

Pubblicato il 17/11/2021

**N. 07298/2021 REG.PROV.COLL.**

**N. 03142/2021 REG.RIC.**

**REPUBBLICA ITALIANA**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania**

**(Sezione Terza)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 3142 del 2021, proposto da Buttol S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Gherardo Marone, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

**contro**

Comune di Ercolano, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Nicola Mainelli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

Provveditorato Interregionale Opere Pubbliche Campania Molise Puglia e Basilicata - Sede di Napoli, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Napoli, domiciliataria ex lege in Napoli, via Diaz 11;

**per l'annullamento**

a) del Bando della gara indetta dal Comune di Ercolano per l'affidamento del servizio di raccolta integrata dei rifiuti urbani per il quinquennio 2021-2026 CIG 8766616860, pubblicato sulla G.U.R.I. n. 73 del 28.6.2021;

b) di tutti gli atti di gara e segnatamente: del Disciplinare di gara, del Capitolato speciale d'appalto, del Piano industriale, del Duvri e dello schema di contratto;

c) di tutti gli atti presupposti, connessi e conseguenti e, segnatamente: c1) della delibera di G.M. n. 75 del 26.3.2021 (citata nel provvedimento impugnato sub c3), di cui non si conosce il contenuto), che demanda al Consiglio comunale l'approvazione del Piano industriale; c2) della delibera di C.C. n. 13 del 27.4.2021 che approva il Piano industriale (pubblicata sul "Portale Trasparenza" del Comune, in uno agli atti di gara); c3) della determina dirigenziale n. 1283 del 10.6.2021 che prende atto dell'approvazione del Piano industriale, approva gli atti di gara e indice la procedura concorsuale (pubblicata sul "Portale Trasparenza" del Comune, in uno agli atti di gara).

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Ercolano e del Provveditorato Interregionale Opere Pubbliche Campania Molise Puglia e Basilicata - Sede di Napoli;

Visto il decreto monocratico n. 1391 del 23 luglio 2021 e l'ordinanza cautelare n. 1477 del 7 settembre 2021;

Visti tutti gli atti della causa;

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

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 26 ottobre 2021 la dott.ssa Maria Barbara Cavallo e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

**FATTO e DIRITTO**

1. La Buttol s.r.l. ha impugnato il Bando della gara indetta dal Comune di Ercolano per l'affidamento del servizio di raccolta integrata dei rifiuti urbani per il quinquennio 2021-2026 CIG 8766616860, pubblicato sulla G.U.R.I. n. 73 del 28.6.2021, nonché tutti gli altri atti di gara compresi il Disciplinare di gara, il Capitolato speciale d'appalto, il Piano industriale, il Duvri e lo schema di contratto.

Premette di essere il gestore attuale del servizio di igiene urbana presso il Comune di Ercolano, giusta contratto rep. n. 6684 del 7.12.2016, per il quinquennio 1.11.2016-31.10.2021, circostanza per effetto della quale prospetta la sostanziale illegittimità del bando impugnato per la riaggiudicazione del servizio.

Prospetta altresì che nel corso del rapporto si sono verificati una serie di eventi che hanno stravolto la commessa, e smentito le previsioni originarie del Bando e del Piano Industriale, sia per la errata quantificazione dell'importo dei proventi ricavabili dalla vendita delle frazioni cd. "recuperabili" sia per la errata individuazione dell'esatto numero e della reale qualifica del personale impiegato sul cantiere (con i relativi costi).

Tali problematiche non sarebbero state considerate dalla stazione appaltante, che quindi ha rieditato il bando, per la nuova gara, senza apportare alcun tipo di modifica o correttivo, rendendo, a detta della ricorrente, impossibile la partecipazione alla gara.

2. Queste le criticità evidenziate.

2.1. In primo luogo, il bando non avrebbe tenuto in considerazione i reali costi del personale impiegato nello svolgimento del servizio, e la loro qualifica, dopo che nel quinquennio si erano verificate circostanze tali da far ritenere errate le condizioni contrattuali e numeriche riportate nel nuovo Capitolato.

