

**APPALTI: Contratti della P.A. - Gara - Bando e lettera di invito - Nozione - Obbligo di motivazione ex art. 3 l. n. 241 del 1990 e smi - Insussistenza - Appalti di servizi - Servizio di igiene urbana e di raccolta di rifiuti organici - Criterio del minor prezzo - Clausola del capitolato speciale che valorizza le abilità imprenditoriali dei concorrenti e la capacità degli stessi di individuare soluzioni adeguate e rispondenti alle esigenze della stazione appaltante - Legittimità.**

**Tar Piemonte - Torino, Sez. II, 17 ottobre 2022, n. 863**

1. “[...] Il bando di gara costituisce, secondo la teoria ormai più accreditata, un atto amministrativo a contenuto generale non soggetto all’obbligo di motivazione ai sensi dell’art. 3, comma 2, della legge n. 241/1990. In particolare, la stazione appaltante non è tenuta ad enunciare le ragioni concrete che, alla luce del fabbisogno interno e delle caratteristiche organizzative che le sono proprie, hanno determinato la configurazione della gara o la scelta di inserire la clausola in contestazione, né a giustificare le proprie valutazioni discrezionali [...]”.

2. “[...] Nella predisposizione della presente gara [...] la stazione appaltante ha considerato pure le modalità del servizio di raccolta, senza che ciò costituisca in alcun modo un elemento di illegittimità delle scelte operate e riflesse nella lex specialis dell’attuale gara, non solo perché trattasi di attività connesse (raccolta e recupero) che fanno parte dell’unitario processo di gestione dei rifiuti, ma anche perché le descritte condizioni definiscono l’esigenza specifica della stazione appaltante che la stessa, nella propria discrezionalità, intende al meglio soddisfare con la procedura di affidamento in questione, a prescindere da quali possano essere – in astratto o secondo i desiderata degli operatori economici – le migliori soluzioni adottabili.

[...] la disciplina esaminata valorizza le abilità imprenditoriali dei concorrenti e la capacità degli stessi di individuare soluzioni adeguate e rispondenti alle esigenze della stazione appaltante, tenuto conto del ventaglio di possibilità che le disposizioni sopra richiamate consentono. In particolare, l’art. 11 del Capitolato Speciale richiede ai concorrenti non in possesso di un proprio impianto di recupero entro la distanza massima prevista di dimostrare la disponibilità non necessariamente di un impianto autorizzato al trasferimento o stoccaggio temporaneo di rifiuti, ma anche solo di un “luogo” attrezzato per tale finalità, nel rispetto dell’art. 193 del D.Lgs. n. 152/2006.

[...] In sostanza, la norma consente l’approntamento di sistemi di trasbordo, inclusi cassoni e dispositivi scarrabili o “altre carrozzerie mobili che proseguono il trasporto”, che permettono all’operatore economico di organizzare il carico dei rifiuti e il successivo trasporto fino all’impianto di destinazione. Non è dunque imprescindibile, per la partecipazione alla gara, avere

la disponibilità di un impianto o di un sito autorizzato allo stoccaggio, potendo il concorrente, nell'ambito delle proprie valutazioni imprenditoriali, ricorrere alle diverse soluzioni consentite dall'art. 193 del D.Lgs. n. 152/2006 e dalla *lex specialis* di gara che detta disposizione espressamente richiama [...]”.

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

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Azienda Consortile Ecologica Monregalese – A.C.E.M.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 28 settembre 2022 la dott.ssa Valentina Caccamo e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

#### FATTO e DIRITTO

1. L'Azienda Consortile Ecologica Monregalese – A.C.E.M. (di seguito solo “A.C.E.M.”) – Consorzio costituito da 87 Comuni ai sensi della L.R. n. 24/2002, che svolge le funzioni amministrative di governo e di indirizzo nella programmazione del servizio di raccolta e smaltimento rifiuti del Bacino n. 9 (Monregalese) – ha bandito una procedura aperta per l'affidamento dei servizi di recupero dei rifiuti organici (EER 20 01 08), per gli anni 2022-2025, da aggiudicare con il criterio del minor prezzo.
2. Montello S.p.A. (di seguito solo “Montello”), operatore che svolge attività di recupero e riciclaggio di frazioni utili di rifiuti e gestore uscente del servizio oggetto della gara in contestazione, ha impugnato alcune clausole della *lex specialis*, ritenendole escludenti e impeditive della sua partecipazione alla procedura, nonché sotto vari profili lesive del principio di concorrenza negli affidamenti pubblici.
3. Si è costituita in giudizio A.C.E.M. per resistere al ricorso, eccependo l'inammissibilità delle censure in quanto travalicanti la sfera di discrezionalità amministrativa e chiedendo il rigetto del gravame nel merito.
4. Alla camera di consiglio del 21.06.2022 l'istanza cautelare è stata respinta.
5. Con atto di motivi aggiunti depositato in data 19.07.2022, la ricorrente ha sviluppato ulteriori doglianze sulla base dei documenti versati in atti dalla stazione appaltante.
6. Nei successivi scritti le parti hanno sviluppato i rispettivi argomenti difensivi e, *inter alios*, la resistente amministrazione ha eccepito l'inammissibilità del ricorso introduttivo e dei motivi aggiunti per carenza di legittimazione, non avendo la ricorrente presentato domanda di partecipazione alla gara oggetto di giudizio.

