

Ssentenza 11 marzo 2019 numero 1635

Pubblicato il 11/03/2019

N. 01635/2019REG.PROV.COLL.

N. 07827/2018 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 7827 del 2018, proposto da
(...) S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Fabio Andrea Bifulco, Andrea Manzi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Fabio Andrea Bifulco in Milano, via Medici, 15;

contro

(...) S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Piera Pujatti, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Emanuela Quici in Roma, via Nicolò Porpora 16;

nei confronti

(...) S.p.A, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Angelo Clarizia, Alfredo Biagini, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Angelo Clarizia in Roma, via Principessa Clotilde, 2;
Regione Lombardia, Regione Veneto non costituiti in giudizio;
Ministero della Salute, in persona del Ministro pro tempore, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliata ex lege in Roma, via dei Portoghesi, 12;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Quarta) n. 01869/2018, resa tra le parti sul ricorso avverso la D.G. Prot. n.(...)2018.0004601 del 27.03.2018, recante l'annullamento dell'aggiudicazione disposta per il lotto n. 1 della gara (...)2017 042 per la fornitura di arredi sanitari e carrelli, e la determina del D.G. f.f. Prot. n. 0004830/2018 del 03.04.2018 recante l'aggiudicazione della medesima gara in favore di (...) S.p.a., e di ogni atto presupposto, connesso o conseguente.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di (...) S.p.A. e di (...) S.p.A e del Ministero della Salute;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 28 febbraio 2019 il Cons. Raffaello Sestini e uditi per le parti gli avvocati Fabio Andrea Bifulco, Andrea Manzi, Piera Pujatti, Tiziano Ferrante, Alfredo Biagini, Angelo Clarizia e l'Avvocato dello Stato Maria Vittoria Lumetti;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1 – Nel 2018 l' Azienda Regionale Centrale Acquisti lombarda S.p.a. indiceva una procedura aperta per la stipulazione di una convenzione a favore degli enti sanitari delle Regioni Lombardia e Lazio, alla quale partecipava, relativamente al lotto n. 1, avente ad oggetto la fornitura di letti da degenza, anche l'appellante (...) S.r.l. Tale società, facente parte dell'omonimo gruppo internazionale di rilievo europeo operante nella produzione e distribuzione di letti ospedalieri di ultima generazione, commercializza letti ospedalieri prodotti dalla controllante (...)Spol S.r.o., avente la propria sede principale nella Repubblica Ceca.

Il criterio attraverso il quale la gara veniva aggiudicata era quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa ex art. 95, comma 2, d.lgs n. 50/2016, mediante un punteggio sino ad un massimo di 70 e 40 punti rispettivamente per l'offerta tecnica e per quella economica, nonché mediante tre sub criteri valutativi che riguardavano la certificazione del rispetto dei criteri ambientali minimi (CAM) con 4 punti aggiuntivi da attribuire secondo la modalità "On/Off"; le innovazioni tecnologiche affidate in base alla modalità di tipo "ponderale"; ed infine, con modalità di tipo "lineare" gli accessori aggiuntivi. In base alla stima dei criteri valutativi la migliore offerta risultava essere quella di (...) S.r.l. (97,44 punti), più conveniente dell'offerta proposta dalla seconda classificata (...) S.p.a. (96,60 punti).

2 - Il provvedimento di aggiudicazione definitiva veniva impugnato dinnanzi al Tar Lombardia da (...) S.p.a., che contestava l'assegnazione a (...)dei 4 punti aggiuntivi per il rispetto dei criteri ambientali minimi (CAM), essendo la concorrente alla gara (...) S.r.l. priva della certificazione ISO14001, posseduta esclusivamente dalla società controllante produttrice del prodotto offerto ((...) Spol S.r.o.).

3 - Prima che il giudice di prime cure potesse pronunciarsi sul ricorso, l'(...)disponeva l'annullamento in autotutela dell'aggiudicazione a favore di (...) S.r.l., riconvocando la

commissione di gara. Quest'ultima cancellava dalla valutazione tecnica relativa a (...) S.r.l. il punteggio Cam-certificazioni, approvando una nuova graduatoria in cui risultava vincitrice (...) S.p.a.. Conseguentemente il TAR Lombardia dichiarava la sopravvenuta carenza di interesse, senza pronunciarsi nel merito. (sentenza Tar Lombardia, Sez IV, n. 9407/2018).

