



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

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania**

**(Sezione Sesta)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 1015 del 2020, proposto dalla cooperativa Pianeta Ambiente Società Cooperativa, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Fabrizio Ciardi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

***contro***

il Comune di Procida, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Luigi Vitagliano, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

Asmel Consortile Soc. Cons. A R.L. non costituito in giudizio;

***nei confronti***

la Società B. Recycling s.r.l. in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Enzo Napolano, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Napoli, via Riviera di Chiaia, 276;

***per l'annullamento***

della determinazione del Responsabile della 1° Sezione n. reg. part. 371 e n. reg. gen. 1052 del 3 dicembre 2019 di approvazione della proposta di aggiudicazione della gara d'appalto mediante procedura aperta per l'affidamento quinquennale del servizio integrato di igiene urbana del Comune di Procida, CIG 7953174ECB alla società B. Recycling s.r.l., comunicato alla ricorrente a mezzo pec in data 4 dicembre 2019;

della comunicazione dell'esito della gara e trasmissione graduatoria trasmessa con nota prot. 18394 del 5 dicembre 2019;

del verbale n. 1 della seduta pubblica di gara del 16 ottobre 2019 e del verbale n. 2 della seduta pubblica di gara del 8 novembre 2019 di apertura delle buste amministrative e delle connesse operazioni e valutazioni della Commissione di gara, in relazione alla ammissione della società B.Recycling S.r.l., poi aggiudicataria, nelle parti e nei termini di interesse;

del verbale della seduta riservata di gara n. 3 del 20 novembre 2019 di apertura delle buste tecniche e delle connesse operazioni e valutazioni della Commissione Giudicatrice, in relazione all'offerta della società B.Recycling S.r.l., poi aggiudicataria, nelle parti e nei termini di interesse;

del verbale della seduta pubblica di gara n. 4 del 26 novembre 2019 in relazione all'ammissione della società B. Recycling S.r.l., poi aggiudicataria, nelle parti e nei termini di interesse;

della proposta di aggiudicazione disposta ad esito della seduta di gara del 26 novembre 2019 e della relativa e conseguente graduatoria nelle parti e nei termini di interesse;

e per la declaratoria

di inefficacia del contratto eventualmente stipulato, nelle more della presente causa nonché per l'accertamento

del danno ingiusto subito dalla ricorrente per effetto degli impugnati provvedimenti, da risarcirsi in via principale in forma specifica mediante

l'esclusione di B.Recycling S.r.l. e la conseguente aggiudicazione dell'appalto all'odierna ricorrente ovvero in subordine per equivalente economico, e per la conseguente condanna dei danni patiti e *patiendi* dalla società Pianeta Ambiente Società Cooperativa in conseguenza dell'illegittima aggiudicazione della gara per l'affidamento quinquennale del servizio integrato di igiene urbana del Comune di Procida a favore di B.Recycling S.r.l., da risarcirsi in via principale in forma specifica ovvero, in subordine, per equivalente economico, che ci si riserva di meglio quantificare/produrre nel prosieguo del giudizio.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Procida e della Società B. Recycling s.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 27 maggio 2020 la dott.ssa Angela Fontana;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO e DIRITTO

1. Nel presente giudizio è controversa la legittimità del provvedimento con il quale il Comune di Procida ha aggiudicato alla controinteressata la gara d'appalto mediante procedura aperta per

l'affidamento quinquennale del servizio integrato di igiene urbana.

2. Avverso tale provvedimento la società ricorrente ha proposto cinque motivi di ricorso.

2.1 Con il primo motivo, è dedotta la violazione dell'art. 83 del d.lgs 50 del 2016, nonché la violazione della *lex specialis*.

Deduce la ricorrente che la controinteressata non avrebbe allegato alla relazione tecnica le schede tecniche per ciascuna delle componenti oggetto di valutazione,

che, invece, sono state espressamente richieste a pena di esclusione dall'articolo 16.1 del disciplinare di gara.

Essa, infatti, ha presentato una relazione tecnica con otto allegati, tra cui non rientrerebbero tali schede tecniche.

2.2 Con il secondo motivo di ricorso, è dedotta la violazione degli articoli 59, 83 ed 89 del d.lgs 50 del 2016, in quanto la controinteressata non sarebbe in possesso dei requisiti di "capacità economica finanziaria" richiesti dall'art. 7.2 del disciplinare di gara alla lettera d), e in particolare non avrebbe redatto l'"elenco dei principali servizi effettuati negli ultimi tre anni (2016-2017-2018), con indicazione degli importi, delle date e dei destinatari, pubblici o privati".