7. All'udienza del 28 settembre 2022, la causa è stata trattenuta in decisione.
8. Va dato atto che alla scadenza del termine previsto dalla *lex specialis* di gara, hanno presentato offerta due imprese. La procedura è in corso e non è stata ancora stata disposta l'aggiudicazione.
9. Si può prescindere dallo scrutinio delle eccezioni preliminari sollevate dalla resistente perché il ricorso è infondato nel merito.
10. Con i quattro motivi articolati nel ricorso introduttivo e, in parte, integrati nei motivi aggiunti (cfr. in particolare, motivo n. 7), da trattarsi congiuntamente stante la loro connessione sostanziale, Montello censura la stessa architettura della procedura indetta da A.C.E.M., ritenendo che alcune previsioni della *lex specialis* sarebbero escludenti e impedirebbero la sua partecipazione alla gara, risultando artificiosamente restrittive della concorrenza. In particolare, si tratta delle clausole secondo cui i concorrenti: a) devono essere dotati di un impianto per il recupero dei rifiuti in questione entro un raggio di 60 Km di percorrenza stradale dalla sede legale della stazione appaltante, che provvederà essa stessa a consegnare, nel predetto limite chilometrico, i rifiuti provenienti dalla raccolta differenziata; b) nel caso in cui l'impianto si trovi a una distanza superiore, dovranno assicurare la disponibilità di un luogo e/o impianto autorizzato ed attrezzato per il trasferimento/stoccaggio temporaneo dei rifiuti, ubicato entro la suddetta distanza di 60 Km.
11. Secondo la ricorrente, tali disposizioni impedirebbero alla stessa di partecipare alla gara, in quanto, entro la distanza indicata dalla stazione appaltante, sarebbero disponibili solo tre impianti di trattamento e nessun impianto di "trasferenza", il che renderebbe impossibile per l'operatore non munito di proprio impianto acquisirne contrattualmente la disponibilità, vieppiù nei ristretti tempi di partecipazione alla gara. Inoltre, si verrebbe a creare un doppio frazionamento geografico e materiale della prestazione tra operatori che dispongono di un proprio impianto entro la distanza fissata e quelli che, invece, ne sono privi e devono procurarsi un adeguato luogo di trasferimento. Tale articolazione della gara sarebbe frutto di un'istruttoria insufficiente e inadeguata, mancando non solo ogni considerazione, anche nella stessa determina a contrarre, dell'impatto che una procedura così congegnata potrebbe avere sulla libera concorrenza, ma anche la valutazione comparativa tra detto valore e il perseguimento dei benefici ambientali (legati, in particolare, al rispetto del principio di prossimità di cui agli artt. 181, comma 5 e 182 bis del D.Lgs. n. 152/2006).
12. Le censure, per quanto ampiamente e ben argomentate, sono complessivamente infondate.
13. Per migliore comprensione delle questioni trattate, occorre innanzitutto ricostruire il contenuto delle disposizioni della *lex specialis* di gara qui d'interesse, tenuto conto della specificità e delle caratteristiche della stazione appaltante.

In considerazione della natura del servizio oggetto d'appalto – ovvero recupero di rifiuti organici putrescibili (EER 20 01 08), ad alto tasso di umidità, provenienti dalla raccolta differenziata dei rifiuti urbani ed assimilati (operazioni R3 e/o R13 dell'Allegato C – Parte quarta al D. Lgs. 152/2006 e s.m.i.)” – l'art. 11 del Capitolato Speciale richiede che l'appaltatore debba necessariamente *“risultare nella disponibilità di un impianto per il trattamento a recupero dei rifiuti in oggetto”*. La disposizione precisa, poi, che laddove detto impianto sia ubicato entro il raggio di 60 km di percorrenza stradale dalla sede legale della stazione appaltante, *“l'appaltatore dovrà occuparsi delle sole attività di recupero come definite e meglio precisate nel presente Capitolato, mentre l'attività di trasporto dei rifiuti sino all'impianto sarà effettuata a cura di ACEM”*.

Nel caso in cui l'impianto si trovi ad una distanza superiore, l'appaltatore dovrà garantire, con oneri a proprio carico, la *“disponibilità di un luogo e/o impianto autorizzato ed attrezzato per il trasferimento/stoccaggio temporaneo dei rifiuti, ubicato entro la suddetta distanza di 60 Km, al fine di assicurare il rispetto di quanto previsto dall'art. 193 del D. Lgs. 152/2006 e s.m.i.”*. La previsione in esame continua, poi, precisando che A.C.E.M. garantirà il trasporto dei rifiuti sino al luogo e/o impianto entro il raggio di 60 km dalla sede legale, mentre il successivo trasporto all'impianto di trattamento finale dovrà essere gestito a cura e spese dell'appaltatore, che si dovrà avvalere di personale e mezzi autorizzati alle operazioni di trasporto secondo le vigenti norme tecniche.