4 – (...) S.r.l. impugnava il provvedimento in autotutela che aveva ribaltato la graduatoria a favore della società originariamente classificatasi seconda, deducendo quattro motivi di ricorso:

1) Il primo motivo di ricorso riguardava l'iter procedimentale posto alla base dell'emanazione del provvedimento di autotutela, censurato sotto più aspetti in quanto lesivo dei principi generali del procedimento amministrativo di cui alla l. n. 241 del 1990;

2) Il secondo motivo di ricorso aveva ad oggetto il proprio diritto a vedersi corrispondere i 4 punti derivanti dal criterio di valutazione tecnica CAM- certificazioni, sulla base di una interpretazione oggettiva degli art. 5.1 e 4.2.2 della lex di gara, in virtù della quale sarebbe possibile riconoscere il punteggio in relazione al fatto che il prodotto offerto è stato sia realizzato da una impresa certificata, restando priva di rilievo la circostanza che senza che la certificazione non era nominalmente riferita a (...)bensì alla sua controllante;

3) Il terzo motivo di ricorso, connesso al secondo, deduceva l'illegittimità del sopra menzionato criterio di valutazione ove interpretato in maniera difforme dall'interpretazione esposta;

4) Infine, con il quarto ed ultimo motivo di ricorso si eccepiva l'incongruità sia dell'ammissione che della valutazione tecnica di (...) S.p.a. sotto vari profili:

a) violazione delle disposizioni del d.lgs n 46 del 1997 attuativo della direttiva 93/42 CEE, concernente i dispositivi medici.

b) errata valutazione del grado di protezione elettrica inferiore rispetto a quello certificato, con conseguente attribuzione di un punteggio superiore.

c) errata valutazione della inclinazione del trendelenburg o posizione anti-shock, del prodotto offerto da (...) S.p.a., con conseguente attribuzione di un punteggio superiore;

d) errata applicazione del criterio della innovazione tecnologica basata su aspetti irrilevanti (la pedaliera non prevista nell'offerta (...) S.p.a.) o già apprezzati in base ad altri criteri;

e) Apprezzamento incongruo del criterio CAM-certificazioni, in quanto (...) S.p.a. non risultava iscritta al registro dei produttori di apparecchiature elettriche ex d.lgs n.49 del 2014 attuativo della direttiva 2012/19/UE sui rifiuti di apparecchiature elettriche ed elettroniche (RAEE).

(...) S.p.a. a propria volta presentava ricorso incidentale.

5 - Il Tar Lombardia, Sez. IV, dopo aver rigettato con ordinanza n. 774/2018 l'istanza cautelare presentata da (...) S.r.l., decisione poi confermata anche dal Consiglio di Stato con ordinanza n. 2846 del 2018, rigettava altresì in via definitiva il suo ricorso con la sentenza n. 1869/2018, fatta oggetto del presente appello e sospesa in via cautelare da questa Sezione, con ordinanza del 25 ottobre 2018, sotto il profilo del pericolo di danno grave ed irreparabile.

6 – Con il gravame in epigrafe (...) S.r.l. chiede quindi la riforma o l'annullamento della decisione di primo grado per la parte in cui ha respinto il secondo ed il terzo dei motivi del ricorso

introduttivo, che vengono contestualmente riproposti con l'appello ai fini dell'annullamento o della riforma:

