

Pubblicato il 08/03/2021

N. 01529/2021 REG.PROV.COLL.

N. 04844/2020 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

**Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania
(Sezione Seconda)**

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 4844 del 2020, proposto da

OMISSIS S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Davide Furlan, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Padova, Galleria Santa Lucia 1;

contro

OMISSIS, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato di OMISSIS, domiciliataria ex lege in OMISSIS, via Diaz 11; Comune di OMISSIS, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Barbara Accattatis Chalons D'Oranges, Antonio Andreottola, Bruno Crimaldi, Annalisa Cuomo, Giacomo Pizza, Bruno Ricci, Eleonora Carpentieri, Anna Ivana Furnari, Gabriele Romano, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Maria Cristina Carbone in OMISSIS, p.zza Municipio, P.Zzo San Giacomo;

nei confronti

OMISSIS S.p.A. (Già OMISSIS S.p.A.), in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Michele Lombardo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Modena, via V. Borelli n. 1;

per l'annullamento

del decreto del Direttore Generale n. 810 del 29/10/2020 (citato nella comunicazione del 2.11.2020) che ha disposto l'aggiudicazione a OMISSIS s.p.a. della procedura di gara per l'affidamento del Lotto 2 della fornitura e posa in opera di attrezzature e arredi nell'ambito dell'intervento di completamento del Dipartimento di Medicina e Chirurgia a Scampia (CIG 7997891471); del verbale di gara 1.10.2020; degli eventuali atti, non conosciuti, riguardanti la verifica dei Criteri Ambientali Minimi;

e per la condanna

dell'Università degli Studi di OMISSIS e del Comune di OMISSIS al risarcimento del danno, in via principale, in forma specifica mediante subentro della ricorrente nel contratto di appalto ove già stipulato, oppure, in via subordinata, per equivalente monetario da quantificare in giudizio;

del bando e del disciplinare relativi alla procedura sopra descritta e del suddetto decreto del Direttore Generale n. 810 del 29/10/2020

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'OMISSIS, del Comune di OMISSIS e di OMISSIS S.p.A. (Già OMISSIS S.p.A.);

Visti tutti gli atti della causa;

Data per letta nell'udienza pubblica del 2 marzo 2021, celebrata da remoto, la relazione del consigliere Paolo Corciulo;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

La OMISSIS s.p.a. ha impugnato innanzi a questo Tribunale, proponendo contestuale domanda cautelare, il decreto del Direttore generale dell’Università degli Studi OMISSIS n. 810 del 29 ottobre 2020 con cui è stato aggiudicato alla OMISSIS s.p.a. il secondo lotto della gara, da aggiudicarsi con il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa, indetta per l’affidamento della fornitura e posa in opera di attrezzature ed arredi nell’ambito dell’intervento di completamento del Dipartimento di Medicina e Chirurgia di Scampia.

Al lotto 2 hanno partecipato, oltre alla OMISSIS s.p.a., classificatasi al secondo posto, la OMISSIS s.p.a. e la Laezza s.p.a.

A sostegno dell’impugnazione sono stati proposti i seguenti motivi.

Con la prima censura parte ricorrente, supposta l’eterointegrazione della lex specialis di gara ai sensi dell’art. 34 del d.lgs. 16 aprile 2016 n. 50 relativamente all’applicazione dei criteri ambientali minimi ai prodotti oggetto di offerta, contesta il possesso di tale requisito in capo all’aggiudicataria con riferimento alla “scrivania CEO Tipo direzionale (codice SCR4) per quanto concerne il punto 3.2.4. dell’allegato 1 al Decreto ministeriale 11 gennaio 2017, relativo al contenuto di composti organici volatili (COV) per i “prodotti vernicianti”. In particolare, nell’allegato I al certificato n. 34 del 2019, relativo a tale categoria, per quanto concerne il requisito in parola è apposta l’acronimo N.A. che significherebbe non applicabile o non applicato. Opina parte ricorrente che tale esenzione potrebbe essere giustificata solo in ipotesi di assenza di prodotti vernicianti, o in caso di impiego di vernici con polveri epossidiche, prive di composti organici volatili (COV); tali circostanze non emergerebbero dalla documentazione tecnica esibita dall’aggiudicataria, né dalla scheda del prodotto e nemmeno dalla relazione generale descrittiva della fornitura; in particolare, la prima si limita ad indicare l’uso di polveri epossidiche solo sui fianchi laterali della scrivania, la seconda non richiama tale tecnica per la categoria delle scrivanie direzionali; né potrebbe supporsi che per le scrivanie direzionali non vi sarebbe affatto verniciatura, perché altrimenti non sarebbe soddisfatto altro criterio ambientale minimo, ossia quello di cui al n. 3.2.10 che impone una “valutazione delle superficie al graffio”.

