

Publicato il 12/06/2023

N. 01344/2023 REG.PROV.COLL.
N. 00223/2023 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 223 del 2023, integrato da motivi aggiunti, proposto da S.A.R.I.M. S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Fabrizio Tigano, Bruno Tassone, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Comune di Castellabate, in persona del Sindaco in carica, rappresentato e difeso dall'avvocato Corrado Magro, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

Centrale Unica di Committenza Tra i Comuni di Cava de' Tirreni, Castellabate e Roccapiemonte (Sa), non costituita in giudizio;

Per quanto riguarda il ricorso introduttivo, per l'annullamento, previa

adozione di idonee misure cautelari, dei seguenti atti:

a) Bando/ Disciplinare di Gara relativo alla “Procedura aperta per l'affidamento del Servizio di gestione integrata dei rifiuti e spazzamento del Comune di Castellabate”, CUP: E19I22000460004 CIG:9553997FB9, Prot.G. 0026205/2022 - U - 30/12/2022; b) Determina a contrarre n. 1301/2022 (DetSet 226/2022) del 23.12.2022 del Responsabile dell'Area VII – Ambiente, Patrimonio e Manutentivo del Comune di Castellabate, per l'affidamento del “Servizio di gestione integrata dei rifiuti e spazzamento del Comune di Castellabate” - CUP: E19I22000460004 CIG:9553997FB9; c) Capitolato Speciale d'appalto avente ad oggetto “Servizio di gestione integrate dei rifiuti e spazzamento del Comune di Castellabate (Sa)”, approvato con delibera di G.M. n. 234 del 26.10.2022 (spec. art. 26 commi 5 e 6); d) Relazione progetto di servizio ex art. 23 c. 14 d. lgs. 50/2016 allegata agli atti di gara, relativamente al “Servizio di gestione integrate dei rifiuti e spazzamento del Comune di Castellabate”, tutti pubblicati il 30.12.2022, con specifico riferimento al quadro economico descritto (cfr. § 9.6 Quadro economico riepilogativo del progetto di servizio raccolta R.S.U.); e) ogni atto e/o parte di atto dal quale è discesa la quantificazione dell'importo a base d'asta, compreso, ove occorra, il Progetto di servizio ex art. 23 c. 14 d. lgs. 50/2016 concernente i costi di prevenzione dei rischi (DUVRI) ed il riscontro, pervenuto il 30.1.2023, su piattaforma dedicata, ad apposita richiesta di chiarimenti relativamente ad alcuni punti oscuri circa l'offerta da presentare.

Per quanto riguarda i motivi aggiunti presentati da S.A.R.I.M. S.r.l. il 9/3/2023, per l'annullamento della nota del Comune di Castellabate (Sa), Area VII - Ambiente,

Patrimonio e Manutentivo, Prot.G. 0003482/2023 - U - del 07/02/2023 ed ogni atto ad essa connesso, antecedente o conseguente.

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

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Castellabate;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 7 giugno 2023 il dott. Fabio Di Lorenzo e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

I. Con il ricorso introduttivo S.A.R.I.M. S.r.L., allegando di avere interesse a presentare domanda di partecipazione alla gara, ha impugnato, unitamente agli atti connessi, il Bando/Disciplinare di Gara relativo alla “*Procedura aperta per l’affidamento del Servizio di gestione integrata dei rifiuti e spazzamento del Comune di Castellabate*”, nonché la Determina a contrarre n. 1301/2022 del 23.12.2022 del Responsabile dell’Area VII – Ambiente, Patrimonio e Manutentivo del Comune di Castellabate, per l’affidamento del “*Servizio di gestione integrata dei rifiuti e spazzamento del Comune di Castellabate*”, nonché il Capitolato Speciale d’appalto avente ad oggetto “*Servizio di gestione integrate dei rifiuti e spazzamento del Comune di Castellabate (Sa)*”, approvato con delibera di G.M. n. 234 del 26.10.2022 (spec. art. 26 commi 5 e 6), lamentando che le previsioni contenute in tali atti prevedrebbero per gli operatori attività antieconomiche e sottocosto, così alterando la concorrenza e la più ampia partecipazione alle gare.