- del verbale della seduta di gara riservata n. 17 del 15/03/18;
- della nota Prot. (...)0004103/2018 del 16 marzo 2018, avente ad oggetto: “(...)2017_042 procedura aperta, per l'affidamento del servizio fornitura Arredi Sanitari e Carrelli. Richiesta chiarimenti”
- se esistente, del provvedimento con il quale il RUP ha richiesto la riconvocazione della Commissione giudicatrice al fine di verificare il ricorso proposto da (...) Spa;
- della nota del RUP Prot. n. 0004599.2018 del 27 marzo 2018 avente ad oggetto: “PROCEDURA (...)2017_042 PER LA FORNITURA DI ARREDI SANITARI E CARRELLI NOTA DEL RUP – PROPOSTA DI ANNULLAMENTO AGGIUDICAZIONE DISPOSTA PER IL LOTTO N. 1”;
- della determina del D.G. Prot. n.(...)2018.0004601 del 27.03.2018 avente ad oggetto: “annullamento dell'aggiudicazione disposta per il Lotto n. 1 Gara(...)2017_042 – per la fornitura di Arredi Sanitari e Carrelli”;
- della nota Prot.(...)2018.0004628 del 28.03.2018 avente ad oggetto: “Gara(...)2017_042 per la fornitura di Arredi Sanitari e Carrelli. Informativa annullamento aggiudicazione Lotto 1”;
- della nota Prot.(...)2018.0004629 del 28.03.2018 avente ad oggetto: “Gara(...)2017_042 per la fornitura di Arredi Sanitari e Carrelli. Convocazione per riesame Lotto”;
- del verbale della seduta di gara riservata n. 18 del 28/03/18;
- del verbale della seduta di gara pubblica n. 19 del 03/04/18;
- della nota protocollo (...)n. 2018.0004807 del 3.4.2018 con la quale è stata inviata a (...) Spa richiesta di precisazioni in ordine alle giustificazioni fornite ex art. 97 del d.lgs. 50/16 e delle giustificazioni da questa fornite;
- del verbale della seduta di gara riservata n. 20 del 03/04/18;
- della nota del RUP Prot. n. 0004826/2018 del 3.4.2018 avente ad oggetto: “PROPOSTA DI AGGIUDICAZIONE(...)2017_042 - Procedura Aperta ai sensi dell'art. 60 del D. Lgs. N. 50/2016, per l'affidamento del servizio di fornitura di Arredi Sanitari e Carrelli - lotto n. 1”;
- della determina del D.G. f.f. Prot. n. 0004830/2018 del 03.04.2018 avente ad oggetto: “Aggiudicazione gara(...)2017_042 - Procedura Aperta ai sensi dell'art.60 del D. Lgs. N. 50/2016, per l'affidamento del servizio di fornitura di Arredi Sanitari e Carrelli - lotto n. 1”
- della nota Prot. n.(...)0004834/2018 del 03.04.2018 di comunicazione nuova aggiudicazione;
- dei verbali di gara 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15 e 16 nella parte in cui ammettono, anziché escludere, (...) Spa dal lotto 1 della gara(...)2017_042 e/o nella parte in cui attribuiscono a (...) Spa un punteggio all'offerta tecnica superiore rispetto a quello che avrebbe dovuto conseguire e comunque nella parte in cui attribuiscono a (...) S.r.l. un punteggio inferiore a quello spettante;

- della precedente determina di aggiudicazione definitiva del lotto 1 della gara(...)2017_042 disposta in favore di (...) S.r.l. con nota prot. 2018.0001805 del 29.1.2018, nella parte in cui viene ammessa, anziché esclusa, l'offerta tecnica di (...) Spa e/o nella parte in cui viene attribuito a quest'offerta un punteggio superiore rispetto a quello che avrebbe dovuto conseguire e comunque nella parte in cui viene attribuito a (...) un punteggio inferiore a quello spettante;

- di ogni altro atto presupposto, connesse e conseguente, ancorché non conosciuto, ove lesivo;

- nonché, in subordine, per la declaratoria di illegittimità e quindi per l'annullamento delle disposizioni della lex specialis di gara afferente il Lotto 1 della procedura di gara(...)2017_042, nella parte in cui inserisce nella "Griglia di Valutazione" dell'offerta tecnica il seguente criterio valutativo, ove lesivamente inteso: CAM – verranno valutate positivamente tutte le ditte operanti nel rispetto dei criteri ambientali minimi (possesso ISO14001, certificazioni ambientali);

- nonché per la declaratoria di inefficacia del contratto, ove stipulato con il nuovo illegittimo aggiudicatario, ai sensi e per gli effetti di cui agli artt. 121 e 122 c.p.a. e per la declaratoria del diritto del ricorrente al risarcimento del danno in forma specifica ovvero per equivalente.