Con il secondo motivo la società ricorrente contesta la violazione del decreto ministeriale 11 gennaio 2017 che, quanto alla verifica di conformità dei prodotti ai criteri ambientali minimi, impone specifici documenti di cui ai punti da 3.2.1 a 3.2.12, mentre nella gara per cui è giudizio, la stazione appaltante si sarebbe limitata ad esaminare una dichiarazione di impegno del concorrente e certificati con allegati riassuntivi non corrispondenti alla documentazione puntualmente prevista nel citato decreto ministeriale; in ogni caso, i predetti certificati non riferiscono alcunché circa il possesso dei criteri ambientali minimi con riferimento alla categoria delle “sedute e poltrone”, pure oggetto di fornitura da parte della società aggiudicataria.

Con l’ultimo motivo si contesta, in via eventuale e subordinata, l’illegittimità della lex specialis, ove non si accedesse alla prospettazione della sua eterointegrazione quanto alla osservanza dei criteri ambientali minimi.

Si è costituito in giudizio il Comune di OMISSIS, chiedendo la propria estromissione dal giudizio per difetto di legittimazione a resistere.

Si è costituita in giudizio anche l’aggiudicataria OMISSIS s.p.a. (già OMISSIS s.p.a.) concludendo per il rigetto del ricorso e della domanda cautelare.

Alla camera di consiglio del 15 dicembre 2020, celebrata ai sensi dell’art. 25 del d.l. n. 137/2020 conv. in legge n. 159/2020, la domanda cautelare è stata accolta ai fini del riesame.

La stazione appaltante procedeva alla esecuzione dell’ordinanza cautelare, assegnando termine alla controinteressata per il deposito di documentazione e procedendo al relativo esame concludendo in senso favorevole, come da nota del responsabile del procedimento del 2 febbraio 2021 n. PG/2021/0090004.

All’udienza pubblica del 2 marzo 2021, celebrata con modalità da remoto, in vista della quale sono state depositate memorie conclusionali e di replica, la causa è stata trattenuta per la decisione.

DIRITTO

Il ricorso è fondato.

Va innanzitutto respinta l'eccezione di improcedibilità del ricorso sollevata dalla difesa della controinteressata nella memoria conclusionale ed in quella di replica.

Se è vero che in esecuzione della ordinanza di cautelare la stazione appaltante ha proceduto alla verifica della sussistenza dei criteri ambientali minimi nei prodotti offerti dalla OMISSIS s.p.a. è anche vero che tale a tale accertamento non ha fatto seguito alcun nuovo provvedimento di conclusione del procedimento di gara, essendo, all'attualità, stati adottati unicamente atti istruttori di rilevanza endoprocedimentale, segnatamente la verifica istruttoria della sussistenza dei criteri ambientali minimi; invero, nella parte motiva del provvedimento cautelare era stato ritenuto che i c.a.m. erano elementi essenziali dell'offerta, la cui sussistenza era da verificarsi in un tempo antecedente all'aggiudicazione e come presupposto giuridico di questa; ne discende che l'impugnato provvedimento di aggiudicazione risentiva di tale vizio procedimentale, e proprio per tale ragione era stato disposto il riesame della condotta procedimentale della stazione appaltante, attività a cui, pertanto, avrebbe dovuto seguire l'adozione di una nuova aggiudicazione, in termini di conferma propria, oppure di esclusione della controinteressata per carenza di requisiti dell'offerta.

