

Pubblicato il 13/10/2022

**N. 06286/2022 REG.PROV.COLL.**  
**N. 01229/2022 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 Settima)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 1229 del 2022, integrato da motivi aggiunti, proposto da

Sarim s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Feliciano Ferrentino e Lorenzo Lentini, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

***contro***

Comune di Meta, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Antonio Sasso, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio fisico eletto presso il suo studio in Napoli, alla Via Toledo n. 156;

Comune di Vico Equense, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Emilia Dubbioso, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio fisico eletto presso la Segreteria generale del T.A.R. Campania;

Centrale Unica di Committenza dei Comuni di Vico Equense e Meta (Comune Capofila Vico Equense), non costituita in giudizio;

### *nei confronti*

Super Eco s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Massimiliano Brugnoletti e Salvatore Zaza, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio fisico eletto presso lo studio dell'avvocato Salvatore Zaza in Napoli, alla via Mario Morgantini n. 3;

Econova s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, non costituita in giudizio;

GPN s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Marcello Anastasio Pugliese, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

### *per l'annullamento,*

#### *previa sospensione dell'efficacia,*

quanto al ricorso introduttivo, ai motivi aggiunti depositati il 27 aprile 2022 e agli ulteriori motivi aggiunti depositati il 9 maggio 2022:

- della determinazione del Comune di Vico Equense n. 77 del 27 gennaio 2022, avente a oggetto "*Procedura aperta per l'affidamento del servizio associato tra i Comuni di Vico Equense e Meta del ciclo integrato rifiuti - servizio di raccolta, trasporto e allontanamento rifiuti solidi urbani e assimilati, rifiuti differenziati e servizi complementari con il metodo porta a porta, gestione dell'ecocentro/isola ecologica comunale. CIG 859814126A. Aggiudicazione*";
- ove e per quanto occorra, dei verbali di gara n. 1 del 13 luglio 2021, n. 2 del 23 luglio 2021, n. 3 del 4 agosto 2021, n. 4 del 9 settembre 2021, n. 5 del 22 settembre 2021, n. 6 del 29 settembre 2021, n. 7 e 8 del 7 ottobre 2021, nella parte in cui hanno ammesso l'ATI Super Eco s.r.l./Econova s.r.l. e la GPN s.r.l.;
- ove occorra, del disciplinare di gara punto 7.1, lettera c), ove inteso nel senso che per l'ATI orizzontale i requisiti d'idoneità professionale (servizio

analogo nel triennio) possano essere posseduti solo dalla mandataria;  
- di tutti gli atti presupposti, collegati, connessi e consequenziali;  
nonché per l'accertamento del diritto della società ricorrente, ai sensi dell'articolo 133, comma 1, lettera e), del codice del processo amministrativo, all'aggiudicazione della procedura di gara controversa anche previa declaratoria d'inefficacia del contratto *medio tempore* stipulato;  
e per l'accertamento del diritto della società ricorrente all'ostensione di tutti gli atti di gara richiesti nelle istanze di accesso del 31 gennaio 2022, del 1° febbraio 2022 e dell'11 febbraio 2022;

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Meta, del Comune di Vico Equense, della GPN s.r.l. e della Super Eco s.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli articoli 74 e 120, comma 10, del codice del processo amministrativo;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 21 settembre 2022 la dott.ssa Valeria Ianniello e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue;

## FATTO e DIRITTO

Premesso che la Sezione:

- con ordinanza n. 700 del 5 aprile 2022, ha accolto la domanda *ex* articolo 116, comma 2, del codice del processo amministrativo, per l'effetto ordinando al Comune di Vico Equense di esibire la documentazione richiesta dalla Sarim s.r.l. con le istanze di accesso del 31 gennaio, 1° febbraio e 11 febbraio 2022, e di depositare l'atto di risoluzione contrattuale adottato dal Comune di Arienzo ai sensi dell'articolo 108 del decreto legislativo n. 50 del 2016 nei confronti della Econova s.r.l., relativo al servizio integrato di igiene urbana e ambientale, di cui all'annotazione ANAC dell'11 gennaio 2022;
- con ordinanza n. 939 del 6 maggio 2022, ha accolto le istanze di sospensione cautelare, nel senso di "*mantenere immutata l'attuale*