L'art. 2. a), n. 4 del Disciplinare individua gli adempimenti necessari ai fini della partecipazione alla gara, prevedendo che, laddove il concorrente intenda avvalersi un impianto di recupero di rifiuti posto a una distanza maggiore di 60, debba:

- indicare *“il luogo e/o impianto autorizzato ed attrezzato per il trasferimento/stoccaggio temporaneo dei rifiuti, in cui intende conferire, a norma di legge, i rifiuti prima del trasporto sino all'impianto di recupero”*;
- produrre *“la documentazione attestante l'autorizzazione a norma di legge dell'impianto/luogo previsto per il conferimento intermedio dei rifiuti”*;
- produrre, ove l'impianto sia di proprietà di un soggetto terzo, una lettera a firma del proprietario con cui quest'ultimo dichiara di aver preso visione della documentazione di gara e dichiara la propria disponibilità e impegno ad accogliere presso il proprio impianto i rifiuti oggetto;
- indicare *“le modalità con cui intende effettuare il trasporto all'impianto finale nonché produca l'autorizzazione al trasporto del soggetto, ove diverso dal concorrente, che svolgerà tale attività”*.

14. Ritiene il Collegio che la disciplina di gara così elaborata non sia inficiata dai vizi denunciati, non sia illegittimamente restrittiva della concorrenza, né abbia carattere intrinsecamente escludente tale da impedire alla ricorrente la partecipazione alla gara.

14.1. Le clausole della *lex specialis* oggetto di gravame, infatti, non prevedono che alla gara possano partecipare esclusivamente gli operatori economici che siano titolari di un impianto di smaltimento nel raggio di 60 km dalla sede legale, né richiedono tale condizione tra i requisiti di ammissione. Al contrario, le disposizioni richiamate consentono a tutte le imprese operanti sul mercato di riferimento di prendere parte alla procedura, ottenendo previamente “la disponibilità” di un “impianto” o un “luogo” – ai sensi dell’art. 193 del D.Lgs. n. 152/2006 (cfr. *infra*) – in cui possa essere effettuato lo stoccaggio dei rifiuti o il trasferimento degli stessi dal gestore del servizio di raccolta R.S.U. ai mezzi di trasporto dell’operatore incaricato del recupero della Forsu, che li condurrà al sito di destinazione. Disponibilità che, ai fini dell’ammissione alla procedura, non deve essere garantita in concreto e con il preventivo approntamento materiale del luogo e/o dell’impianto, dovendo inizialmente solo essere dimostrata, a garanzia della serietà dell’impegno del concorrente, con le modalità di cui all’art. 2 a), punto 4 del Disciplinare, che il Collegio non ritiene esorbitanti, sproporzionate o irragionevoli.

14.2. Il meccanismo ora descritto, che comprende le due succitate modalità di “accesso” alla gara e, soprattutto, l’indicata distanza limite di 60 km, si giustificano e si comprendono alla luce delle particolari caratteristiche e del fabbisogno specifico della stazione appaltante, al cui soddisfacimento è finalizzata la procedura di affidamento. Va infatti considerato che, con autonoma gara, A.C.E.M. ha affidato ad altro operatore il servizio di raccolta dei rifiuti organici, stabilendo che questi dovesse provvedere anche al relativo trasporto presso gli impianti di smaltimento o recupero privati, situati in un’area territoriale delineata dal raggio di 60 km dalla sede legale della stazione appaltante, per complessivi 120 km di diametro. In altre parole, l’attività di raccolta dei rifiuti organici ne ricomprende anche il trasporto fino alla distanza massima di 60 km, già remunerato da A.C.E.M. con il prezzo pagato all’appaltatore per lo svolgimento di detto servizio.

In tale contesto, in mancanza di un deposito temporaneo o di un’area di trasbordo dei rifiuti organici di proprietà della stessa della stazione appaltante, quest’ultima ha stabilito che rimanga a carico dell’operatore economico partecipante alla gara in oggetto organizzare il servizio in modo tale da ricevere, presso un luogo idoneo individuato all’interno di un’area di 60 km dalla sede della società, i rifiuti che conferirà nell’impianto di recupero prescelto.

14.3. Nella predisposizione della presente gara, quindi, la stazione appaltante ha considerato pure le modalità del servizio di raccolta, senza che ciò costituisca in alcun modo un elemento di

illegittimità delle scelte operate e riflesse nella *lex specialis* dell'attuale gara, non solo perché trattasi di attività connesse (raccolta e recupero) che fanno parte dell'unitario processo di gestione dei rifiuti, ma anche perché le descritte condizioni definiscono l'esigenza specifica della stazione appaltante che la stessa, nella propria discrezionalità, intende al meglio soddisfare con la procedura di affidamento in questione, a prescindere da quali possano essere – in astratto o secondo i desiderata degli operatori economici – le migliori soluzioni adottabili.