In particolare, nel Capitolato del 2016 si erano previste 107 unità lavorative che tuttavia nei fatti si erano ridotte a 90, senza che il Comune avesse ritenuto di sostituirle formalmente (art. 57 Capitolato) e costringendo la Buttol a provvedere con contratti a tempo determinato oppure usando maestranze in forza ad altri cantieri.

Inoltre, nel corso del rapporto, un numero rilevante di dipendenti, inquadrati nel livello 2A, ha visto accolto il ricorso al Giudice del lavoro per il riconoscimento della più alta qualifica professionale 3A, circostanza comunicata al Comune.

2.2. Una volta rieditato il bando, la Buttol lo ha impugnato prospettando che tali circostanze, note al Comune, avrebbero dovuto necessariamente essere considerate; l'ente, per contro, con una clausola, richiamando l'art. 7 del C.C.N.L. di categoria, l'art. 50 del Codice dei contratti pubblici e le Linee Guida ANAC n. 13, ha chiesto ai concorrenti di presentare un piano di assorbimento del personale "cantierizzato", con previsione di un punteggio aggiuntivo proporzionato al numero delle unità lavorative e relative qualifiche del personale assorbito, senza soffermarsi sul numero e sulla qualifica del personale.

3. Altra clausola che Buttol ritiene illegittima è quella che riguarda la vendita delle frazioni cd. "recuperabili": il precedente capitolato speciale d'appalto prevedeva, all'art. 8 un costo annuo del servizio di € 6.375.100,45 (pari ad € 31.875.502,25 nel quinquennio), di cui € 396.306,08 (pari ad € 1.981.530 nel quinquennio) quale importo stimato ricavabile dalla vendita delle frazioni "recuperabili", che sarebbe stato portato in detrazione dal canone annuo in quanto la vendita, a cura del gestore del servizio, avrebbe dato un ricavo scomputato dal canone che il Comune era tenuto a versare.

Si contesta, in particolare, la clausola (sempre art. 8) del nuovo Capitolato Speciale d'Appalto, secondo cui l'importo (stimato della vendita) "è fisso e invariabile indipendentemente dai quantitativi e dai corrispettivi che potranno modificarsi durante l'espletamento del servizio".

Secondo la ricorrente, invece, proprio l'appalto di cui era risultata aggiudicataria nel quinquennio precedente avrebbe dimostrato la non remuneratività del servizio.

3.1. La società ha chiesto al Comune il rimborso della differenza tra quanto previsto nel capitolato e quanto incassato, e a fronte del rifiuto dell'ente – che ha ricondotto la questione alla normale alea contrattuale - ha proposto ricorso davanti al Tribunale di Napoli, Sezione Specializzata delle Imprese.

4. Con il ricorso oggetto del presente giudizio, la società, prima della scadenza del termine per la partecipazione alla gara, ha impugnato il bando della stessa per il quinquennio 2021-2026, sul presupposto che il Comune abbia ignorato le criticità, rendendo così impossibile la partecipazione alla gara stessa.

A parere della ricorrente, l'impossibilità discenderebbe, da un lato, dalla mancata indicazione di dati essenziali per la formulazione dell'offerta (tecnica ed economica); dall'altro lato, dall'inserimento di clausole che trasformano il contratto di appalto in un contratto aleatorio; dall'altro lato ancora dall'inserimento di previsioni economiche del tutto irrealistiche, tali da rendere la base d'asta incapiante.

In sintesi, il Bando del Comune di Ercolano sarebbe illegittimo per mancata specificazione della pianta organica (ivi compresa la qualifica delle maestranze), immutabilità dell'importo ricavabile dalla vendita dei rifiuti "recuperabili" a prescindere dalla effettiva quantità degli stessi e dei prezzi praticati dai gestori delle piattaforme di conferimento, con conseguente sottostima della base d'asta della gara (perché calcolata sulla base di dati economici errati per le ragioni di cui sopra) nonché, da ultimo, per la richiesta del possesso di una certificazione di qualità (la certificazione Emas) ultronea rispetto all'oggetto dell'appalto.