*situazione, con conseguente inibizione, per la P.A. committente, di adozione di ulteriori atti riferibili alla procedura in questione, fino agli esiti della trattazione del merito dei ricorsi*”, in considerazione dell’oggetto della procedura di aggiudicazione e della natura degli interessi (di igiene urbana e salute pubblica) coinvolti, che inducevano a contenere al minimo gli eventuali avvicendamenti nella gestione del servizio;

Ritenuto di dover accogliere il ricorso presentato dalla Sarim s.r.l., in uno ai motivi aggiunti, per le seguenti ragioni:

1) è fondata la censura d’illegittimità – sotto il profilo del difetto di motivazione – della mancata esclusione dell’ATI aggiudicataria, alla luce della determina del Comune di Arienzo n. 427 del 14 ottobre 2021 di risoluzione contrattuale ai sensi dell’articolo 108 del decreto legislativo n. 50 del 2016 per gravi inadempimenti contrattuali da parte della Econova s.r.l. nell’ambito del *“servizio integrato di igiene urbana e ambientale, compresi la raccolta domiciliare, il trasporto, il recupero e conferimento dei rifiuti solidi urbani ed assimilati, in forma differenziata, lo spazzamenti e servizi accessori del Comune di Arienzo per anni cinque”*, di cui alla annotazione ANAC dell’11 gennaio 2022; e ciò in violazione:

a) dell’articolo 80, comma 5, lettera c-ter), del decreto legislativo n. 50 del 2016, per il quale *“le stazioni appaltanti escludono dalla partecipazione alla procedura d’appalto un operatore economico ... qualora ... abbia dimostrato significative o persistenti carenze nell’esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione che ne hanno causato la risoluzione per inadempimento ovvero la condanna al risarcimento del danno o altre sanzioni comparabili; su tali circostanze la stazione appaltante motiva anche con riferimento al tempo trascorso dalla violazione e alla gravità della stessa”*;

b) del punto 7.2, lettera a), del disciplinare di gara (che richiede *“a pena di esclusione”* l’assenza nel triennio 2017-2019 – e per tutto lo svolgimento della

procedura, come chiarito dall'Adunanza plenaria n. 8 del 2015 – di risoluzioni contrattuali da parte di committenti pubblici per inadempienze contrattuali);

2) sul punto, non rileva la transazione – intervenuta in data 27-28 aprile 2022 – con la quale il Comune di Arienzo e la Econova s.r.l. dichiarano di aver *“bonariamente definito la controversia tra di loro pendente”* (dinanzi al Tribunale di Napoli), atteso che:

a) *“è pacifico, in ogni caso, che, anche dopo la transazione, il fatto storico della risoluzione contrattuale per inadempimento, disposta dalla stazione appaltante, non è venuta meno, né sono stati eliminati gli effetti giuridici di tale atto sul rapporto contrattuale in corso di svolgimento. Non si è, infatti, ricostituito il vincolo contrattuale tra le parti ... La transazione ha solo impedito l'accertamento giudiziale circa la legittimità o meno della risoluzione contrattuale, sicché si è definitivamente "consolidato" il fatto storico, costituito dalla risoluzione per inadempimento disposta dalla stazione appaltante, che richiede, ai sensi dell'art. 1455 c.c., l'importanza e quindi la gravità dell'inadempimento ... Quanto alla transazione, non può accogliersi la tesi ... secondo cui essa costituirebbe un provvedimento di autotutela, diretto ad eliminare, in radice, gli effetti del precedente atto di risoluzione contrattuale.*

