazione di pagamento ai Comuni serviti” caratterizzata dal codice CIGB11499900B;

- della nota di nota di Area Sud Milano S.p.A. del 28 giugno 2024, prot. n. 259(trasmessa in pari data) recante comunicazione della predetta aggiudicazione e contestuale comunicazione di non aggiudicazione nei confronti della ricorrente;

- del bando della gara d'appalto indetta da Area Sud Milano S.p.A. in data 4 aprile 2024 e avente ad oggetto l'affidamento di "Servizi di trattamento e smaltimento di rifiuti urbani e domestici non pericolosi – Conferimento rifiuti urbani non pericolosi EER200301 con delegazione di pagamento ai Comuni serviti" caratterizzata dal codice CIGB11499900B, già impugnato con il ricorso introduttivo del giudizio;

- di tutti gli atti di gara, ancorché non noti alla ricorrente, con particolare riferimento al disciplinare di gara (doc. 2) e al capitolato speciale, già impugnati con il ricorso introduttivo del giudizio;

- di tutti gli atti di indizione della predetta procedura gara, ancorché non noti alla ricorrente, già impugnati con il ricorso introduttivo del giudizio;

- di tutti gli atti sopra indicati costituenti la *lex specialis*, con particolare riferimento alle disposizioni che riconoscono un significativo e ingiusto vantaggio concorrenziale agli operatori aventi la disponibilità di un impianto nelle vicinanze della sede della stazione appaltante, e sono caratterizzate da aleatorietà e indeterminatezza nel senso meglio illustrato nel presente ricorso, già impugnati con il ricorso introduttivo del giudizio;

- nonché di ogni altro atto, presupposto, connesso, conseguente od attuativo, ancorché non conosciuto quanto a data e contenuto, ivi compreso il contratto eventualmente stipulato con altri operatori economici, in relazione ai quali si formula riserva di proposizione di motivi aggiunti;

nonché per la declaratoria

ai sensi e per gli effetti dell'articolo 31 del cod. proc. amm., della nullità delle clausole della *lex specialis* specificate in epigrafe e nel testo del presente atto e del ricorso introduttivo;

nonché per la declaratoria

ai sensi e per gli effetti degli articoli 121 e 122 del cod. proc. amm., dell'inefficacia del contratto eventualmente stipulato in esecuzione degli atti oggetto di impugnazione;

nonché per la condanna

al risarcimento del danno ingiusto patito dalla ricorrente in conseguenza dell'illegittimità degli atti e dei provvedimenti impugnati, attraverso la reintegrazione in forma specifica e/o per equivalente, nel duplice contenuto del danno emergente e del lucro cessante, con riserva di determinare l'ammontare del danno nel corso del giudizio.

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Area Sud Milano S.p.A. e di A2a Ambiente S.p.A.;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120 cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 16 ottobre 2024 il dott. Luca Iera e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

La BEA Gestioni S.p.A. è una società mista (istituita a seguito di gara c.d. “a doppio oggetto”), controllata dalla Brianza Energia Ambiente S.p.A. che ha la disponibilità di un impianto di termovalorizzazione ubicato nel Comune di Desio, debitamente autorizzato dalla Regione Lombardia ex art. 29-octies del D. Lgs. n. 152/2006 in grado di assicurare il recupero energetico, mediante termovalorizzazione, dei rifiuti urbani non pericolosi.

Con bando pubblicato in data 4 aprile 2024, Area Sud Milano S.p.A. ha indetto una gara avente ad oggetto l’affidamento dei servizi di “trattamento e smaltimento” dei rifiuti urbani e domestici, non pericolosi, indifferenziati (aventi codice EER 200301 corrispondente a “Rifiuti urbani non differenziati”), con delegazione di pagamento ai Comuni serviti.

Il valore stimato dell’appalto, IVA esclusa, per i dodici mesi di durata del servizio, è pari ad Euro 2.605.500,00 (di cui Euro 35.000 relativi a oneri per la sicurezza e 114.000 Euro per costi della manodopera) e il criterio di aggiudicazione è quello dell’offerta economicamente più vantaggiosa, prevedendosi l’attribuzione di un massimo di 70 punti per gli aspetti “qualitativi” dell’offerta, e di un massimo di 30 punti per il prezzo.

BEA Gestioni ha impugnato il bando di gara ritenendo che la stazione appaltante avesse predisposto un bando c.d. fotocopia ossia ritagliato al fine di favorire un

determinato concorrente facente parte del gruppo A2A S.p.A.. Difatti, soltanto l’operatore del gruppo A2A ha la disponibilità di un impianto (di termovalorizzazione denominato “Silla 2” ubicato a Milano in Via Lucio Cornelio Silla) che dista 19,1 km dalla sede di Area Sud (ubicata a Rozzano, in via Monte Penice), mentre tutti gli altri impianti, tra cui quello in disponibilità della ricorrente, sono ubicati ad una distanza superiore ai 30 km.