7 – In particolare, con il primo motivo d'appello, corrispondente al secondo motivo del ricorso di primo grado, (...) S.r.l. sostiene l'erroneità della sentenza del TAR per la parte in cui non ha valutato che la commissione di gara avrebbe erroneamente sottratto alla ricorrente i quattro punti previsti per il criterio valutativo di cui sopra, giacché avrebbe avuto senza dubbio titolo al riconoscimento di quella frazione di punteggio alla stregua di una corretta interpretazione del disciplinare di gara con riguardo al criterio di valorizzazione dei criteri ambientali minimi (CAM), in forza del quale – così testualmente nel disciplinare – *“verranno valutate positivamente tutte le ditte operanti nel rispetto dei criteri ambientali minimi (possesso ISO 14001 certificazioni ambientali)”*.

8 - Secondo la tesi della stazione appaltante, come confermata dal TAR, peraltro il requisito in esame atteneva non al prodotto offerto ed alle sue specifiche caratteristiche, quanto piuttosto all'organizzazione aziendale del partecipante alla gara, per il quale la certificazione ISO 14001 prova che tale operatore ha un sistema di gestione che controlla e limita gli impatti ambientali della propria attività. Essendo un requisito dell'impresa e non del prodotto, sostiene (...)S.p.a., non può quindi essere riferito a (...) Srl, che pacificamente non ne è titolare, appartenendo invece la certificazione suddetta solo alla casa madre con sede nella Repubblica Ceca (...)spol S.r.o.

9 - La tesi della resistente appare convincente. Essa poggia innanzi tutto su un dato letterale, nel senso che il disciplinare prevede espressamente la positiva valutazione delle *“ditte operanti nel rispetto dei criteri ambientali minimi”*, quindi con riferimento agli operatori concorrenti (*“ditte”*) ed alle loro modalità organizzative e gestionali (*“operanti nel rispetto...”*) al contrario delle altre disposizioni del disciplinare di gara richiamate dalla ricorrente, relative invece alle possibili specifiche certificazioni di prodotto (punti 4.2.2 e 5.1 del disciplinare), che quindi appaiono non incompatibili con la chiara dizione della norma speciale in esame, relativamente all'attribuzione del punteggio tecnico riferito alla complessiva qualità ambientale dell'impresa partecipante alla gara.

10 – La predetta ricostruzione della lex specialis di gara risulta altresì coerente con la ratio di tutela ambientale perseguita mediante la previsione e valorizzazione di criteri ambientali minimi (CAM) riferiti all'intera filiera produttiva, distributiva e di smaltimento del prodotto anziché solamente alle sue caratteristiche tecniche, fatte oggetto di altre previsioni del bando. Infatti, non appare dubbia la circostanza per cui la certificazione ISO 14001, che identifica uno standard di gestione ambientale (SGA) fissando i requisiti del «sistema di gestione ambientale» di una qualsiasi organizzazione, premia i sistemi aziendali di gestione, privilegiando quelli con una maggiore attenzione per gli

impatti ambientali dell'attività e deve essere riferito al solo soggetto i cui processi aziendali sono stati valutati positivamente, e non ad altri, anche se eventualmente compresi nello stesso gruppo imprenditoriale.

11 – Il Collegio non può quindi accogliere la censura avverso l'iter argomentativo del giudice di primo grado, che non appare affatto irragionevole in quanto l'interpretazione "oggettiva" del criterio di valutazione tecnica CAM- certificazioni dedotta dall'appellante come riferita al singolo prodotto offerto (così come previsto dalle diverse clausole di cui ai punti 4.2.2. e 5.1 del disciplinare di gara) non consente di superare la circostanza del mancato possesso, da parte dell'appellante, della certificazione ISO 14001, e ciò non consente di certificare l'inidoneità della concorrente società (...)S.r.l. a fornire un prodotto il cui complessivo processo di produzione ed immissione nel mercato non sia pregiudizievole per l'ambiente.

