

N. 01174/2025 REG.PROV.COLL.

N. 00299/2025 REG.RIC.



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania

sezione staccata di Salerno (Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 299 del 2025, proposto da Green Attitude S.r.l. ed Ecogin S.r.l., in persona dei rispettivi legali rappresentanti pro tempore, in relazione alla procedura CIG B540A5D87C, rappresentate e difese dagli avvocati Luca Tozzi e Rosa Giordano, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Luca Tozzi in Napoli, via Toledo 323;

contro

Centrale Unica di Committenza Area Sele – Picentini e Comune di San Marzano sul Sarno, in persona dei rispettivi l.r.p.t. non costituiti in giudizio;

per l'annullamento

previa sospensione

a) del bando di gara e del disciplinare di gara e di tutti gli altri allegati pubblicati in data 22.1.2025 ed approvati con determina n. 41 del 15.1.2025 che parimenti si impugna; b) della determina a contrarre n. 165 del 13.12.2024 con la quale il Comune

di San Marzano sul Sarno, a mezzo della Centrale Unica di Committenza Sele Picentini, ha deliberato di indire la procedura di appalto del “servizio integrato di igiene urbana e ambientale di cui al piano per la gestione integrata dei rifiuti urbani e speciali assimilati agli urbani” CIG: B540A5D87C unitamente a tutti gli allegati; c) soprattutto, ove lesive, delle FAQ n.3 e n.4 della stazione appaltante, interpretative della lex specialis in maniera illegittimamente violativa del codice dei contratti e restrittiva della concorrenza; e) di tutti gli altri atti di gara presupposti e consequenziali laddove inibiscono la reale concorrenza precludendo di fatto alle piccole e medie imprese di partecipare autonomamente e concretamente concorrere per la vittoria della gara; f) della legge speciale di gara con particolare riferimento al disciplinare di gara al punto 6.3 (requisiti professionali) e al punto 7 (avvalimento) e al punto 18 (criteri di aggiudicazione) nonché nella parte in cui non vi è una previsione dei CAM; g) di ogni altro atto connesso, presupposto o conseguente, laddove lesivo degli interessi della ricorrente;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti tutti gli atti della causa;

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

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 18 giugno 2025 il dott. Antonio Andolfi e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Premesso che, con ricorso notificato alla Centrale unica di committenza area Sele Picentini e al Comune di San Marzano sul Sarno il 19 febbraio 2025, depositato il 19 febbraio 2025, le imprese ricorrenti impugnano la gara indetta dalla Centrale unica di committenza per il Comune di San Marzano sul Sarno, pubblicata il 22

gennaio 2025, per l'affidamento del servizio integrato di igiene urbana e ambientale di cui al piano per la gestione integrata dei rifiuti urbani e speciali assimilati;

Ritenuta l'ammissibilità del ricorso in quanto rivolto all'annullamento delle clausole escludenti del bando di gara che, nel fissare i requisiti di partecipazione, impediscono al raggruppamento di imprese ricorrente di essere ammesso alla procedura selettiva;

Considerato che, con il primo motivo di impugnazione, parte ricorrente chiede l'annullamento del disciplinare di gara nella parte in cui, all'articolo 6.3, prescrive tra i requisiti di capacità tecnica e professionale l'aver svolto nel triennio 2021-2023 almeno tre servizi di raccolta porta a porta e trasporto dei rifiuti urbani per comuni con popolazione di almeno 10.000 abitanti e con percentuale di raccolta differenziata almeno pari al 75%; ad avviso di parte ricorrente, la clausola sarebbe illegittima per violazione dell'articolo 100, comma 11, del codice dei contratti pubblici che non consentirebbe di limitare il triennio di riferimento per l'acquisizione dei requisiti tecnici e professionali ad un periodo non immediatamente precedente l'indizione della gara, quindi ad un triennio diverso dal 2022-2024;

Ritenuto fondato il primo motivo, nel senso di seguito specificato:

Il codice dei contratti pubblici, approvato con decreto legislativo 36 del 2023, all'articolo 100, detta la disciplina dei requisiti di ordine speciale; in particolare, con riferimento ai requisiti di capacità tecnica e professionale, il comma 11, nella versione vigente in seguito alle modifiche introdotte a decorrere dal 31 dicembre 2024 dal cosiddetto decreto correttivo, decreto legislativo 209 del 31 dicembre 2024, prevede che, fino alla data di entrata in vigore del regolamento appositamente previsto dal codice, le stazioni appaltanti possono richiedere agli operatori economici, quale requisito di capacità tecnica e professionale, di aver eseguito, negli ultimi 10 anni

dalla data di indizione della procedura di gara, contratti analoghi a quello in affidamento, anche a favore di soggetti privati;