Si è costituito il Comune di Castellabate per resistere al ricorso introduttivo.

Con i motivi aggiunti parte ricorrente ha impugnato la nota del Comune di Castellabate (Sa), Area VII Ambiente, Patrimonio e Manutentivo, Prot.G. 0003482/2023 - U - del 07/02/2023.

Con ordinanza n. 102 del 27.2.2023 il Collegio, sospendendo nelle more in via cautelare i provvedimenti impugnati, ha disposto l'espletamento della verifica, al fine di analizzare le relazioni di stima dei costi sulla scorta delle quali è stato redatto il bando/disciplinare per l'affidamento del servizio di gestione integrata dei rifiuti di spazzamento del Comune di Castellabate, e di valutare le lamentate anomalie per ciascuna voce che concorre a determinare l'importo posto a base di gara così come descritte nel ricorso, tra cui:

- la lamentata sottostima del costo del personale;
- la lamentata sottostima del costo degli automezzi;
- il contestato costo annuo delle attrezzature da installare presso il centro di raccolta.

Con la citata ordinanza il Collegio ha disposto che il Verificatore debba accertare se i costi siano sottostimati al punto da impedire all'operatore di formulare un'offerta economicamente sostenibile, e che possa essere ritenuta seria, congrua ed attendibile.

Depositata la relazione del Verificatore, all'esito dell'udienza pubblica di discussione del giorno 7 giugno 2023 il Collegio ha riservato la decisione.

2. Con il ricorso introduttivo parte ricorrente ha lamentato che gli atti impugnati, che costituiscono la *lex specialis* di gara, hanno previsto regole di partecipazione irragionevoli, tali da precludere la possibilità di presentazione di un'offerta congrua ed economicamente sostenibile.

In particolare, con riguardo al quadro dei costi indicati, specificamente

nel quadro riepilogativo di cui al § 9.6 Quadro economico riepilogativo del progetto di servizio raccolta R.S.U. della Relazione di servizio, la ricorrente Sarim ha lamentato l'impossibilità di presentare un'offerta concorrenziale e ragionevolmente orientata ad una futura aggiudicazione, in quanto gli importi considerati ed i costi indicati risulterebbero non rispondenti agli effettivi prezzi ragionevolmente praticabili, tanto da comportare l'antieconomicità di un'eventuale offerta.

La ricorrente ha elencato molteplici profili che determinerebbero l'incongruità del prezzo stabilito a base d'asta.

In particolare, parte ricorrente ha evidenziato che per la determinazione del costo dei lavoratori addetti a servizi oggetto d'appalto il progetto posto a base di gara prende a riferimento le tabelle recanti il costo medio orario per il personale addetto ai servizi ambientali per aziende private, con riferimento al mese di marzo 2019, sebbene alla data di pubblicazione della gara in questione (dicembre 2022) fossero già in vigore le tabelle recanti il costo medio orario per il personale addetto ai servizi ambientali per aziende private, con riferimento al mese di luglio 2022.

Anche il costo degli automezzi secondo S.A.R.I.M. S.r.L. sarebbe stato sottostimato nella *lex specialis* di gara in quanto, sulla base dei prezzi di mercato attualmente praticati dai principali fornitori, con riguardo ai costi in ammortamento previsti per le tipologie di mezzi richiesti per l'appalto in questione, il costo annuo ammonterebbe ad € 487.908,90, cioè € 235.382,79 in più rispetto a quanto previsto a base di gara.

Ulteriore elemento di sottostima dei costi posti a base di gara, secondo S.A.R.I.M. S.r.L., sarebbe rappresentato dalla mancata contabilizzazione

nel quadro economico a base di gara delle unità di carico (cassoni e press container) che l'Aggiudicatario sarebbe tenuto a fornire per il funzionamento del centro di raccolta comunale.

In ragione di tali contestazioni, S.A.R.I.M. S.r.L. ha lamentato l'illegittimità degli atti impugnati in quanto i costi previsti nel Quadro Economico a base di gara risulterebbero sottostimati nella misura di circa il 18%.