15. Peraltro, la disciplina esaminata valorizza le abilità imprenditoriali dei concorrenti e la capacità degli stessi di individuare soluzioni adeguate e rispondenti alle esigenze della stazione appaltante, tenuto conto del ventaglio di possibilità che le disposizioni sopra richiamate consentono. In particolare, l'art. 11 del Capitolato Speciale richiede ai concorrenti non in possesso di un proprio impianto di recupero entro la distanza massima prevista di dimostrare la disponibilità non necessariamente di un impianto autorizzato al trasferimento o stoccaggio temporaneo di rifiuti, ma anche solo di un "luogo" attrezzato per tale finalità, nel rispetto dell'art. 193 del D.Lgs. n. 152/2006. Detta disposizione, infatti, stabilisce al comma 15 che *"gli stazionamenti dei veicoli in configurazione di trasporto, nonché le soste tecniche per le operazioni di trasbordo, ivi compresi quelli effettuati con cassoni e dispositivi scarrabili, o con altre carrozzerie mobili che proseguono il trasporto, non rientrano nelle attività di stoccaggio di cui all'articolo 183, comma 1, aa), purché le stesse siano dettate da esigenze di trasporto e non superino le 72 ore, escludendo dal computo i giorni interdetti alla circolazione"*. In sostanza, la norma consente l'approntamento di sistemi di trasbordo, inclusi cassoni e dispositivi scarrabili o *"altre carrozzerie mobili che proseguono il trasporto"*, che permettono all'operatore economico di organizzare il carico dei rifiuti e il successivo trasporto fino all'impianto di destinazione. Non è dunque imprescindibile, per la partecipazione alla gara, avere la disponibilità di un impianto o di un sito autorizzato allo stoccaggio, potendo il concorrente, nell'ambito delle proprie valutazioni imprenditoriali, ricorrere alle diverse soluzioni consentite dall'art. 193 del D.Lgs. n. 152/2006 e dalla *lex specialis* di gara che detta disposizione espressamente richiama.

15.1. Non persuade, poi, l'argomentazione spesa dalla ricorrente (cfr. in particolare pag. 8 e ss del ricorso per motivi aggiunti) secondo cui l'interpretazione delle disposizioni del Capitolato Speciale e del Disciplinare sopra propugnata sarebbe smentita dal dato letterale delle stesse, in quanto si richiederebbe sempre la disponibilità – oltre che di un impianto – di un luogo comunque "autorizzato" e con verifica della conformità rispetto alla normativa ambientale a carico del concorrente. In realtà, ciò che la legge di gara (cfr. art 11 del Capitolato Speciale) ha inteso prescrivere ai concorrenti è che, nel caso di impianto di trattamento ubicato a più di 60 km dalla

sede legale della stazione appaltante, le soluzioni prescelte dal singolo operatore economico per la gestione della fase di trasbordo dei rifiuti, siano, pur nell'ambito della discrezionalità organizzativa e imprenditoriale, comunque rispettose della normativa ambientale e delle prescrizioni che dovessero essere previste in relazione alle misure approntate nel caso concreto. Così, l'impianto di stoccaggio dovrà essere autorizzato secondo la normativa vigente, mentre il "luogo" – termine che lascia volutamente libertà all'imprenditore di individuare la soluzione più conveniente per la propria organizzazione e che non deve essere confuso con "impianto" – indicato dalla *lex specialis* di gara dovrà essere attrezzato (e autorizzato, ove necessario) in modo da garantire il rispetto del più volte richiamato art. 193 del D.Lgs. n. 152/2006.

15.2. Peraltro, tali circostanze sono state ampiamente illustrate nel chiarimento fornito dalla stazione appaltante su espressa richiesta della stessa Montello, laddove esplicitamente si afferma che, laddove il concorrente non avesse la disponibilità di un impianto di recupero entro il raggio di 60 km, avrebbe dovuto garantire *“la disponibilità di un luogo in cui, in conformità alla normativa tecnica di settore, il gestore del servizio di raccolta dei rifiuti possa scaricare il materiale raccolto direttamente dai propri mezzi. Le modalità con cui garantire il trasferimento dei rifiuti (ad es. a terra o su cassoni stagni) sono rimesse all'autonomia decisionale e gestionale dell'appaltatore, purché sia garantito il rispetto della normativa in materia ambientale”*. Inoltre, con specifico riferimento alle caratteristiche del "luogo e/o impianto" in cui effettuare le predette operazioni, nel chiarimento si precisa che *“la scelta dello stesso e la verifica della conformità rispetto alla normativa ambientale è rimessa al concorrente/appaltatore, costituendo parte della capacità imprenditoriale richiesta alle ditte del settore. Si evidenzia che l'idoneità e le eventuali autorizzazioni dei siti per lo stoccaggio temporaneo sono definite dal D. Lgs. 152/2006 (...)”* (cfr. doc. 6 della ricorrente).