La norma deve essere interpretata nel senso che, essendo possibile acquisire il requisito di capacità tecnica e professionale nell'arco decennale, sarebbe irragionevole limitare il periodo valido per l'acquisizione del requisito ad un solo triennio, a prescindere dalla considerazione che si tratta del triennio non immediatamente antecedente l'anno di pubblicazione del bando di gara; in realtà, l'esclusione dell'anno 2024 dal periodo di riferimento per l'acquisizione del requisito potrebbe essere giustificata dalla considerazione per cui, essendo richiesto come requisito lo svolgimento del servizio di raccolta dei rifiuti nei comuni con una percentuale di raccolta differenziata pari almeno al 75% e non essendo disponibili fino al 30 aprile 2025, data successiva alla pubblicazione del bando, i dati ufficiali sulla raccolta differenziata per il 2024, desumibili dal modello unico di dichiarazione ambientale, lo svolgimento di un servizio analogo nel 2024 difficilmente potrebbe essere comprovato dai certificati rilasciati dalle amministrazioni contraenti ovvero dai contratti stipulati con le pubbliche amministrazioni; ciò che non è legittimo, in radice, è la limitazione ad un triennio del periodo per la maturazione del requisito, che la legge determina in 10 anni;

Considerato che, con il secondo motivo di ricorso, parte ricorrente chiede l'annullamento del disciplinare di gara nella parte in cui, all'articolo 7, consente l'avvalimento di dotazioni tecniche, risorse umane e strumentali messe a disposizione da uno o più operatori economici ausiliari per dimostrare il possesso dei requisiti di ordine speciale o per migliorare la propria offerta, con la limitazione per cui il concorrente può avvalersi di un ausiliario per comprovare il possesso del requisito di ordine tecnico e professionale (precedentemente esaminato) solo se

l'ausiliario esegue direttamente la prestazione per cui tale requisito è richiesto; in tal caso l'ausiliario agisce in qualità di subappaltatore; ad avviso della ricorrente, la clausola sarebbe illegittima per violazione dell'articolo 104, comma 3, del codice dei contratti pubblici che consentirebbe l'avvalimento per l'acquisizione dei requisiti speciali di partecipazione alla gara senza trasformare l'avvalimento in subappalto necessario, fatta eccezione per i requisiti di autorizzazione o abilitazione o di possesso di titoli di studio o professionali, nella fattispecie non sussistenti;

Ritenuto fondato il secondo motivo:

La disciplina dell'avvalimento è contenuta nell'articolo 104 del codice dei contratti pubblici, decreto legislativo 36 del 2023; ai sensi dell'articolo 104, l'avvalimento è il contratto con il quale le imprese ausiliarie si obbligano a mettere a disposizione di un operatore economico che concorre in una procedura di gara dotazioni tecniche e risorse umane e strumentali per tutta la durata dell'appalto; qualora, come nella fattispecie concreta, il contratto di avvalimento sia concluso per acquisire un requisito necessario alla partecipazione a una procedura di aggiudicazione di un appalto di servizi e forniture, esso ha per oggetto le dotazioni tecniche e le risorse che avrebbero consentito all'operatore economico di ottenere l'attestazione di qualificazione richiesta; l'articolo 104, al comma 3, dispone che, qualora il contratto di avvalimento sia stipulato con impresa ausiliaria in possesso di autorizzazione o altro titolo abilitativo richiesto per la procedura di aggiudicazione o con un soggetto in possesso di titoli di studio o professionali necessari all'esecuzione della prestazione oggetto dell'appalto, i lavori o i servizi sono eseguiti direttamente dall'impresa ausiliaria, applicandosi così le disposizioni in materia di subappalto;