Con i motivi aggiunti parte ricorrente ha impugnato la nota del Comune di Castellabate (Sa), Area VII Ambiente, Patrimonio e Manutentivo, Prot.G. 0003482/2023 - U - del 07/02/2023, che ha respinto l'istanza di autotutela avente ad oggetto gli atti impugnati con il ricorso introduttivo; con tale istanza di autotutela parte ricorrente aveva lamentato profili di criticità analoghi a quelli articolati come motivi del ricorso introduttivo.

Alla luce delle doglianze di parte ricorrente, che ha prodotto a sostegno una consulenza di parte, il Collegio ha disposto l'espletamento della verifica, al fine di analizzare le relazioni di stima dei costi sulla scorta delle quali è stato redatto il bando/disciplinare per l'affidamento del servizio di gestione integrata dei rifiuti di spazzamento del Comune di Castellabate, e di valutare le lamentate anomalie per ciascuna voce che concorre a determinare l'importo posto a base di gara così come descritte nel ricorso, tra cui:

- la lamentata sottostima del costo del personale;
- la lamentata sottostima del costo degli automezzi;
- il contestato costo annuo delle attrezzature da installare presso il centro di raccolta.

Il Collegio quindi ha demandato al Verificatore di accertare se i costi sono sottostimati in modo tale da impedire all'operatore di formulare

un'offerta economicamente sostenibile, e che possa essere ritenuta seria, congrua ed attendibile.

Il Verificatore, all'esito dell'espletamento delle operazioni nel contraddittorio con le parti, ha depositato la relazione conclusiva, nella quale ha così concluso:

«Sono state riscontrate alcune criticità nella documentazione progettuale oggetto di verifica, tra cui:

- La documentazione progettuale o di gara per quanto facciano riferimento al quadro normativo vigente e richiamano i CAM in più punti non richiedono in modo esplicito le caratteristiche degli automezzi da acquistare, con particolare riferimento alla "Classe Euro" o alla "data di immatricolazione";

- Si fa riferimento ai Criteri Ambientali Minimi (CAM) di cui al D.M. 13 febbraio 2014, ma alla data della pubblicazione della procedura di gara erano già in vigore i CAM introdotti dal D.M. 23 giugno 2022;

- I "costi in ammortamento" considerati nel bando per gli automezzi sono diversi rispetto ai costi che sono stati ottenuti a seguito dell'analisi di mercato svolta in maniera autonoma e indipendente nell'ambito della presente verifica;

- La stima del costo del personale non ha tenuto conto dell'ultimo aggiornamento del Contratto Collettivo Nazionale di Lavoro (CCNL) per i Servizi Ambientali, relativo al triennio 2022-2024, con decorrenza dal 1° gennaio 2022 fino al 31 dicembre 2024;

- Non è stato previsto alcun costo per l'acquisto delle attrezzature da installare nel centro di raccolta, rispetto a quanto riportato nella documentazione progettuale e di gara.

Pertanto, l'insieme di tali risultati consente di confermare che i costi

siano stati sottostimati dal Comune di Castellabate (SA) di oltre un milione di euro (€ 1.243.782,72), ovvero rispetto ai € 11.982.068,8 posti a base di gara le stime effettuate suggeriscono un importo pari a € 13.225.851,52, ovvero del 10,38% in più».

Orbene, il ricorso introduttivo e i motivi aggiunti, in quanto oggettivamente connessi, possono essere esaminati congiuntamente.

Alla luce delle risultanze della verifica, il Collegio rileva che effettivamente i costi sono stati sottostimati dal Comune di Castellabate (SA) di oltre un milione di euro (€ 1.243.782,72), ovvero, rispetto ai € 11.982.068,8 posti a base di gara, la verifica ha individuato costi per un importo pari a € 13.225.851,52, ovvero del 10,38% in più.

Tale rilevante scarto del 10,38% tra costi individuati nella *lex specialis* da una parte e costi effettivi e reali dall'altro, comporta che l'operatore economico non sia messo in condizione di presentare un'offerta congrua, seria e non antieconomica, così che discende un danno alla concorrenza e alla massima partecipazione alle gare.