Secondo la prospettiva della ricorrente, tale requisito sarebbe rivolto a comprovare da parte dell'operatore economico non tanto la sua solidità economica, quanto il possesso di una adeguata capacità tecnica professionale.

A conferma di ciò, rileverebbe la circostanza che nell'art. 7, lett. d), del capitolato di gara, il medesimo elemento è indicato quale requisito di capacità tecnica e professionale.

Inoltre, portata decisiva nel senso della ricostruzione dell'elemento in esame quale criterio di dimostrazione della capacità tecnica assumerebbe il comportamento della stessa controinteressata, la quale, al fine di dimostrarne il possesso, ha fatto ricorso all'avvalimento.

Tale avvalimento, da qualificarsi quale 'operativo', presenterebbe profili di nullità, in quanto non sarebbe possibile identificare le specifiche risorse umane e materiali messe a disposizione dell'impresa ausiliata.

Rileva, peraltro, la ricorrente che, pur a voler qualificare il requisito in esame come di capacità economica, esso in ogni caso non sarebbe stato dimostrato, in quanto l'ausiliaria ha fornito l'esperienza maturata nell'esecuzione del servizio di igiene urbana presso il Comune di Villaricca per un triennio diverso da quello richiesto dalla *lex specialis* di gara: quest'ultima, infatti, richiedeva la dimostrazione di un certo fatturato per il triennio 2016-2018 ed invece la controinteressata ha

dimostrato il fatturato per il triennio 2015-2017.

2.3 Con il terzo motivo di ricorso, è dedotta la violazione dell'art. 80, comma 5, lett. c), del codice degli appalti, nonché dell'art. 3 della legge n. 241 del 1990.

Secondo la prospettiva della ricorrente, dalle dichiarazioni rese dal legale rappresentante della impresa ausiliaria sarebbe emerso che egli è sottoposto ad un procedimento penale pendente dinanzi al Tribunale di Napoli Nord.

La stazione appaltante, tuttavia, non avrebbe verificato in sede istruttoria la natura dei reati contestati e, dunque, non avrebbe verificato in concreto se essi abbiano riguardato talune delle fattispecie che, collegate allo svolgimento di attività professionale, sono sintomatiche di inaffidabilità dell'operatore economico.

2.4 Con il quarto motivo di ricorso, formulato in via subordinata, la ricorrente ha dedotto la violazione dell'art. 95, commi 1, 8 e 9 del codice degli appalti pubblici per la erroneità nella attribuzione dei punteggi.

3. Si sono costituite le parti intime che in via preliminare hanno dedotto la irricevibilità del ricorso, che sarebbe stato proposto oltre il termine di decadenza previsto dall'art. 120 del c.p.a.

Nel merito, esse hanno chiesto che il ricorso sia respinto.

4. Deve essere preliminarmente esaminata la eccezione di tardività del ricorso proposta dalle parti resistenti.

Esse hanno sostenuto che i ricorsi avverso gli atti di aggiudicazione dei pubblici appalti devono essere proposti nel termine di trenta giorni dalla comunicazione della aggiudicazione, ex art. 120, comma 5, c.p.a. ai quali, secondo consolidati principi elaborati dalla giurisprudenza, devono essere eventualmente aggiunti i 15 giorni nei quali l'amministrazione, ai sensi dell'art. 76, comma 2, del d. lgs 50 del 2016 deve fornire le informazioni sulle decisioni adottate.

Tale ricostruzione troverebbe giustificazione non solo nelle indicate disposizioni, ma anche nella necessità di individuare un termine finale oggettivo per la proposizione del ricorso.

4.1 Ritiene il Collegio che nella vicenda in esame rilevino significativi elementi di fatto che inducono a ritenere che la proposizione del ricorso in esame sia stata tempestiva e che, pertanto, non possano essere condivise le prospettazioni delle parti resistenti.

Va rilevato, in specie, che l'amministrazione ha comunicato l'avvenuta aggiudicazione agli interessati in data 4 dicembre 2019.

La ricorrente ha proposto istanza di accesso in data 6 dicembre 2019

Nella predetta istanza, parte ricorrente ha richiesto che la documentazione oggetto di istanza di accesso fosse inviata all'indirizzo di posta elettronica certificata della società indicata già in sede di partecipazione alla gara.