*Innanzitutto, occorre rilevare che la transazione è intervenuta nella fase esecutiva del contratto, nella quale l'Amministrazione agisce come un qualunque soggetto privato e, non esercita, dunque, il potere autoritativo di autotutela.*

*La transazione, inoltre, non può qualificarsi come atto autoritativo, trattandosi di un contratto bilaterale con il quale "le parti, facendosi reciproche concessioni, pongono fine a una lite già incominciata o prevengono una lite che può sorgere tra loro" (art. 1965 c.c.).*

*Né può ritenersi che tale atto possa costituire un accordo sostitutivo di provvedimento, ai sensi dell'art. 11 della L. 241/90, tenuto conto della*

*propria natura di atto negoziale, assunto iure privatorum, nella fase esecutiva del contratto.*

*Non può, quindi, condividersi la tesi ... secondo cui la transazione avrebbe annullato la risoluzione in danno ... tale risoluzione sarebbe venuta meno "erga omnes" e, dunque, non vi sarebbe stato alcun obbligo di farne menzione nella dichiarazione di partecipazione alla gara” (Consiglio di Stato, sezione III, sentenza n. 3628 del 2018; in termini, Consiglio di Stato, sezione IV, sentenza n. 4227 del 2020);*

b) manca dunque un *contrarius actus*, che ponga formalmente nel nulla la richiamata determina di risoluzione del contratto n. 427 del 2021, disposta ai sensi dell’articolo 108, comma 3, del decreto legislativo n. 50 del 2016, e i riflessi della stessa sulla partecipazione dell’interessata ad altre gare;

3) è altresì fondata la censura relativa alla mancata prova del possesso da parte della mandante Econova s.r.l., del requisito di cui al punto 7.1, lettera c), del disciplinare di gara, che esigeva l’*“aver svolto per un periodo di almeno 12 (dodici) mesi consecutivi nell’ultimo triennio ... servizi identici/analoghi a quelli oggetto della gara a favore di uno o più Comuni aventi popolazione non inferiore a quella del Comune di Vico Equense”*; il punto non è contestato, avendo la Super Eco confermato, nella memoria del 28 marzo 2022, di avere *“in qualità di mandataria ... "speso" le proprie attività a dimostrazione del requisito del servizio analogo”* (pag. 19);

4) al riguardo, i Giudici amministrativi hanno chiarito che nel caso di ATI di tipo orizzontale (tale essendo, pacificamente, l’aggiudicataria; cfr. memoria depositata il 2 maggio 2022, pagina 6) – *“in cui gli operatori economici eseguono il medesimo tipo di prestazione”* (articolo 48, comma 2, del decreto legislativo n. 50 del 2016) – le imprese associate *“sono portatrici delle medesime competenze per l’esecuzione delle prestazioni costituenti l’oggetto dell’appalto”* (a differenza dell’ATI verticale, *“connotata dalla circostanza che l’impresa mandataria apporta competenze incentrate sulla prestazione*

*prevalente” e “si associa ad altre imprese provviste della capacità per le prestazioni secondarie scorporabili” - Consiglio di Stato, sezione V, sentenza n. 2243 del 2019), sicché ciascuna di esse deve possedere i requisiti di idoneità professionale, capacità economico-finanziaria e tecnico-professionale previsti dal disciplinare (vale a dire quelle caratteristiche soggettive essenziali per la valutazione della capacità del concorrente di realizzare la commessa), a pena di esclusione dell'intero raggruppamento, a nulla rilevando che il requisito sia posseduto da un'altra impresa o dal raggruppamento nel suo insieme (Adunanza plenaria n. 6 del 2019; in termini, Consiglio di Stato, sezione VII, sentenza n. 4425 del 2022);*