La ricorrente sostiene inoltre che il bando di gara è stato predisposto in modo tale “da precludere la possibilità di presentare un’offerta seria e remunerativa”. Più in particolare, espone che, da un lato, l’articolo 9 del capitolato riconosce agli impianti ubicati nelle vicinanze della sede legale un vantaggio di tipo economico (precisando che gli operatori aventi la disponibilità di impianti ubicati ad una distanza superiore ai 30 km debbano corrispondere alla stazione appaltante un “contributo delle spese di trasporto “proporzionale alla distanza dalla sede di Area Sud). E che, dall’altro lato, l’articolo 17.1 del Disciplinare, nel delineare il criterio di valutazione dell’offerta tecnica B (denominato “ubicazione dell’impianto” e avente carattere preponderante rispetto agli altri criteri ossia 35 punti sui 70 disponibili), prevede l’attribuzione del punteggio massimo al concorrente che ha la disponibilità dell’impianto più vicino alla sede di Area Sud Milano e punteggi proporzionalmente inferiori agli impianti più distanti.

In questo modo il predetto operatore del gruppo A2A S.p.A. che parteciperà alla gara, allegando la disponibilità del predetto impianto, sarà l’unico a non subire la “penalizzazione economica” prevista dall’articolo 9 del Capitolato, mentre gli altri operatori saranno necessariamente tenuti a riconoscere un contributo proporzionale alla distanza dalla sede legale che andrà ad erodere il corrispettivo contrattuale derivante dalla formulazione dell’offerta economica e che per questa ragione viene considerato alla stregua di una “penalizzazione” economica.

Il predetto operatore conseguirà senz’altro anche i 35 punti relativi all’offerta tecnica, mentre gli altri concorrenti conseguiranno un punteggio significativamente inferiore; difatti, tra gli impianti idonei attualmente esistenti, il secondo impianto più vicino è quello di Desio nella disponibilità della

ricorrente BEA Gestioni, ubicato ad una distanza di 41,1 km dalla sede di Area Sud. Applicando l'algoritmo previsto nell'articolo 17.1 del disciplinare (pag. 23), BEA Gestioni conseguirebbe un punteggio di 16,27 punti con riferimento al predetto criterio di valutazione B.

La ricorrente aggiunge che anche gli criteri del bando sarebbero illegittimi in quanto non aventi natura qualitativa perché non premierebbero le "caratteristiche dell'offerta concernenti questo specifico affidamento, ma il semplice possesso di dotazioni aziendali che sono già nella disponibilità del concorrente (quali il possesso delle certificazioni di qualità, criterio C) oppure aspetti quantitativi volti a premiare l'offerta di prestazioni aggiuntive rispetto a quelle previste dalla lex specialis (criterio A)".

Sulla base di queste premesse, il ricorso è affidato a tre motivi.

Con il primo motivo, viene dedotta l'illegittimità della lex specialis (art. 9 del capitolato e art. 17.1 disciplinare) per violazione dell'art. 181, comma 5, del d.lgs. n. 152/2006, poiché i principi di libera concorrenza e circolazione dei rifiuti differenziati "destinati al riciclaggio ed al recupero" prevarrebbero sul principio di trattamento dei rifiuti in "prossimità agli impianti di recupero". La stazione appaltante avrebbe introdotto "una duplice penalizzazione" senza alcuna ragione: da un lato, il vantaggio di tipo economico riconosciuto al concorrente che dispone di un impianto ubicato ad una distanza inferiore a 30 km dalla sede legale di Area Sud prevedendo che, in tal caso, "gli oneri per il trasporto dei rifiuti ricadranno interamente sulla Stazione Appaltante" ai sensi dell'articolo 9 del capitolato; dall'altro lato, il vantaggio di tipo qualitativo riconosciuto agli impianti più vicini alla sede legale di Area Sud prevedendo di attribuire il punteggio massimo di 35 punti all'impianto più vicino alla sede di Area Sud ai sensi dell'articolo 17.1, punto B, del disciplinare.

Viene dedotta altresì l'illegittimità del criterio di cui all'articolo 17.1, punto B, del disciplinare (sul punteggio attribuito al concorrente che dispone dell'impianto più vicino alla sede di Area Sud), per violazione dell'art. 108, comma 4, d.lgs. n. 36/2023, poiché non sarebbe possibile riconoscere alcuna particolare "qualità" ad un'offerta di tale genere e quindi tramite tale criterio non sarebbe garantito un "un confronto concorrenziale effettivo sui profili tecnici". La legittimità del criterio non potrebbe sostenersi alla luce dell'art. 108, comma 7, d.lgs. n. 36/2023, sia poiché tale disposizione non troverebbe applicazione laddove "vengono attribuiti ben due distinti vantaggi" sia perché i c.d. "criteri premiali" "possono essere finalizzati a favorire soltanto le piccole medie imprese, e non hanno quindi rilevanza in gare come quella ora in esame in cui le imprese titolari di impianti di trattamento non possono definirsi piccole o medie imprese".