Altresì in termini generali, con riguardo ai criteri ambientali minimi (CAM), il Collegio rileva che l'articolo 34 del D.Lgs. 50/2016 prevede che *«I criteri ambientali minimi definiti dal decreto di cui al comma 1, in particolare i criteri premianti, sono tenuti in considerazione anche ai fini della stesura dei documenti di gara per l'applicazione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ai sensi dell'articolo 95, comma 6»*; sul punto, la giurisprudenza ha affermato che le disposizioni in materia di criteri ambientali minimi, *«lungi dal risolversi in mere norme programmatiche, costituiscono in realtà obblighi immediatamente cogenti per le stazioni appaltanti, come si desume plasticamente dal terzo comma dell'art. 34»* (Consiglio di Stato, sez. V,

3 febbraio 2021, n. 972). I CAM *ratione temporis* applicabili sono quelli di cui al D.M. 23 giugno 2022.

In chiave di ricostruzione generale, il Collegio osserva inoltre che dall'art. 95 del d.lgs. n. 50/2016 si evince il principio in base al quale all'amministrazione non è riconosciuto un "*potere di scelta illimitata dell'offerta*", dovendo i criteri prefigurare uno scenario possibile e sostenibile sotto il profilo tecnico ed economico. La giurisprudenza ha inoltre evidenziato che «*sulla scia di tale linea interpretativa (ex aliis Cons. Stato sez. III, 2 febbraio 2015 n. 491) e nel tentativo di enucleare le ipotesi in cui tale evenienza può verificarsi, la giurisprudenza ha quindi a più riprese puntualizzato che vanno fatte rientrare nel genus delle "clausole immediatamente escludenti" le fattispecie di:*

a) *clausole impositive, ai fini della partecipazione, di oneri manifestamente incomprensibili o del tutto sproporzionati per eccesso rispetto ai contenuti della procedura concorsuale (Con. Stato n. 5671 del 2012);*

b) *regole che rendano la partecipazione incongruamente difficoltosa o addirittura impossibile (così CdS, Ad. Plen. n. 1 del 2003);*

c) *disposizioni abnormi o irragionevoli che rendano impossibile il calcolo di convenienza tecnica ed economica ai fini della partecipazione alla gara; ovvero prevedano abbreviazioni irragionevoli dei termini per la presentazione dell'offerta (Cons. Stato n. 980 del 2003);*

d) *condizioni negoziali che rendano il rapporto contrattuale eccessivamente oneroso e obiettivamente non conveniente (Cons. Stato n. 6135 del 2011 e n. 293 del 2015);*

e) *clausole impositive di obblighi contra ius (es. cauzione definitiva dell'intero importo dell'appalto: Cons. Stato n. 2222 del 2003);*

f) bandi contenenti gravi carenze nell'indicazione di dati essenziali per la formulazione dell'offerta (come ad esempio quelli relativi al numero, qualifiche, mansioni, livelli retributivi e anzianità del personale destinato ad essere assorbiti dall'aggiudicatario), ovvero che presentino formule matematiche del tutto errate (es. quelle per cui tutte le offerte conseguono comunque il punteggio 0);

g) atti di gara del tutto mancanti della prescritta indicazione nel bando di gara dei costi della sicurezza "non soggetti a ribasso" (Cons. Stato n. 5421 del 2011)» (Cons. Stato, Ad. Plen. n. 4 del 2018).