La norma deve essere interpretata nel senso che il ricorso ad un contratto di avvalimento per l'ammissione ad una procedura di affidamento di un contratto

pubblico impone il subappalto necessario delle prestazioni oggetto del contratto di avvalimento soltanto qualora si tratti di requisiti abilitanti allo svolgimento del servizio; in tal caso, infatti, l'impresa ausiliata non potrebbe svolgere direttamente il servizio in affidamento, essendo sprovvista, soggettivamente, della prescritta autorizzazione o abilitazione; nel caso di specie, invece, il subappalto necessario è stato esteso dal disciplinare di gara a tutti i requisiti di cui all'articolo 6.3.a, in particolare allo svolgimento nel triennio di osservazione di almeno tre servizi di raccolta porta a porta e trasporto dei rifiuti urbani per comuni di popolazione almeno pari a 10.000 abitanti e con percentuale di raccolta differenziata almeno pari al 75%; il mancato possesso del requisito da parte dell'operatore economico che intenda partecipare alla gara, non avendo esso svolto almeno tre servizi nel periodo di riferimento, non implica automaticamente che l'operatore non sia in possesso dei requisiti di autorizzazione o di abilitazione necessari per l'espletamento del servizio; risulta illegittimo, pertanto, imporre il subappalto necessario ad un concorrente che si avvalga dei requisiti di esperienza tecnica e professionale richiesti dal disciplinare di gara mediante un contratto di avvalimento con una o più imprese ausiliarie, pur essendo in possesso di tutti i requisiti di autorizzazione o di abilitazione richiesti dalla legge per l'espletamento del servizio;

Considerato che, con il terzo motivo, la ricorrente deduce la violazione del principio della concorrenza, con riferimento alle disposizioni del disciplinare di gara specificamente censurate in precedenza;

Ritenuto il terzo motivo assorbito dall'accertamento di fondatezza del primo e del secondo motivo;

Considerato che, con il quarto motivo, la ricorrente censura il disciplinare di gara nella parte in cui è dichiarata la conformità della procedura di gara alle specifiche

tecniche e alle clausole contrattuali contenute nei criteri ambientali minimi, di cui al decreto ministeriale 23 giugno 2022, senza alcuna attribuzione di punteggi premiali per il rispetto dei criteri ambientali minimi in materia; la mancata considerazione dei criteri ambientali minimi inciderebbe anche, ad avviso della ricorrente, sulla incongruità del prezzo posto a base d'asta; in mancanza di alcun premio per i punteggi da attribuire all'operatore economico che rispettasse i criteri ambientali minimi, il prezzo non sarebbe sufficiente a garantire l'espletamento del servizio;

Ritenuto inammissibile, per difetto di interesse, il quarto motivo, in quanto volto a censurare una clausola non escludente, essendo contestati i criteri di attribuzione del punteggio; tali criteri potranno essere impugnati soltanto qualora dall'applicazione di essi derivasse un esito della gara sfavorevole alla ricorrente, allo stato non determinabile;

Considerato che, con il quinto motivo, la ricorrente impugna il disciplinare di gara nella parte in cui ha previsto l'assegnazione di 65 punti su 70 in relazione a criteri discrezionali e qualitativi e di solo 5 punti su 70 in relazione a criteri oggettivi e quantitativi; si tratterebbe di criteri generici e indeterminati che lascerebbero un campo di azione eccessivo alle valutazioni discrezionali;

Ritenuto inammissibile, per difetto di interesse, anche il quinto motivo, in quanto anch'esso non proposto per censurare una clausola escludente, bensì per contestare i criteri di attribuzione del punteggio; come già osservato, tali criteri potranno essere impugnati soltanto qualora dall'applicazione di essi derivasse un esito della gara sfavorevole alla ricorrente;

Ritenuto, in conclusione, di dover accogliere il ricorso, per la fondatezza del secondo motivo e, in parte, del primo motivo di impugnazione, annullando il bando e il disciplinare di gara impugnati;

Ritenuto di dover compensare le spese processuali, tenuto conto della complessità e della novità delle questioni dibattute, anche con riferimento alle modifiche normative introdotte dal decreto correttivo al codice dei contratti pubblici, fermo restando l'obbligo della stazione appaltante di rimborsare il contributo unificato anticipato dalla parte ricorrente, con distrazione in favore del difensore che ha dichiarato di averne fatto anticipo;

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania sezione staccata di Salerno (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, annulla i provvedimenti impugnati.

Compensa le spese, salvo rimborso del contributo unificato, con distrazione a favore del difensore di parte ricorrente.

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

Così deciso in Salerno nella camera di consiglio del giorno 18 giugno 2025 con l'intervento dei magistrati:

Salvatore Mezzacapo, Presidente

Antonio Andolfi, Consigliere, Estensore

Raffaele Esposito, Primo Referendario

L'ESTENSORE
Antonio Andolfi

IL PRESIDENTE
Salvatore Mezzacapo

IL SEGRETARIO