In subordine, prospetta evidenza come l'art. 108, comma 7, cit., ivi incluso il principio di prossimità, debba essere comunque interpretato in modo compatibile "con il diritto dell'Unione europea e con i principi di parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza e proporzionalità", per cui il bando di gara sarebbe illegittimo poiché prevede "un vantaggio competitivo del tutto abnorme all'operatore con impianto ubicato nelle vicinanze della sede di Area Sud, ingiustificatamente restrittivo della concorrenza, ed irragionevole".

Con il secondo motivo, denuncia l'illegittimità dei criteri delineati dall'articolo 17.1 del disciplinare attesa la violazione dell'articolo 108, comma 4, del d.lgs. n. 36/2023, ritenendo che gli stessi non premierebbero la qualità tecnica dell'offerta, ma le "caratteristiche" o le "dotazioni aziendali" che sono già nella disponibilità dei concorrenti. Ciò varrebbe, oltre che per il criterio sub B (concernente

l'ubicazione dell'impianto"), per il criterio sub C (relativo al possesso delle "certificazioni di qualità dell'impianto).

Il criterio sub A (relativo alle "caratteristiche organizzative del servizio" dove si prevede un punteggio maggior per l'offerta che presenta prestazioni a titolo gratuito aggiuntive rispetto a quelle previste dalla lex specialis di gara) invece sarebbe illegittimo poiché riguarderebbe in realtà "aspetti di carattere economico/quantitativo".

Con il terzo motivo, lamenta che la documentazione di gara precluderebbe "la possibilità di presentare un'offerta seria e remunerativa".

Riferisce che l'articolo 15, punto 4, del Disciplinare obbliga il concorrente a dichiarare ai sensi del D.P.R. n. 445/2000 che l'itinerario proposto dalla sede di Area Sud all'impianto ove dovranno essere conferiti i rifiuti "è il più adatto per il transito dei mezzi della Stazione Appaltante, sia tenendo conto delle caratteristiche del fondo stradale, sia della segnaletica stradale, sia della larghezza della carreggiata".

Tale dichiarazione sostitutiva "non può essere verosimilmente resa e ... espone il concorrente a conseguenze estremamente pregiudizievoli (anche di carattere penale) perché la stessa comporta la necessità di conoscere le caratteristiche e le modalità operative dei mezzi che saranno utilizzati dalla stazione appaltante (rectius dall'appaltatore da quest'ultima selezionato, cfr. ancora art. 8 comma 4 del capitolato) per il trasporto". Tale aspetto conferirebbe quindi un carattere di aleatorietà indeterminatezza alla gara, con particolare riferimento agli operatori che intendano

partecipare con impianti che non si trovino nelle immediate vicinanze della sede di AreaSud.

Nella pendenza del ricorso, alla gara hanno partecipato soltanto due concorrenti ossia la A2A Ambiente S.p.A. avente la disponibilità dell'impianto di termovalorizzazione ubicato nel Comune di Desio (a circa 41 km di distanza dalla sede legale di Area Sud) e la ricorrente BEA Gestioni S.p.A. avente la disponibilità dell'impianto di termovalorizzazione ubicato nel Comune di Milano (a circa 19 km di distanza dalla sede legale di Area Sud).

A2A Ambiente si è classificata al primo posto conseguendo il punteggio complessivo di 76 (di cui 67 punti sui 70 disponibili per l'offerta tecnica e 8,97 punti sui 30 disponibili per l'offerta economica), mentre BEA Gestioni si è classificata al secondo posto con il punteggio complessivo di 73,20 (di cui 43,20 punti per l'offerta tecnica e 30 punti sui 30 disponibili per l'offerta economica).

Con ricorso per motivi aggiunti, la ricorrente ha impugnato il provvedimento di aggiudicazione della gara disposto in favore di A2A S.p.A., di cui afferma non conoscere gli estremi, nonché gli atti di gara già oggetto di gravame con il ricorso introduttivo, formulando quattro motivi di ricorso.

I primi tre motivi espongono censure identiche a quelle contenute nel ricorso introduttivo e vengono formulate sia a titolo sia di illegittimità diretta degli atti impugnati che di illegittimità derivata.