In data 14 gennaio 2020, l'amministrazione ha comunicato – senza fornire giustificazioni sul fatto che non veniva effettuato l'invio dei documenti in via informatica- che la documentazione richiesta poteva essere visionata presso la sede dell'ente appaltante.

A questo punto, la parte ricorrente – come ha dedotto, sulla base di una ricostruzione dei fatti non smentita dal Comune di Procida –è stata invitata in via informale a recarsi presso la sede dell'ente per il giorno 30 gennaio 2020, al fine di prendere visione e di estrarre copia degli atti di interesse.

Il ricorso è stato notificato in data 2 marzo 2020, e, cioè, nel primo giorno utile dopo la scadenza dei trenta giorni dal momento in cui l'interessata aveva avuto la piena conoscenza degli atti dai quali ad essa è pervenuto il pregiudizio dedotto in giudizio.

Il ricorso, dunque, risulta tempestivo.

Tale conclusione è peraltro conforme ai principi espressi dalla giurisprudenza comunitaria e dalla giurisprudenza nazionale.

La Corte di Giustizia dell'Unione europea (specialmente con la sentenza 8 maggio 2014 nella causa C-161/13 Idrodinamica Spurgo) ha precisato che *“ricorsi efficaci contro le violazioni delle disposizioni applicabili in materia di aggiudicazione di appalti pubblici possono essere garantiti soltanto se i termini imposti per proporre*

*tali ricorsi comincino a decorrere solo dalla data in cui il ricorrente è venuto a conoscenza o avrebbe dovuto essere a conoscenza della pretesa violazione di dette disposizioni” (punto 37).*

La giurisprudenza nazionale, in linea con tale insegnamento ha espresso un orientamento, condiviso dal Collegio, in base al quale la dilazione temporale, che prima era fissata nei dieci giorni previsti per l’accesso informale ai documenti di gara dall’art. 79, comma 5 *quater* del D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163, decorrenti dalla comunicazione del provvedimento, può ora ragionevolmente essere fissata nei quindici giorni previsti dal richiamato comma 2 dell’art. 76 d. lgs. n. 50 del 2016 per la comunicazione delle ragioni dell’aggiudicazione su istanza dell’interessato che consentirebbe alla parte interessata di accedere agli atti della procedura di gara che non siano stati resi pubblici ai sensi dell’art. 29 del medesimo d. lgs 50 del 2016.

Ed in effetti, nel caso in esame, la ricorrente ha potuto riscontrare il contenuto degli atti amministrativi solo a seguito di una completa loro visione, avvenuta con l’acquisizione a seguito dell’accesso, in data 30 gennaio 2020.

Il ricorso, alla luce delle esposte considerazioni, deve ritenersi tempestivo.

5. Può dunque passarsi ad esaminare il merito della controversia

5.1 Ritiene il Collegio che il ricorso va accolto, poiché risulta fondato il secondo motivo di ricorso.

Come ha puntualmente dedotto la ricorrente, il requisito di cui alla lettera d) dell’art. 7.2 del disciplinare di gara e del bando va inteso come requisito di capacità tecnica.

A tale conclusione si perviene sulla base di una interpretazione logica del contenuto della *lex specialis*.

Il citato articolo 7.2. dispone che: “7.2 **REQUISITI DI CAPACITÀ ECONOMICA E FINANZIARIA**

a) *Fatturato globale complessivamente realizzato non inferiore a € 7.500.000,00*

*(euro*

*settemilionicinquecentomila/00) riferito al triennio (2016-2017-2018);*

*b) Fatturato medio annuo per servizi analoghi a quello oggetto di gara (servizio integrato gestione dei rifiuti con sistema di raccolta porta a porta) realizzato nell'ultimo triennio (2016-2017-2018) non inferiore a € 7.500.000,00 (euro settemilionicinquecentomila/00);*

*c) Almeno N.1 idonea dichiarazioni bancarie o intermediario autorizzato ai sensi del DLgs 385/93;*

*d) elenco dei principali servizi effettuati negli ultimi tre anni (2016-2017-2018), con indicazione degli importi, delle date e dei destinatari, pubblici o privati. Se trattasi di servizi prestati a favore di amministrazioni o enti pubblici, essi sono provati da certificati rilasciati e vistati dalle amministrazioni o dagli enti medesimi. Se trattasi di servizi prestati a privati, l'effettuazione effettiva della prestazione è dichiarata da questi o, in mancanza, dallo stesso concorrente”*

La disposizione, alle lettere a) e b), impone all'operatore economico la dimostrazione di un determinato fatturato globale e medio annuo per servizi analoghi, secondo quanto stabilito dall'art. 83, comma 4, del d. lgs n. 50 del 2016.