Montello, dunque, era ben edotta del ventaglio di possibilità che già la stessa stazione appaltante riteneva praticabili al fine di soddisfare il requisito in contestazione, anche a prescindere dalle soluzioni che la stessa avrebbe potuto elaborare, nell'ambito della propria competenza professionale, quale operatore esperto del settore in applicazione delle previsioni della legge di gara erroneamente ritenute escludenti. Dell'impossibilità oggettiva di partecipare alla gara attraverso una delle modalità legittimamente previste dalla *lex specialis*, inoltre, Montello non offre alcuna concreta dimostrazione, né dà prova dell'impossibilità di formulare un'offerta sostenibile per la partecipazione alla gara, considerando anche che la base d'asta è stata incrementata da euro 80/ton a euro 104/ton (di cui euro 1,00 per oneri della sicurezza) per consentire più ampia partecipazione.

15.3. Alla luce delle considerazioni che precedono, quindi, ritiene il Collegio che la *lex specialis* di gara contestata dalla ricorrente non solo sia priva in sé di carattere escludente, ma neppure determini la paventata restrizione della concorrenza su base territoriale più volte denunciata. Del resto, la giurisprudenza ha posto l'accento sulla necessità di declinare correttamente i diversi principi che segnano la materia degli appalti pubblici, tenendo conto dell'esigenza propria della singola stazione appaltante di approvvigionarsi sul mercato di beni o servizi in termini tali da poter soddisfare il proprio fabbisogno specifico. Così, è stato affermato, con conclusioni valedoli anche nella fattispecie, che *“è proprio il diritto comunitario ad insegnare che la tutela della concorrenza, che qui dunque appare garantita, può essere peraltro recessiva (o quanto meno bilanciata) rispetto alle esigenze sottese ad una efficiente ed efficace erogazione del servizio, in ragione della prevalenza funzionale, nella disciplina (anche comunitaria) degli appalti pubblici, del profilo causale inerente le ragioni della domanda pubblica”* (cfr. Cons. Stato, Sez. III, 12.10.2021, n. 6839).

16. Sempre nell'ambito del ricorso introduttivo, la ricorrente lamenta che la stazione appaltante non avrebbe motivato in ordine alla scelta di inserire nella *lex specialis* di gara la clausola oggetto di contestazione, né avrebbe indicato le ragioni poste alla base di detta decisione. La censura è ripresa e ampliata con i motivi aggiunti (cfr. in particolare motivi nn. 5 e 6), nei quali si contesta altresì che la relazione tecnica versata in atti da A.C.E.M. (cfr. doc. 5 della resistente e 25 della ricorrente) costituirebbe un'illegittima integrazione postuma della motivazione del provvedimento amministrativo.

La censura è complessivamente infondata.

16.1. Il bando di gara costituisce, secondo la teoria ormai più accreditata, un atto amministrativo a contenuto generale non soggetto all'obbligo di motivazione ai sensi dell'art. 3, comma 2, della legge n. 241/1990. In particolare, la stazione appaltante non è tenuta ad enunciare le ragioni concrete che, alla luce del fabbisogno interno e delle caratteristiche organizzative che le sono proprie, hanno determinato la configurazione della gara o la scelta di inserire la clausola in contestazione, né a giustificare le proprie valutazioni discrezionali. L'obbligo di motivazione riferito al bando di gara non ha dunque carattere generale, ma sorge soltanto in relazione a specifiche disposizioni che, in via eccezionale, lo richiedono espressamente: in questo senso basti pensare alla regola della suddivisione in lotti della commessa, cui può derogarsi previa specifica motivazione ai sensi dell'art. 51 del D.Lgs. n. 50/2016, alla decisione di aggiudicare la gara col criterio del minor prezzo ex art. 95, comma 5, alla deroga alla durata massima del contratto quadro di cui all'art. 54, comma 1, alla decisione di ricorrere al dialogo competitivo l'articolo 64, comma 1.



Pertanto, la definizione dei requisiti di partecipazione ad una procedura di affidamento e delle clausole che governano l'esecuzione del successivo contratto è rimessa alla discrezionalità della stazione appaltante, per adattare ogni appalto alle proprie peculiari esigenze e allocare adeguatamente, secondo criteri di efficienza ed economicità, le risorse pubbliche di cui fa uso.

16.2. La giurisprudenza ha invero chiarito che legittimamente la stazione appaltante può introdurre prescrizioni analoghe a quella oggi in contestazione – nella fattispecie si trattava di una distanza non superiore a 15 chilometri – *“sulla scorta di valutazioni e ponderazioni che impingono la sfera di merito dell'azione amministrativa e che resistono al sindacato esogeno di legittimità sui vizi denunciati”* e *“alla luce di ragioni positivamente apprezzabili in quanto supportata da obiettivi di contenimento dei costi a carico della medesima stazione appaltante, di celerità e di funzionalità del servizio”* (cfr. TAR Veneto, Sez. I, 21.06.2018, n. 673; cfr. anche Cons. Stato, Sez. V, 12.05.2017, n. 2238, in relazione a una clausola, ritenuta legittima, che imponeva la presenza di un impianto di trattamento dei rifiuti ubicato entro trenta chilometri dal centro della Città di Roma). Ragioni che sono certamente apprezzabili nel caso di specie, laddove la scelta di introdurre il contestato limite territoriale di 60 km è stata determinata dalle esigenze specifiche della stazione appaltante, in considerazione della mancanza di un proprio centro di raccolta da mettere a disposizione dei concorrenti e della non irrilevante circostanza che il costo per il trasporto dei rifiuti fino al suddetto limite territoriale è a carico dell'appaltatore che effettua il servizio di raccolta.