Il quarto motivo riguarda l'istanza di accesso documentale atteso che la documentazione di gara non sarebbe stata messa a disposizione tramite piattaforma digitale, in violazione dell'art. 36, comma 1, d.lgs. n. 152/2006. Si impugna pertanto, ai sensi dell'art. 116, comma 2, c.p.a., la nota di Area Sud Milano del 28.6.2024, prot. n.259, "anche" nella parte in cui costituisce diniego di accesso agli atti di

gara (in relazione ai verbali di gara, all'offerta presentata dall'aggiudicataria e alla documentazione amministrativa da questa presentata).

Si sono costituiti in giudizio Area Sud e A2A Ambiente.

Area Sud ha eccepito la carenza d'interesse alla decisione del secondo motivo del gravame non avendo la ricorrente dedotto ed argomentato né quale sia la lesione subita dai criteri impugnati, né quale sia la specifica utilità o posizione di vantaggio che otterrebbe dal loro annullamento, con la conseguenza che detta sua impugnativa è

proposta "al solo fine di conseguire la legalità e la legittimità dell'azione amministrativa".

A2A ha eccepito l'inammissibilità del primo motivo del gravame in ragione della mancanza di "macroscopiche illegittimità" nell'esercizio del potere discrezionale di cui gode la stazione appaltante nella formulazione dei criteri di attribuzione del punteggio, nonché la carenza d'interesse alla decisione del secondo e del terzo motivo del gravame "dal momento che risulta che controparte abbia formulato la propria offerta liberamente con riferimento alle due voci sub A e abbia rilasciato detta dichiarazione", evidenziando inoltre, con riferimento al secondo motivo, anche la carenza di interesse "in quanto controparte non può subire alcuna lesione da tali previsioni, né per vero la deduce".

Nel merito entrambe le controparti hanno puntualmente replicato alle censure avversarie.

In vista dell'udienza pubblica, le parti hanno depositato scritti difensivi, insistendo nelle rispettive conclusioni. Parte ricorrente con memoria del 30.9.2024 ha esposto di non avere più interesse alla decisione in relazione al quarto motivo del ricorso per motivi aggiunti e alla declaratoria d'inefficacia del contratto, posto che il contratto non risulta essere stato stipulato.

All'udienza pubblica del 16 ottobre 2024, la causa è stata introitata per la decisione.

In via preliminare, occorre esaminare il ricorso introduttivo del giudizio proposto nei confronti della legge di gara, disciplinare e capitolato tecnico.

Si può derogare alla regola generale secondo cui il bando di gara va normalmente impugnato unitamente agli atti che di esso fanno applicazione, dal momento che sono questi ultimi ad identificare in concreto il soggetto leso dal provvedimento, radicando la legittimazione ad agire ed a rendere attuale e concreta la lesione della situazione soggettiva dell'interessato (Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 26.4.2018, n. 4).

Possono essere enucleate alcune eccezioni a tale regola generale, individuandosi taluni casi in cui il bando di gara può essere deve essere impugnato anche da parte di colui che non ha proposto la domanda di partecipazione e che quindi risulta privo della legittimazione ad agire.

È stato così precisato che alla regola generale sopra indicata può derogarsi, per esigenze di ampliamento della tutela della concorrenza, solamente in tre tassative ipotesi e, cioè,

quando: si contesti in radice l'indizione della gara; si contesti che una gara sia mancata, avendo l'amministrazione disposto l'affidamento in via diretta del contratto; si impugnino direttamente le clausole del bando assumendo che le stesse siano immediatamente escludenti e tali sono le clausole impediscono la partecipazione alla gara o la rendono di fatto impossibile.

Laddove non sussistano tali ipotesi eccezionali, il ricorso contro il bando è inammissibile per carenza di legittimazione ad agire.

Nel caso di specie, il ricorso introduttivo proposto nei confronti del bando di gara è inammissibile per carenza di legittimazione ad agire in quanto tramite tale mezzo non sono state impugnate clausole immediatamente escludenti.

Le clausole del bando oggetto di contestazione (art. 9 del capitolato e artt. 15, punto 4 e 17.1, lettere sub A), sub B), sub C), del disciplinare) non sono clausole che inibiscono o rendono realmente impossibile la partecipazione alla gara.

La clausola di cui all'art. 9 del capitolato si risolve nell'attribuire un vantaggio economico consistente nell'azzerare il costo del trasporto in favore dell'operatore che ha a disposizione un impianto situato a distanza di 30 km dalla sede legale della stazione appaltante, prevedendo invece in modo proporzionale un costo di trasporto maggiore all'aumentare della distanza dell'impianto rispetto alla sede legale.

Le clausole di cui all'art. 17.1, lettere sub A), sub B), sub C), del disciplinare, stabiliscono un punteggio tecnico in favore dell'operatore che soddisfa i requisiti ivi richiesti e il punteggio è collegato a presupposti chiari e precisi attinenti all'organizzazione del servizio (criterio sub A), l'ubicazione dell'impianto (criterio sub B), la certificazione di qualità (criterio sub C).