5. Con decreto monocratico n. 1391 del 23 luglio 2021, pur non concedendosi l'invocata tutela cautelare d'urgenza (essendo fissata la scadenza del termine per la presentazione delle offerte alla successiva data del 27 luglio 2021 e ritenendosi preservato l'interesse alla riedizione della gara anche in caso di positiva delibazione dell'istanza cautelare alla successiva camera di consiglio del 6 settembre 2021), si è ordinato all'amministrazione intimata di depositare in giudizio - entro 20 giorni dalla comunicazione del decreto- "tutti gli atti istruttori in base ai quali è stato emanato il bando di gara, nella parte relativa alla determinazione del numero e qualifica del personale "cantierizzato", e dei dati posti a base del meccanismo della cessione all'impresa appaltatrice delle deleghe alla vendita delle frazioni "recuperabili", in particolare per il profilo della sua invariabilità e fissità durante l'espletamento del servizio".

6. Il Comune di Ercolano si è costituito con memoria formale il 28 luglio 2021, depositando risposte a chiarimenti del 18/7/2021, stralcio del Piano industriale e Capitolato speciale di appalto.

Con successiva memoria del 20 agosto, ha controdedotto in ordine alle prospettazioni della ricorrente sulla base delle FAQ depositate in atti.

In particolare, ha evidenziato che in base alle dichiarazioni del RUP del 19 luglio 2021, la certificazione EMAS era alternativa ad altra equipollente e quindi il suo mancato possesso non poteva profilarsi come escludente.

7. Si è costituito, con memoria solo formale, il provveditorato OO.PP, difeso dall'Avvocatura dello Stato.

8. In data 3 settembre 2021, la Buttol ha controdedotto, con memoria, alle prospettazioni del Comune e ha depositato una perizia di parte "finalizzata alla disamina della potenziale realizzazione di importi economici dai rifiuti riciclabili (ricavi CONAI) a seguito di sottoscrizione delle Convenzioni attuative con i consorzi di filiera nell'ambito dell'accordo quadro ANCI CONAI 2020-2024.

9. Con ordinanza n. 1477 emessa all'esito della camera di consiglio cautelare del 6 settembre 2021, questa Sezione ha respinto l'istanza di sospensione del bando, motivando preliminarmente su profili di inammissibilità del ricorso, in quanto le clausole impuginate non sarebbero escludenti per le ragioni dettagliatamente illustrate in ordinanza.

10. La Buttol non risulta avere appellato l'ordinanza *de quo*, e, non avendo partecipato alla gara, con memoria depositata in vista della udienza pubblica, si è opposta alle considerazioni rassegnate nella predetta ordinanza e,

rimarcando il profilo del mancato deposito, da parte del Comune, dei documenti richiesti dal decreto monocratico del luglio 2021, ha insistito per l'accoglimento del ricorso nel merito.

11. All'udienza pubblica del 26 ottobre 2021, la causa, previa discussione, è passata in decisione.

12. Va preliminarmente chiarito che la richiesta istruttoria (effettivamente inadempita da parte del Comune) resa in sede monocratica non aveva, né poteva avere, finalità anticipatorie del merito, né contiene una deliberazione sull'ammissibilità o meno del ricorso, trattandosi di impugnazione di clausole di un bando di gara, che, come è noto, consentono al concorrente l'impugnazione diretta solo in quanto direttamente "escludenti", ossia solo laddove impediscano la partecipazione alla procedura di gara o in generale alla procedura concorsuale.

Sul punto la giurisprudenza amministrativa è allineata nel ritenere 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; invero, solo in queste ipotesi la posizione dell'operatore economico può ritenersi immediatamente lesa dall'adozione delle clausole del bando e l'interesse all'impugnativa è concreto ed attuale (così da ultimo Cons. St., sez. V, 7 giugno 2021, n. 4301).