Il giudice amministrativo, pertanto, non può sostituire la propria valutazione a quella della stazione appaltante, né il singolo operatore economico – come già efficacemente affermato da recente giurisprudenza – *“può pretendere che la gara sia perfettamente modellata sulle esigenze della propria organizzazione aziendale, in modo da presentare un'offerta certamente competitiva e senza alcun onere sostanziale a proprio carico”* (T.A.R. Lombardia-Milano, Sez. IV, 3.02.2020, n. 235).

17. Appurata la mancanza di obbligo generale dell'amministrazione di enunciare le motivazioni – interne e appartenenti alla sfera della discrezionalità amministrativa – per cui ritiene di adottare una certa soluzione nell'impostazione della gara, ritiene il Collegio che la relazione depositata in atti da A.C.E.M. non possa essere qualificata come atto o provvedimento amministrativo *ex se* impugnabile, in ragione del suo carattere meramente descrittivo e illustrativo, sul piano difensivo, delle ragioni che sosterebbero la correttezza dell'operato della stazione appaltante. Ne consegue che il contenuto della suddetta relazione, non trattandosi di un provvedimento amministrativo vero e proprio, ma di un atto sostanzialmente e formalmente endoprocessuale, è suscettibile di contestazione mediante semplice memoria difensiva e non tramite formale impugnazione. I motivi aggiunti di ricorso, pertanto, devono essere considerati alla stregua di uno scritto difensivo.

17.1. Peraltro, osserva in limine il Collegio che già nel chiarimento reso su richiesta della stessa Montello, la stazione aveva già indicato di non avere “*la disponibilità di un proprio luogo in cui far conferire i rifiuti ai soggetti che si occupano delle attività di raccolta e che i contratti di servizio per le attività di raccolta prevedono il conferimento dei rifiuti ad una distanza massima di 60 km dalla sede legale della Stazione Appaltante*”. Per cui, ancor prima del deposito in giudizio della succitata relazione esplicativa, A.C.E.M. aveva sinteticamente chiarito le ragioni concrete sottese all’articolazione della gara nei noti termini (cfr. doc. 6 della ricorrente).

17.2. In ultimo, è irrilevante ai fini del decidere che, in passato, l’approvvigionamento del servizio sia stato gestito con altre modalità o che la precedente gara bandita per l’affidamento del medesimo servizio sia stata ritirata, poiché l’amministrazione non è vincolata ad una specifica soluzione, ma ha ovviamente la facoltà di modulare le proprie scelte in base alle necessità cui l’affidamento risponde e alle diverse esigenze che, nel tempo, dovessero presentarsi. Né la stazione appaltante è tenuta a giustificare le proprie decisioni di merito, essendo rimessa alla discrezionalità di cui la stessa gode la scelta in merito alle modalità di organizzazione del servizio di raccolta differenziata dei rifiuti, non suscettibile di sindacato giurisdizionale, in assenza di chiari indici di irragionevolezza, che, nella fattispecie, il Collegio non rinviene (Cons. Stato, Sez. V, 12.05.2017, n. 2238).

18. Si può passare adesso allo scrutinio dei motivi aggiunti che sviluppano autonome argomentazioni rispetto a quelle illustrate nel ricorso introduttivo, con la precisazione che l’ordine di esame non seguirà, per ragioni logiche e di comodità espositiva, quello proposto dal ricorrente.

19. Con il motivo aggiunto n. 6, Montello contesta che il sito in cui effettuare il trasferimento dei rifiuti avrebbe dovuto essere individuato dalla stessa stazione appaltante, che, invece, nonostante l’esplicita richiesta, si sarebbe rifiutata di indicare a tal fine un possibile “luogo” nella disponibilità sua e/o di comuni che a essa fanno capo.

L’argomento è infondato.

Giova in primo luogo evidenziare come la richiesta di Montello è datata 5.07.2022, cioè 10 giorni prima della scadenza per la presentazione delle offerte, per cui il riferimento alle tempistiche troppo ristrette per ogni eventuale verifica, contenuto nella nota di risposta inviata da A.C.E.M., deve essere inquadrato in tale contesto. Ciò posto, ritiene il Collegio che l’amministrazione resistente abbia correttamente rifiutato di fornire l’informazione richiesta, poiché ciò avrebbe rappresentato violazione o, comunque, disapplicazione della *lex specialis* di gara al cui rispetto anche la parte pubblica è obbligata e che, come anzidetto, non prevedeva l’indicazione specifica di un solo impianto di stoccaggio o di trasferimento dei rifiuti, né tantomeno di un luogo idoneo alle operazioni

di cui all'art. 193, comma 15 del D.Lgs. n. 152/2006. Né la circostanza che ACEM non abbia individuato, prima della gara e in funzione di essa, il sito in cui consentire il trasbordo dei rifiuti può essere considerato un elemento limitativo o indebitamente restrittivo della concorrenza tra gli operatori economici, che sono invece chiamati a misurarsi con le proprie capacità imprenditoriali e organizzative per individuare soluzioni idonee a consentire la loro partecipazione alla gara.