La clausola di cui all'art. 15, punto 4, del disciplinare, richiede - "a comprova dell'effettiva distanza intercorrente tra la sede della Stazione Appaltante ubicata in via Monte Penice n. 2/D (Rozzano) e il luogo in cui si trova l'impianto di conferimento previsto dal 2° comma dell'articolo 10 [rectius, art. 9] del Capitolato speciale d'appalto"- che il concorrente dovrà indicare, tramite estratto dello stradario "Google", lunghezza del percorso specificando che l'itinerario proposto è il più adatto per il transito dei mezzi della stazione appaltante.

Quest'ultima clausola si risolve in un adempimento amministrativo facilmente ottemperabile tenendo conto che i concorrenti avevano a disposizione tutte le

informazioni per poter rilasciare la dichiarazione prevista in quanto il disciplinare specifica che i mezzi della stazione appaltante consistono in "mezzi di compattazione medio/grande portata" e che i dati sulla strada e sul percorso potevano essere acquisiti attraverso un semplice sopralluogo.

Occorre ora esaminare il ricorso per motivi aggiunti.

L'eccezione di inammissibilità del motivo di gravame non è fondata.

La ricorrente ha censurato che l'operatore della stazione appaltante che avrebbe travalicato la propria discrezionalità, in violazione dell'art. 108, comma 4, del D. Lgs. n.36/2023, prevedendo, in relazione all'identico presupposto della prossimità dell'impianto, il duplice vantaggio economico e tecnico in favore dell'operatore che inverte quella fattispecie, precludendo in questo modo "un confronto concorrenziale effettivo sui profili tecnici" e al contempo attribuendo a questi un vantaggio non giustificato e non razionale in relazione all'offerta tecnica presentata.

Nel merito, il primo motivo di ricorso è fondato nei termini seguenti.

Ai sensi dell'art. 183, lett. s), d.lgs. n. 152/2006, il “trattamento” dei rifiuti si risolve in “operazioni di recupero o smaltimento, inclusa la preparazione prima del recupero o dello smaltimento”.

Le operazioni di “recupero” consistono in “qualsiasi operazione il cui principale risultato sia di permettere ai rifiuti di svolgere un ruolo utile, sostituendo altri materiali che sarebbero stati altrimenti utilizzati per assolvere una particolare funzione o di prepararli ad assolvere tale funzione, all'interno dell'impianto o nell'economia ingenerale. L'allegato C della parte IV del presente decreto riporta un elenco non esaustivo di operazioni di recupero”.

Le operazioni di “smaltimento” consistono in “qualsiasi operazione diversa dal recupero anche quando l'operazione ha come conseguenza secondaria il recupero di sostanze o di energia. L'Allegato B alla parte IV del presente decreto riporta un elenco non esaustivo delle operazioni di smaltimento”.

Il disciplinare di gara indica, nelle premesse, che Area Sud “in forza di regolari affidamenti ricevuti da alcuni Enti locali dell'hinterland milanese, svolge l'attività di raccolta e trasporto dei rifiuti solidi urbani agli impianti di conferimento, coi quali vengono stipulati appositi contratti” e che “il servizio oggetto della presente procedura consiste nel conferimento ad idonei impianti dei rifiuti solidi urbani, non pericolosi,

raccolti sui territori serviti, aventi EER 200301, per una quantità annuale pari a 16.500,00 tonnellate”.

L'art. 1 del capitolato stabilisce che la gara prevede l'affidamento del “servizio di smaltimento/trattamento” dei rifiuti solidi urbani non pericolosi indifferenziati, precisando che le principali prestazioni richieste sono: a) lo smaltimento delle impurità rinvenute nel materiale conferito; b) lo smaltimento in discarica dei rifiuti non valorizzabili; b) la pesatura dei rifiuti mediante bilici omologati e controllati dall'Ufficio pesi e misure; d) la redazione della documentazione necessaria a garantire la tracciabilità dei rifiuti, per consentire alla stazione Appaltante di poter compilare la documentazione dovuta.

Inoltre, all'art. 8, comma 8, il capitolato specifica che l'appaltatore è tenuto ad avviare allo smaltimento presso impianti muniti d'idonee autorizzazioni “eventuali frazioni estranee non valorizzabili presenti nei rifiuti conferiti dalla Stazione Appaltante, nonché gli altri scarti rivenienti dalla lavorazione”.

Il servizio in esame ha quindi ad oggetto il trattamento dei rifiuti solidi urbani non pericolosi indifferenziati, consistente principalmente nelle operazioni di “smaltimento”, presso impianti idonei nella disponibilità dell'appaltatore (comprensivo anche delle attività di ricevimento, pesatura e scarico), e non anche il trasporto dei predetti rifiuti che viene svolto a spese della stazione appaltante.