Conclusivamente sul punto, la mancata adozione di un nuovo provvedimento avente efficacia esterna impone di considerare ancora quale fonte regolativa del rapporto amministrativo controverso l'originaria aggiudicazione.

Passando al merito, il Collegio non ritiene sussistano ragioni per discostarsi dal proprio orientamento espresso in fase cautelare.

E' sufficiente osservare che i criteri ambientali minimi non possono essere qualificati in senso proprio come requisiti, né di partecipazione, né di esecuzione; non di partecipazione, dal momento che questi afferiscono al concorrente, sia in quanto operatore economico (cd. requisiti generali), sia quale imprenditore del settore (cd. requisiti speciali); i requisiti di esecuzione sono invece condizioni soggettive ed oggettive dell'appaltatore, previsti onde assicurare il puntuale adempimento di obbligazioni inerenti al contratto pubblico per cui è stata indetta gara; in tal senso, essi sono esigibili non in capo al concorrente, e quindi fin dal momento della gara, ma solo dall'appaltatore ed al momento della stipulazione, essendo solo tale soggetto colui che deve assicurare la corretta esecuzione delle prestazioni contrattuali; l'esigenza di una verifica successiva alla conclusione della gara è ascrivibile ad esigenze di economia procedimentale, diversamente costituendo un ingiustificato aggravamento del procedimento un accertamento preventivo relativo a tutti i concorrenti, nonché al rispetto del principio di proporzionalità e di favor participationis; invero, costituirebbe un onere eccessivo imporre a chi è semplice concorrente il possesso di condizioni e requisiti che si rivelerebbero privi di concreta utilità in caso di mancata aggiudicazione; in tal senso, in giurisprudenza si è ritenuto adeguato imporre al concorrente in fase di partecipazione il mero impegno all'acquisizione di mezzi e beni necessari per l'eventuale esecuzione del contratto.

Nel presente giudizio, invece, si è in presenza di elementi essenziali dell'offerta, ossia di caratteristiche qualitative che la norma impone debbano essere possedute dalle cose oggetto di fornitura, nel caso di specie arredi ed attrezzature che, sebbene appartenenti ad un genus, devono essere identificate, presentate e comprovate come qualitativamente idonee dal punto di vista del soddisfacimento dei criteri ambientali minimi.

Da tali considerazioni discende l'illegittimità del provvedimento di aggiudicazione impugnato, ed il suo consequenziale annullamento, per non avere la stazione appaltante preventivamente verificato l'osservanza dei criteri ambientali minimi relativamente ai beni che hanno costituito oggetto di offerta da parte della controinteressata.

La decisività di tale argomentazione impone di ritenere superata ogni altra questione proposta, dovendo la stazione appaltante procedere alla rinnovazione del procedimento, nel senso di concludere quanto già posto in esecuzione dell'ordinanza cautelare attraverso l'adozione di un nuovo provvedimento di aggiudicazione in favore della controinteressata, o, in caso contrario, di esclusione di questa e di aggiudicazione in favore di altro concorrente che segue immediatamente in graduatoria, sempre previo

accertamento della sussistenza di tutti i requisiti di partecipazione e dei criteri ambientali minimi della sua offerta.

La domanda risarcitoria non può trovare accoglimento, atteso che ogni pretesa tutelabile in favore di parte ricorrente può essere ritenuta soddisfatta dalla rinnovazione del procedimento nei termini posti nella presente decisione.

In ragione della mancanza di orientamenti consolidati in giurisprudenza e ferma restando la natura procedimentale del vizio riscontrato, sussistono giusti motivi per compensare tra le parti le spese processuali.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie, Respinge la domanda risarcitoria,. Spese compensate.

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

Così deciso in OMISSIS nella camera di consiglio del giorno 2 marzo 2021, celebrata da remoto, con l'intervento dei magistrati:

Paolo Corciulo, Presidente, Estensore

Maria Laura Maddalena, Consigliere

Germana Lo Sapiò, Primo Referendario

IL PRESIDENTE, ESTENSORE

Paolo Corciulo

IL SEGRETARIO