Tale comma, infatti, prevede che per gli appalti di servizi e forniture, ai fini della verifica del possesso dei requisiti di capacità economica e finanziaria, “*le stazioni appaltanti possono richiedere che gli operatori economici abbiano un fatturato minimo annuo, compreso un fatturato minimo nel settore oggetto dell'appalto*”.

Orbene, nel caso di specie, appare chiaro che le richieste individuate dalla legge sono soddisfatte attraverso la dimostrazione dei requisiti di fatturato indicati nelle lettere a) e b) dell'art. 7.2 del disciplinare e del bando.

Se è così, il requisito richiesto dalla lettera d) deve avere un'altra portata, che è quella di requisito di capacità tecnica, come posto in evidenza dalla ricorrente: in linea di principio, infatti, l'indicazione di esperienze pregresse integra, infatti, un requisito esperienziale.

Del resto, il citato art. 7.2, lettera d), ha richiesto che vengano esposte esperienze

pregresse in cui l'elemento del fatturato è solo uno dei dati che devono essere indicati insieme alla tipologia di servizi effettuati ed alla indicazione dei soggetti pubblici e privati che se ne sono beneficiati.

Tale interpretazione è corroborata anche dal testo dell'art. 7, lettera d), del capitolato d'appalto, che ha individuato tale requisito come riferito alla capacità tecnica e professionale.

Non si tratta, dunque, di risolvere una questione di gerarchia tra gli atti che costituiscono nel loro insieme la *lex specialis*, quanto, piuttosto, di dare una corretta interpretazione, conforme alle disposizioni del codice degli appalti pubblici, delle specifiche richieste formulate dall'amministrazione ai fini della partecipazione alla gara.

In questo senso, dunque, sono fondate anche le ulteriori censure espresse nel secondo motivo in esame.

In particolare, il contratto di avvalimento stipulato con l'impresa ausiliaria solo in parte può qualificarsi come avvalimento di garanzia.

Per quanto riguarda il possesso dei requisiti di capacità tecnica e professionale, l'avvalimento assume natura 'operativa' e, conseguentemente, nel contratto tra impresa ausiliaria ed ausiliata devono essere specificate le risorse messe a disposizione per l'esecuzione dell'appalto (Cons. St., Adunanza Plenaria n. 23 del 2016).

Da ultimo, va rilevato che, in ogni caso, le risorse messe a disposizione dall'ausiliaria neppure corrispondono alle richieste del bando, dal momento che il fatturato indicato dall'ausiliaria corrisponde al triennio 2015-2017, anziché a quello 2016-2018.

6. Dalla fondatezza del secondo motivo di ricorso, con assorbimento degli altri motivi, discende la fondatezza del ricorso, con conseguente annullamento degli atti impugnati.

Le spese di giudizio seguono la soccombenza e sono liquidate nel dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Sesta), definitivamente pronunciando sul ricorso n. 1015 del 2020, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l'effetto annulla la determinazione del Responsabile della 1° Sezione n. reg. part. 371 e n. reg. gen. 1052 del 3 dicembre 2019 di approvazione della proposta di aggiudicazione della gara d'appalto mediante procedura aperta per l'affidamento quinquennale del servizio integrato di igiene urbana del Comune di Procida, CIG 7953174ECB alla società B. Recycling s.r.l. Condanna il Comune di Procida al pagamento, nei confronti della ricorrente delle spese del presente giudizio che liquida in euro 3.000,00 (tremila), oltre accessori di legge.

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

Così deciso nella camera di consiglio del giorno 27 maggio 2020 e nella camera di consiglio del 10 giugno 2020, svoltesi in modalità da remoto con l'intervento dei magistrati:

Santino Scudeller, Presidente

Davide Soricelli, Consigliere

Angela Fontana, Primo Referendario, Estensore

**L'ESTENSORE**

**Angela Fontana**

**IL PRESIDENTE**

**Santino Scudeller**

**IL SEGRETARIO**