In ordine poi alla legittimazione attiva a impugnare le previsioni escludenti dell'avviso di indizione della gara, la giurisprudenza ha espresso il seguente principio: «La sentenza dell'Adunanza plenaria n. 9/2014, dopo avere richiamato i propri precedenti (n. 4 del 2011 e n. 1 del 2003), ha rilevato che, in materia di controversie aventi ad oggetto gare di appalto, il tema della legittimazione al ricorso (o titolo) è declinato nel senso che tale legittimazione "deve essere correlata ad una situazione differenziata e dunque meritevole di tutela, in modo certo, per effetto della partecipazione alla stessa procedura oggetto di contestazione" e che "chi volontariamente e liberamente si è astenuto dal partecipare ad una selezione non è dunque legittimato a chiederne l'annullamento ancorché vanti un interesse di fatto a che la competizione - per lui *res inter alios acta* - venga nuovamente bandita". È stato poi ivi precisato che a tale regola generale può derogarsi, per esigenze di ampliamento della tutela della concorrenza, solamente in tre tassative ipotesi e, cioè, quando:

I) si contesti in radice l'indizione della gara;

II) all'inverso, si contesti che una gara sia mancata, avendo

l'amministrazione disposto l'affidamento in via diretta del contratto;

III) si impugnino direttamente le clausole del bando assumendo che le stesse siano immediatamente escludenti» (Cons. Stato, Ad. Plen. n. 4 del 2018).

Quindi le citate previsioni sui costi, prevedendo costi sottostimati addirittura nella misura del 10,38% e quindi imponendo la presentazione di offerte incongrue, sottocosto e economicamente insostenibili per l'offerente, sono sussumibili nelle viziate clausole della *lex specialis* di gara «*attinenti alla formulazione dell'offerta, sia sul piano tecnico che economico laddove esse rendano (realmente) impossibile la presentazione di una offerta*» (Cons. Stato, Ad. Plen. n. 4 del 2018).

3. Il ricorso introduttivo e i motivi aggiunti sono pertanto accolti, con conseguente annullamento degli atti impugnati nel punto relativo ai citati costi.

4. Nel rapporto processuale tra S.A.R.I.M. S.r.L. e l'amministrazione resistente le spese di lite seguono la soccombenza e sono liquidate in dispositivo.

Nel rapporto processuale tra S.A.R.I.M. S.r.L. e la C.U.C. - Centrale Unica di Committenza tra i Comuni di Cava de' Tirreni, non costituita, non vi è luogo a provvedere sulle spese di lite.

5. Vista l'istanza di liquidazione del compenso depositata dal verificatore prof. ing. Vincenzo Naddeo, e considerata l'opera prestata dal verificatore nella causa e le risultanze della sua attività come utilizzata per la decisione della stessa nonché la completezza dell'indagine svolta e valutati i parametri di legge per la liquidazione del compenso degli ausiliari del giudice, con particolare riguardo all'impegno professionale richiesto, il Collegio ritiene congrua la determinazione in euro 5.000,00

(cinquemila/00), del compenso spettante al verificatore, da cui vanno detratti eventuali acconti già percepiti. Il suddetto importo deve essere posto per intero a carico dell'amministrazione resistente in quanto soccombente.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania sezione staccata di Salerno (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, così decide:

- 1) Accoglie il ricorso introduttivo e i motivi aggiunti, e annulla i provvedimenti impugnati;
- 2) Condanna l'amministrazione resistente al pagamento delle spese di lite in favore di S.A.R.I.M. S.r.L., liquidandole in euro 3.000,00 (tremila/00), oltre spese generali nella misura del 15%, oltre Iva e Cpa come per legge, oltre rimborso del contributo unificato se versato;
- 3) Nulla per le spese nel rapporto processuale tra S.A.R.I.M. S.r.L. e la C.U.C. - Centrale Unica di Committenza tra i Comuni di Cava de' Tirreni;
- 4) Liquidata in favore del prof. ing. Vincenzo Naddeo, per l'attività di verifica svolta nell'ambito dell'epigrafato giudizio, la somma complessiva di euro 5.000,00 (cinquemila/00) a titolo di compenso (da cui vanno detratti eventuali acconti già percepiti), che pone, per intero, a carico della amministrazione resistente parte soccombente.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa. Così deciso in Salerno nella camera di consiglio del giorno 7 giugno 2023 con l'intervento dei magistrati:

Leonardo Pasanisi, Presidente

Fabio Di Lorenzo, Referendario, Estensore

Anna Saporito, Referendario

L'ESTENSORE
Fabio Di Lorenzo

IL PRESIDENTE
Leonardo Pasanisi

IL SEGRETARIO