Ed ancora, per l'altrettanto recentissima decisione del Tar Lazio, sez. III, del 6 luglio 2021 n. 7965, "l'onere/possibilità di immediata impugnazione delle previsioni di bando sussiste solo in presenza di una lesione concreta ed attuale della situazione giuridica dell'interessato, ravvisabile esclusivamente nei casi in cui le clausole impuginate precludano con assoluta certezza l'utile partecipazione, dovendosi altrimenti attendere l'emanazione dell'atto applicativo. L'esigenza di puntuale specificazione, del resto, va correlata alla natura eccezionale delle ipotesi di immediata impugnabilità, eccezionalità che rileva pure quale canone interpretativo della casistica, di elaborazione giurisprudenziale, di clausole immediatamente escludenti."

12.1. Orbene, la questione che il Collegio ha posto preliminarmente è proprio quella relativa all'impugnazione di un bando di gara che determina una "impossibilità" di partecipazione sulla base di considerazioni soggettive della società ricorrente, che sovrappone la mancata convenienza economica (o quella da essa ritenuta tale) in quanto gestore uscente alla impossibilità di partecipazione.

Al di là della circostanza di fatto, che risulta in atti, che molte altre imprese abbiano partecipato alla gara (che nel frattempo è in attesa della presente decisione sul punto), a riprova del fatto che evidentemente altre imprese di un settore estremamente professionalizzante e specializzato abbiano ritenuto "possibile" la formulazione di un'offerta economica sostenibile, vale quanto la Sezione ha già prospettato in sede di ordinanza cautelare (che, a ben vedere, avrebbe anche potuto chiudere il contenzioso in forma semplificata, se non fosse per il fatto che detto profilo escludente non è stato adeguatamente sollevato e argomentato dalla difesa del Comune), ossia che le clausole impuginate difettano della caratteristica della "esclusiva", in quanto il carattere redditizio della gara appare evidente dalla documentazione in atti, e il contratto che verrebbe stipulato con l'aggiudicatario non presenta carattere di aleatorietà, come invece prospettato dalla ricorrente.

Infatti, nei documenti di gara, gli elementi di ricavo e di spesa sono stati preventivamente rappresentati e calcolati, non sono irrisori e grava sul concorrente (futuro appaltatore) – ex art. 1664 c.c. - il rischio relativo a una misura di guadagno comunque esistente.

Come già ricordato in sede cautelare, l'aleatorietà del contratto (che comporta un'alterazione della struttura o della funzione dell'appalto) non va confusa con l'allargamento del rischio accollato all'appaltatore in condizioni di maggior difficoltà nell'esecuzione delle opere, potendo venire in considerazione solo situazioni che finiscano per incidere in modo imprevedibile sulla natura stessa della prestazione, laddove nel caso concreto la Buttol, in quanto gestore uscente, ben poteva valutare a monte le condizioni di partecipazione sotto il profilo della convenienza imprenditoriale. L'art. 8 del Capitolato ("Valore dell'appalto") esplicita tale aspetto in modo del tutto chiaro in quanto, dopo aver fissato il valore dell'appalto a base di gara, per l'intera durata del servizio di cinque anni, e dopo aver fissato l'importo complessivo annuo della manodopera, quantifica i ricavi provenienti dal conferimento delle frazioni valorizzabili/imballaggi (secondo il Paragrafo 11 del Piano Industriale) sulla base di una media aritmetica degli ultimi 4 anni (2017-2020) di tali frazioni e della media percentuale di raccolta differenziata relativa al medesimo periodo (52,12%).

Anche se la ricorrente sostiene che, sulla base della propria esperienza pregressa e della perizia depositata in atti, tale valore è destinato a diminuire, andando ad incidere sui ricavi, è evidente che la variazione è prevista dal Capitolato ed attiene alla convenienza economica che ciascuna impresa dovrà fare in sede di presentazione dell'offerta.