20. Con il motivo aggiunto n. 9, Montello contesta che gli impianti autorizzati sarebbero meno di quelli indicati da A.C.E.M. e soltanto due di essi sarebbero disponibili a ricevere la Forsu, il che confermerebbe non solo il già lamentato difetto di istruttoria, ma anche la restrizione del confronto concorrenziale determinato dalla contestata clausola di "territorialità". Diversamente da quanto sostenuto dalla ricorrente, il Collegio ritiene che la distanza di 60 km indicata dalla stazione appaltante – trattandosi di 120 km complessivi di diametro intorno alla sede legale di A.C.E.M. – non sia irragionevole, né tantomeno risulti restrittiva della concorrenza, per due sostanziali ordini di ragioni.

20.1. Per un verso, è documentata nell'ampia area indicata dalla *lex specialis* di gara la presenza di plurimi siti autorizzati per lo stoccaggio, deposito temporaneo/messa in riserva dei rifiuti organici oggetto d'appalto, elemento, questo, che non ha valore "motivazionale" integrativo del provvedimento, ma restituisce semplicemente lo stato di fatto attuale (Iren Ambiente S.p.A. a distanza di circa 51 km; San Carlo S.r.l. a distanza di circa 21 km; Bra Servizi S.r.l. a distanza di circa 42 km; Egea Ambiente S.r.l. a distanza di circa 42 km; Alpi Acque S.p.A. a distanza di circa 30 km; A.C.S.R. S.p.A. a distanza di circa 33 KM). Rispetto a tale dato, non appare dirimente la corrispondenza depositata in atti dalla ricorrente volta a evidenziare l'impossibilità di conferire la Forsu in questione presso i suddetti impianti. Solo in due dei casi indicati dalla ricorrente, infatti, la risposta fornita sembra indicare che la richiesta della ricorrente si stata rifiutata per ragioni legate ad esigenze oggettive dell'impianto in questione (cfr. docc. 29 e 31), mentre negli altri casi ciò che emerge dai documenti in atti è la sola indisponibilità delle strutture contattate a ricevere i rifiuti per il trasbordo sui mezzi di Montello, che può essere legata a ragioni anche solo commerciali, di opportunità economica, di gestione del servizio entro/fuori l'impianto, che non si traducono necessariamente in una causa in radice impeditiva della partecipazione alla procedura.

20.2. Per altro verso, anche a prescindere dalla presenza e dal numero di siti autorizzati, la partecipazione alla gara è comunque assicurata dalla possibilità di ricorrere a "luoghi" diversi utilizzabili per la gestione delle operazioni di consegna e trasbordo dei rifiuti, ai sensi dell'art. 193, comma 15 del D.Lgs. n. 152/2006.

20. Con il motivo aggiunto n. 8, la ricorrente contesta l'erroneità del richiamo, nelle difese di A.C.E.M., al principio di prossimità degli impianti di recupero ex artt. 181, comma 5 del D.Lgs. n. 152/2006, in quanto non presente nell'istruttoria e nelle motivazioni iniziali dell'amministrazione e, inoltre, normativamente non applicabile al caso in esame. Nella fattispecie, oggetto della gara non è lo smaltimento di rifiuti indifferenziati, ma il recupero della Forsu da raccolta differenziata, quest'ultima non soggetta (a differenza del primo) al rispetto di principio di prossimità sopra richiamato. Tale principio, quindi, non potrebbe impedire la libera circolazione dei rifiuti organici, né giustificare la limitazione della partecipazione alla gara ai soli operatori dotati di impianti di recupero già operativi entro stretti limiti territoriali.

Le censure non colgono nel segno.

20.1. Ritiene il Collegio che la *lex specialis* di gara non sia stata elaborata ponendo al centro delle scelte dell'amministrazione l'applicazione del principio di prossimità nei termini sopra indicati, né che la clausola di territorialità in contestazione possa dirsi espressione della valorizzazione del suddetto principio. A ben vedere, A.C.E.M. non ha impedito la trasportabilità della Forsu verso centri di recupero ubicati a rilevante distanza dall'area di raccolta, né ha ristretto la movimentazione di detto materiale entro un dato perimetro o in un ambito territorialmente ristretto (ad esempio, in ambito regionale). Non vi è infatti alcuna clausola che escluda lo spostamento dei rifiuti oltre il limite di 60 km, essendo soltanto richiesto ai concorrenti che, entro tale distanza, si organizzino in modo adeguato per ricevere in carico la Forsu da trasportare all'impianto di trattamento, ovunque ubicato.