Con riguardo all'attività di “recupero” dei rifiuti urbani oggetto di “raccolta differenziata”, viene in rilievo l'art. 181 del d.lgs. n. 152/2006.

Il comma 5 dell'art. 181, cit., stabilisce che i rifiuti urbani oggetto di “raccolta differenziata”, destinati al riciclaggio ed al recupero, “è sempre ammessa la libera circolazione sul territorio nazionale ... al fine di favorire il più possibile il loro recupero privilegiando, anche con strumenti economici, il principio di prossimità agli impianti di recupero” (prossimità tra il luogo di raccolta e l'impianto di recupero).

Con riferimento all'attività di "smaltimento" dei rifiuti urbani indifferenziati, vengono in rilievo in particolare gli artt. 182 e 182-bis del d.lgs. n. 152/2006.

L'art. 182, comma 3, cit., prevede che "È vietato smaltire i rifiuti urbani non pericolosi in regioni diverse da quelle dove gli stessi sono prodotti, fatti salvi eventuali accordi regionali o internazionali, qualora gli aspetti territoriali e l'opportunità tecnico economica di raggiungere livelli ottimali di utenza servita lo richiedano".

Il successivo art. 182-bis, comma 1, cit., stabilisce che lo smaltimento dei rifiuti urbani non differenziati è attuato "b) ... 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" (prossimità tra il luogo di produzione o di raccolta e l'impianto di smaltimento).

In relazione all'attività di smaltimento dei rifiuti indifferenziati, il legislatore ha quindi previsto che l'affidamento del servizio debba avvenire in favore di impianti idonei "più vicini ai luoghi di produzione o raccolta".

Il legislatore ha così sancito il principio di prossimità tra il luogo di produzione o di raccolta dei rifiuti indifferenziati e gli impianti in cui gli stessi debbano essere smaltiti, senza tuttavia predeterminare la distanza minima o massima in relazione alle quali opera il principio, rimettendo tale determinazione alle scelte discrezionali della stazione appaltante.

La ratio di tale disciplina è contenuta nella stessa previsione legislativa che sancisce il principio di prossimità ossia "ridurre i movimenti dei rifiuti" poiché si è ragionevolmente ritenuto che il minor trasporto dei rifiuti indifferenziati tra i "luoghi di produzione o raccolta" e quello di smaltimento riduce l'inquinamento ambientale derivante dalla produzione dei rifiuti, consentendo che i rifiuti siano trattati nel minor tempo possibile nei luoghi che sono deputati a tanto nel rispetto della disciplina di riferimento.

Anche con riferimento alla distinta fattispecie del recupero dei rifiuti differenziati, il legislatore ha contemplato il principio di prossimità tra il luogo di raccolta e l'impianto di recupero. Tuttavia, in questo caso e a differenza dello smaltimento dei rifiuti indifferenziati, il legislatore ha previsto che l'affidamento del servizio non deve avvenire necessariamente in favore di impianti il più possibile vicini al luogo di raccolta, dovendosi privilegiare la scelta di impianti che, sebbene non prossimi, siano in grado di assicurare "il più possibile" il recupero dei rifiuti differenziati.

Nel caso di specie, non trova quindi applicazione la disposizione invocata dalla ricorrente quale parametro di legittimità ossia la fattispecie del recupero dei rifiuti differenziati (art. 182, comma 5, d.lgs. n. 152/2006), poiché la stazione appaltante ha affidato il servizio di smaltimento dei rifiuti indifferenziati. Trova quindi applicazione

l'art. 182-bis, comma 1, d.lgs. n. 152/2006, che sancisce il rispetto del principio di prossimità tra il luogo di produzione o di raccolta e l'impianto di smaltimento.

È invece fondata l'altra censura, contenuta sempre nel primo motivo del ricorso per motivi aggiunti, relativa alla violazione dell'art. 108, comma 4, d.lgs. n. 36/2023.

L'art. 108, comma 4, cit., prevede che la stazione appaltante introduce nei “documenti di gara ... i criteri di aggiudicazione dell'offerta, pertinenti alla natura, all'oggetto e alle caratteristiche del contratto. In particolare, l'offerta economicamente più vantaggiosa, individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo, è valutata sulla base di criteri oggettivi, quali gli aspetti qualitativi, ambientali o sociali, connessi all'oggetto dell'appalto”; inoltre, stabilisce che la stazione appaltante “al fine di assicurare l'effettiva individuazione del miglior rapporto qualità/prezzo dell'offerta dei concorrenti, valorizza gli elementi qualitativi dell'offerta e individua criteri tali da garantire un confronto concorrenziale effettivo sui profili tecnici”.