Nel medesimo art. 8, infatti, si stabilisce che "l'importo dei proventi delle frazioni valorizzabili viene posto a base di gara in detrazione ai costi; esso è fisso ed invariabile, *indipendentemente dai quantitativi e dai corrispettivi che potranno modificarsi durante l'espletamento del servizio.*"

Inoltre che "l'importo annuo dei proventi delle frazioni valorizzabili, come sopra determinato, sarà portato in detrazione, indipendentemente dai quantitativi raccolti, sull'importo annuo posto a base di gara fino al raggiungimento del 50% di raccolta differenziata."

È evidente che nessuna impresa può ragionevolmente ritenere che sia conveniente superare tale limite, posto che il Capitolato prevede che "oltre la predetta percentuale di raccolta differenziata, i ricavi saranno direttamente incamerati dall'Amministrazione Comunale, a mezzo dei certificati di pagamento e/o altro atto amministrativo, nella misura del 50%, che saranno utilizzati in detrazione nella elaborazione della tassa sui rifiuti." (...)

Parimenti, tuttavia, è possibile un guadagno inferiore alle aspettative.

Con ciò si vuol mettere in evidenza che, nei fatti, il Capitolato controbilancia da una parte e dall'altra le prospettive economiche di realizzo dalla vendita della frazione non riciclabile, e questo sia per l'impresa che risulterà aggiudicataria sia per il Comune.

Si tratta di clausole pacificamente di carattere " economico", che delineano l'alea del contratto inteso come rischio di impresa, e sono connaturate a qualsiasi procedura ad evidenza pubblica, in modo più o meno proporzionale agli importi posti a base di gara e al tipo di servizio.

Ma tutto ciò fa parte della normale concorrenza tra imprese sul piano delle attività da ciascuna svolte, e non può essere ricondotto a fattore di abnormità della procedura di gara, come invece ha cercato di fare la società ricorrente.

12.2. Peraltro, non va tralasciato, ed è elemento di importanza fondamentale ai fini della presente decisione, che ciò che la Buttol ha prospettato come escludente, sotto il profilo dei contenuti del bando (in pratica, il minor ricavo a fronte di vendite che hanno reso economicamente meno di quanto stimato negli atti di gara), è oggetto di contenzioso davanti al giudice ordinario (tribunale delle imprese) e quindi è evidente che il giudice amministrativo non può ritenere vizio di un atto generale, come è il bando di gara e i documenti di gara ad esso collegati (capitolato, disciplinare, etc), un aspetto che attiene alla fase esecutiva dell'appalto e che semmai può essere censurato in fase di eventuale impugnazione di una mancata aggiudicazione, anche in relazione alla motivazione data dall'Amministrazione, ma non in una fase preliminare di indizione della gara, cercando di condizionare l'operato dell'Amministrazione sulla base di esperienze del singolo concorrente.

12.3. Quanto detto vale sia con riguardo ai costi della manodopera che della frazione non riciclabile di rifiuti.

13. Si ribadisce che, a fronte di tale profilo preliminare di non ammissibilità del ricorso, la circostanza del mancato deposito dei documenti richiesti con il decreto monocratico risulta irrilevante, in quanto essi sarebbero astrattamente utili solo laddove si considerasse possibile una valutazione di merito sulle circostanze prospettate come antieconomiche dalla ricorrente, cosa che il Collegio, per come evidenziato, ritiene di non considerare alla stregua di problematiche " escludenti" rispetto alla partecipazione alla gara.

14. Per le suddette ragioni il ricorso va dichiarato inammissibile.

Stante la peculiarità e complessità della questione, si ritiene possibile e giustificata la compensazione integrale delle spese processuali, restando il contributo unificato in carico alla parte ricorrente.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo dichiara inammissibile.

Spese compensate come da motivazione.

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 26 ottobre 2021 con l'intervento dei magistrati:

Pierluigi Russo, Presidente FF

Maria Barbara Cavallo, Consigliere, Estensore

Rosalba Giansante, Consigliere

**L'ESTENSORE**  
**Maria Barbara Cavallo**

**IL PRESIDENTE**  
**Pierluigi Russo**

IL SEGRETARIO