5) la clausola del disciplinare secondo cui *“in caso di ATI tale requisito deve essere posseduto almeno dalla capofila”* deve, pertanto, ritenersi illegittima; né la censura può essere considerata tardiva, atteso che *“l'immediata impugnazione del bando di gara si impone soltanto qualora esso contenga clausole direttamente ed immediatamente escludenti, che determinano, cioè, la radicale impossibilità di prendere parte alla procedura concorsuale, ovvero quando la legge di gara contenga disposizioni abnormi, che rendano impossibile il calcolo di convenienza tecnica ed economica ai fini della partecipazione alla gara e, quindi, la formulazione di un'offerta consapevole”* (Consiglio di Stato, sezione V, sentenza n. 4301 del 2021);

6) è fondata la censura in ordine all'illegittima attribuzione alla GPN s.r.l. (seconda classificata con punti 86,473) di 10 punti per il parco veicolare, atteso che:

a) il capitolato prevedeva un *“numero minimo”* di automezzi da fornire pari a 28 (più 2 per il periodo maggio/ottobre) per il Comune di Vico Equense e 16 per il Comune di Meta, per un totale di 44 (più 2) veicoli, dei quali 12 offerti in comodato d'uso gratuito all'aggiudicataria dal Comune di Vico Equense e 1 dal Comune di Meta;

b) il capitolato prevedeva, altresì, l'attribuzione di 10 punti per il solo caso di *“impiego nell'espletamento del servizio del 100% di veicoli di nuova immatricolazione, in luogo di quelli usati richiesti [recte: consentiti, in numero di 22+14(+2)] dal capitolato, sul totale Comune di Vico Equense e Meta”*, e l'attribuzione di 7 punti – insufficienti a mantenere il vantaggio rispetto alla ricorrente – nel caso, qui verificatosi, di *“impiego nell'espletamento del servizio di almeno il 50% di veicoli di nuova immatricolazione, in luogo di quelli usati richiesti dal capitolato, sul totale Comune di Vico Equense e Meta”*; a pagina 21 dell'offerta tecnica della GPN s.r.l. sono, infatti, previsti soltanto n. 37 *“veicoli nuovi di fabbrica”*, né convince la lettura del capitolato fornita dalla GPN, che escluderebbe i veicoli di proprietà comunale dal computo totale dei veicoli cui commisurare la percentuale di quelli nuovi, ai fini dell'attribuzione del punteggio;

Ritenuto, pertanto, di dover disporre l'annullamento dell'aggiudicazione, precisando che *“resta impregiudicata ogni valutazione della Commissione giudicatrice in merito all'assegnazione della commessa”*, da svolgersi in conformità con quanto in questa sede stabilito (Consiglio di Stato, sezione V, sentenza n. 8123 del 2022);

Ritenuto, infine, di disporre la compensazione delle spese del giudizio in considerazione della complessità e peculiarità della vicenda, salvo il rimborso del contributo unificato dovuto in ogni caso alla ricorrente dai Comuni di Vico Equense e Meta, in parti uguali e in solido;

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Settima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto (n. 1229/2022 r.g.), lo accoglie in uno ai motivi aggiunti nei sensi di cui in motivazione e, per l'effetto annulla:

a) il punto 7.1, lettera c), del disciplinare di gara nella parte in cui prevede che *“In caso di ATI tale requisito deve essere posseduto almeno dalla capofila”*;



b) la determinazione del Comune di Vico Equense n. 77 del 27 gennaio 2022. Spese compensate, salvo il rimborso del contributo unificato dovuto in ogni caso alla ricorrente, in parti uguali e in solido, dai Comuni di Vico Equense e Meta.

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 21 settembre 2022 con l'intervento dei magistrati:

Michelangelo Maria Liguori, Presidente

Michele Buonauro, Consigliere

Valeria Ianniello, Consigliere, Estensore

**L'ESTENSORE**

**Valeria Ianniello**

**IL PRESIDENTE**

**Michelangelo Maria Liguori**

**IL SEGRETARIO**