La stazione appaltante gode quindi di ampia discrezionalità nella scelta dei criteri di valutazione delle offerte per meglio perseguire l'interesse pubblico; tale scelta, sindacabile in sede di giurisdizione di legittimità solo allorché sia illogica, irragionevole ed irrazionale oppure se i criteri non sono trasparenti ed intellegibili.

Nel caso in esame, la stazione appaltante non ha valorizzato la prossimità dell'impianto di smaltimento quale requisito speciale di partecipazione alla gara (art 10 del d.lgs. n.36/2023). Ha invece valorizzato la prossimità da un lato quale criterio di valutazione dell'offerta tecnica (profilo tecnico) e dall'altro lato quale elemento premiale del concorrente (profilo economico) (art. 108 del d.lgs. n. 36/2023).

Sotto il profilo tecnico, l'operatore che dispone di un impianto distante meno di 30 km dalla sede legale della stazione appaltante matura 35 punti per l'offerta tecnica per il sol fatto di disporre dell'impianto (art. 17.1, lett. B), del disciplinare).

Sotto il profilo economico, l'operatore che dispone di un impianto distante meno di 30km dalla sede legale della stazione appaltante non è tenuto a sostenere il costo del trasporto dei rifiuti dalla sede legale a quella dell'impianto dal momento che tale costo rimane integralmente a carico della stazione appaltante. Viceversa, in caso di “distanze pari o superiori al limite anzidetto”, al fine di ridurre i maggiori costi gravanti sulla stazione appaltante “per manutenzioni, carburante, personale, e organizzazione aziendale”, l'operatore “dovrà contribuire alle spese di trasporto” (art. 9 del capitolato).

Dunque, l'unico presupposto costituito dalla vicinanza dell'impianto alla sede legale riceve una duplice valorizzazione, tecnica ed economica.

In questo modo, la stazione appaltante ha stabilito di attribuire un significativo punteggio tecnico (35 punti pari alla metà di quelli previsti) per la sola disponibilità di un impianto vicino alla propria sede legale.

Non è evidente però quale sia la particolare qualità tecnica di un impianto che si trova vicino (meno di 30 km) alla sede legale della stazione appaltante rispetto ad un altro impianto che risulta collocato ad una maggiore distanza.

Inoltre, non si evince la ragione tecnica sulla base della quale si è deciso di attribuire un così significativo punteggio tecnico (35/70 punti) in base alla distanza che l'impianto ha rispetto alla “sede legale” della stazione appaltante, fermo restando che l'art. 182-bis, comma 1, cit., collega il principio di prossimità “ai luoghi di produzione o raccolta” e non alla sede legale della stazione appaltante per l'evidente constatazione che soltanto il primo caso consente di “ridurre i movimenti dei rifiuti”.

Ne consegue che l'operatore che inverte la fattispecie della prossimità rispetto alla sede legale, indicata nel bando, godrà soltanto per questo di un sicuro vantaggio concorrenziale, prescindendo dalle caratteristiche tecniche della sua offerta.

Difatti, non dovendo sostenere costi operativi per il trasporto dei rifiuti, il predetto operatore avrà la possibilità: i) di proporre un'offerta (tecnica ed economica) complessivamente migliore (considerando il maggior punteggio che otterrebbe per l'offerta economica potendo escludere i costi di trasporto); ii) di proporre un'offerta economica complessivamente più remunerativa (sapendo di maturare un alto punteggio per l'offerta tecnica in relazione alla voce della collocazione dell'impianto, l'operatore indotto ad offrire un prezzo maggiore, compensando così il possibile minor punteggio per l'offerta economica con quello già acquisito per l'offerta tecnica).

Simili previsioni di gara, nella parte in cui stabiliscono, senza plausibile ragione, di attribuire la metà del punteggio tecnico in palio per la prossimità dell'impianto rispetto alla sede legale della stazione appaltante, non risultano idonee, ai sensi dell'art. 108, comma 4, cit., a "garantire un confronto concorrenziale effettivo sui profili tecnici" "della proposta negoziale dei concorrenti, poiché di fatto riducono fortemente il confronto concorrenziale sui reali elementi tecnici dell'offerta.

Inoltre, tali previsioni, nel prevedere al contempo (anche) un vantaggio economico per l'operatore che si trova nella situazione di prossimità, non sono adeguate, ai sensi dell'art. 108, comma 4, cit., ad "assicurare l'effettiva individuazione del miglior rapporto qualità/prezzo" della proposta, poiché incoraggiano offerte non competitive o sconvenienti, favorendo di fatto l'operatore che inverte la condizione della prossimità; questi, sapendo di ottenere un duplice vantaggio per la prossimità, è infatti portato a proporre un'offerta economica non conveniente per la stazione appaltante oppure a presentare un'offerta tecnica meno competitiva in relazione agli elementi diversi dalla prossimità.