20.2. Peraltro, quand'anche la stazione appaltante avesse inteso favorire il recupero dei rifiuti attraverso impianti collocati a limitata distanza dalla propria sede, ciò non rappresenterebbe *ex se* motivo di illegittimità di detta scelta, né espressione di un atteggiamento anticoncorrenziale nelle valutazioni dell'amministrazione, non risultando irragionevole porre a carico degli appaltatori con impianti posti a maggiore distanza un onere economico avente la duplice finalità di contenere i costi in capo all'amministrazione svolgente il servizio di trasporto e di limitare la circolazione dei rifiuti (cfr. TAR Milano, Sez. IV, 3.02.2020, n. 235). In questo senso, il legislatore ha previsto all'art. 181, comma 5, del D. Lgs. n. 152/2006 *in primis* il principio di libera circolazione di frazioni di rifiuti urbani oggetto di raccolta differenziata destinati al recupero, tra cui la Forsu, riconoscendo tuttavia legittimo "privilegiare" il criterio di prossimità (comma 5) – diversamente dall'art. 182 bis del D. Lgs. n. 152/2006, che ne sancisce la cogenza – secondo un canone di ragionevolezza per cui la minore movimentazione permette di conseguire il migliore risultato ambientale possibile (Cons. Stato, Sez. V, 12.05.2017, n. 2238).

20.3. Il principio di prossimità, in sostanza, opera per la stazione appaltante nel senso di favorire una gestione efficace della filiera dei rifiuti, che contemperi la necessità di erogare correttamente l'iniziale servizio pubblico di raccolta urbana (la Forsu come "rifiuto"), il valore economico e la possibilità di recupero della frazione organica (Forsu come "merce", soggetta a libera circolazione) con le esigenze di tutela ambientale e con l'efficiente allocazione delle risorse dell'ente. Come condivisibilmente sottolineato dalla stessa A.C.E.M., nella sintesi delle differenti esigenze, quest'ultima ha previsto che il costo del servizio a carico degli utenti fosse parametrato garantendo tale principio sulla base di una gestione più prossima del rifiuto, per cui, ove il concorrente avesse inteso trasportarlo più lontano, avrebbe dovuto addossarsene i relativi costi senza ribaltarli sulla collettività.

21. Con il motivo aggiunto n. 10, Montello sviluppa ulteriormente l'argomento relativo all'illegittimità della gara per violazione del principio di concorrenza riconosciuto dalle fonti eurounitarie tra i capisaldi del "diritto degli appalti", evidenziando che, una volta esclusa alla fattispecie l'applicazione del principio di prossimità, ogni restrizione chilometrica risulterebbe ex se inammissibile poiché illegittimamente anticoncorrenziale.

Le questioni sono state già affrontate e ritenute infondate, sotto più profili, ai paragrafi che precedono, cui per sintesi si rimanda.

22. La ricorrente, infine, chiede di sottoporre alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea, attraverso il rinvio pregiudiziale ex art. 267 par. 2 TFUE, la questione se *“sia compatibile con il diritto europeo (e segnatamente con l'art. 16 dir. 2008/98/UE e con i considerando 20° e 21° e gli artt. 11 e 12 reg. 1013/2006/Ce) la normativa interna nazionale (e, segnatamente, le norme di cui agli artt. 181 c. 5, 182, 182 bis, 183 e 189 TUA) e regionale (art. 2 c. 3 lett. a) l.r. 1/2018) nella misura in cui siano intese a giustificare, in applicazione dei principi di prossimità e autosufficienza, una lex specialis per l'affidamento del servizio di recupero di frazioni utili di rifiuti da raccolta differenziata (nella specie della Frazione Organica di Rifiuto Solido Urbano), che limiti la partecipazione alla gara a soli operatori dotati di impianti di recupero (o “luoghi” di transito della merce) già operativi entro stretti limiti territoriali”* (cfr. memoria della ricorrente del 12.09.2022).

La richiesta va rigettata, avendo il Collegio già chiarito la natura non escludente, né discriminatoria della clausola in contestazione. La questione relativa all'eventuale contrasto della normativa interna con le fonti eurounitarie in relazione all'applicazione del principio di prossimità anche a rifiuti urbani differenziati, pertanto, non risulta determinante ai fini del decidere, anche tenuto conto della non centralità dell'argomento rispetto alla valutazione della legittimità della *lex specialis* di gara impugnata.

23. In conclusione, il ricorso introduttivo e i motivi aggiunti sono infondati e vanno respinti.

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

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sui ricorsi, come in epigrafe proposto, li respinge.

Condanna parte ricorrente al pagamento delle spese di lite a favore dell'Azienda Consortile Ecologica Monregalese – A.C.E.M., che liquida in euro 4.000,00 (quattromila/00) oltre iva e accessori di legge.

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

Così deciso in Torino nella camera di consiglio del giorno 28 settembre 2022 con l'intervento dei magistrati:

Gianluca Bellucci, Presidente

Valentina Caccamo, Referendario, Estensore

Martina Arrivi, Referendario

IL SEGRETARIO

---