Ciò è appunto quello che si è verificato nel caso di specie.

A2A Ambiente si è classificata al primo posto conseguendo con il punteggio complessivo più alto (76) grazie ai 67 punti per l'offerta tecnica di contro a soli 8,97 punti per l'offerta economica, mentre BEA Gestioni si è classificata al secondo posto con il punteggio complessivo di poco inferiore (73,20) costituito da 43,20 punti per l'offerta tecnica e 30 punti per l'offerta economica.

Contrariamente a quanto sostenuta dalla difesa di A2A Ambiente, la disciplina di gara (sulla duplice valorizzazione della condizione di prossimità) non può ritenersi legittimata poiché "in linea" con l'art. 108, comma 7, cit.,

L'art. 108, comma 7, cit., stabilisce che "Ai fini della tutela della libera concorrenza e della promozione del pluralismo degli operatori nel mercato, le procedure relative agli affidamenti di cui al Libro II, parte IV, possono prevedere, nel bando di gara, nell'avviso o nell'invito, criteri premiali atti a favorire la partecipazione delle piccole e medie imprese nella valutazione dell'offerta e a promuovere, per le prestazioni dipendenti dal principio di prossimità per la loro efficiente gestione, l'affidamento ad operatori economici con sede operativa nell'ambito territoriale di riferimento".

La stazione appaltante non ha fatto applicazione di tale disposizione nel bando di gara in quanto non ha previsto "criteri premiali" volti "a promuovere, per le prestazioni dipendenti dal principio di prossimità per la loro efficiente gestione, l'affidamento ad operatori economici con sede operativa nell'ambito territoriale di riferimento".

Inoltre, il criterio di valutazione introdotto nell'art. 17.1, lett. B), del disciplinare (prossimità), non è rivolto a tutti gli operatori economici "con sede operativa nell'ambito territoriale di riferimento", bensì in favore del solo operatore avente la

disponibilità di un impianto di smaltimento situato a meno di 30 km dalla sede legale della stazione appaltante.

Vanno accolte le eccezioni di carenza d'interesse alla decisione del secondo e terzo motivo del gravame.

Con riferimento al secondo motivo, parte ricorrente nell'espone la censura non allega il superamento della c.d. prova di resistenza ossia non indica il beneficio, sia pur potenziale, che potrebbe derivare dall'accoglimento del motivo in termini di punteggio utile al fine di risultare aggiudicataria della gara, fermo restando che la BEA Gestioni ha ottenuto il punteggio massimo per le voci A.2 (10 punti), C.1 (9 punti) e C.2 (6 punti), mentre ha ottenuto un punteggio più basso rispetto ad A2A Ambiente per la voce A.1 non avendo formulato un'offerta migliorativa.

Con riferimento al terzo motivo, avendo parte ricorrente formulato un'offerta remunerativa per la quale ha ottenuto peraltro il maggior punteggio per profilo economico, la previsione dell'art. 15, punto 4, del disciplinare, non le ha di fatto impedito di presentare "un'offerta seria e remunerativa".

In conclusione, il ricorso introduttivo va dichiarato inammissibile. Il ricorso per motivi aggiunti va accolto nei limiti e nei sensi sopra indicati; per l'effetto vanno annullati sia agli atti di gara nella parte di interesse della ricorrente con riferimento all'art. 9 del capitolato e dell'art. 17.1, lett. B) del disciplinare, sia l'aggiudicazione della gara disposta in favore della controinteressata.

La stazione appaltante è tenuta a conformarsi in via esecutiva alla presente decisione, ri-esercitando il potere amministrativo emendato dai vizi di illegittimità ivi accertati, adottando gli atti amministrativi conseguenti alla presente pronuncia giurisdizionale.

In considerazione della natura della controversia e della rilevanza delle questioni giuridiche trattate, il Collegio dispone la condanna delle spese di giudizio a carico della stazione appaltante che liquida in dispositivo.

### **P.Q.M.**

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul gravame, come in epigrafe proposto e integrato dai motivi aggiunti, così dispone:

- dichiara inammissibile il ricorso introduttivo;
- accoglie il ricorso per motivi aggiunti nei limiti e nei sensi di cui in motivazione.

Condanna Area Sud Milano S.p.a. al pagamento delle spese di giudizio in favore di parte ricorrente che si liquidano nella somma complessiva di Euro 3.000,00, oltre Iva, Cap, spese generali e rimborso del contributo unificato versato; compensa le spese di giudizio tra le altre parti.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 16 ottobre 2024

Con l'intervento dei magistrati:

Antonio Vinciguerra, Presidente

Luca Iera, Primo Referendario, Estensore

Marilena Di Paolo, Referendario

**L'ESTENSORE Luca Iera**

**IL PRESIDENTE Antonio Vinciguerra**

IL SEGRETARIO