12 – Infatti, la tutela e la salvaguardia dell'ambiente, già presente fra i principi fondamentali della Costituzione italiana mediante la previsione di cui all'art. 9, ha assunto una valenza sempre più fondamentale anche sulla spinta del diritto europeo, ed un esercizio esegetico ampliativo della portata dell'art. 32 Cost. ha consentito di estendere l'ambito della tutela garantita alla salute pubblica anche mediante le certificazioni di prodotto (riferite ad esempio, nel caso degli arredi, alle esalazioni nocive dei legnami ed alla non tossicità delle vernici), sino a ricomprendervi il "diritto alla salubrità dell'ambiente", anche mediante la disciplina, e la conseguente possibilità di certificazione ambientale, di attività delle singole imprese complessivamente rispettose dell'ambiente, e la stessa Corte Costituzionale italiana ha inquadrato l'ambiente nell'ambito dei valori costituzionalmente protetti, come "una sorta di materia "trasversale" in ordine alla quale si manifestano competenze diverse tanto attinenti allo Stato, quanto spettanti alle singole regioni.

13 – Con il terzo motivo del ricorso di primo grado, riproposto con l'appello in via subordinata rispetto al secondo, la ricorrente denuncia la illegittimità del criterio di valutazione tecnica CAM- certificazioni, in quanto si tratterebbe in sostanza di un requisito soggettivo e non di un criterio valutativo, con conseguente violazione del principio della separazione tra requisiti soggettivi di partecipazione e requisiti oggettivi di valutazione delle offerte.

14 - Al riguardo, considera tuttavia il Collegio che anche tale principio deve essere applicato secondo criteri di proporzionalità, ragionevolezza ed adeguatezza, non potendo negarsi la legittimità di criteri di valutazione che possano premiare le caratteristiche organizzative dell'impresa sotto il profilo ambientale, così come sotto i profili della tutela dei lavoratori e delle popolazioni interessate e della non discriminazione, al fine di valorizzare la compatibilità e sostenibilità ambientale della filiera produttiva e distributiva dei prodotti che costituiscono, comunque, l'oggetto dell'appalto.

Le predette considerazioni valgono a maggior ragione qualora –così come nella fattispecie in esame- i predetti criteri non siano preponderanti nella determinazione complessiva del punteggio tecnico. Inoltre, come già sottolineato dal giudice di prime cure, l'art. 95 comma 13, del d.lgs. n. 50/2016 già consentiva alle amministrazioni di indicare criteri premiali per la valutazione dell'offerta che potevano essere relativi, oltre che al maggior "rating" di legalità dell'impresa, anche al "minor impatto sulla salute e sull'ambiente"; parimenti il comma 6 del medesimo articolo, allorché elenca gli elementi che possono costituire criteri valutativi, non esclude il richiamo a caratteristiche proprie e soggettive dell'impresa. Tale possibilità è stata altresì già confermata, seppure con riferimento agli appalti di servizi, dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato (Sez. III, n. 4283 del 2018, già richiamata dal Tar Lombardia) secondo la quale il principio della netta separazione tra criteri soggettivi di prequalificazione e criteri di aggiudicazione della gara deve essere interpretato *cum grano salis* (così, espressamente, Cons. St., sez. IV, 25 novembre 2008, n. 5808), consentendo alle stazioni appaltanti, nei casi in cui determinate caratteristiche soggettive del

concorrente, in quanto direttamente riguardanti l'oggetto del contratto, possano essere valutate anche per la selezione della offerta, di prevedere nel bando di gara anche elementi di valutazione della offerta tecnica di tipo soggettivo, concernenti la specifica attitudine del concorrente. Anche l'Autorità Anticorruzione -ANAC, nelle proprie linee guida sull'offerta economicamente più vantaggiosa approvate con deliberazione n. 2/2016 evidenzia che la separazione fra requisiti di partecipazione e criteri di valutazione è ormai divenuta più labile rispetto all'impostazione tradizionale, ed in base alla delibera ANAC n. 1091/2017, resa nell'ambito di un parere precontenzioso, è possibile valorizzare la certificazione ISO 14001.

15 – Conclusivamente, anche nel caso di specie, pur non trattandosi di un appalto di servizi, non appariva illogico o illegittimo l'inserimento di un criterio di valutazione, peraltro meramente aggiuntivo e sussidiario, volto a premiare i processi aziendali dei singoli concorrenti muniti di una certificazione attestante, secondo il diritto comunitario, una maggiore attenzione all'impatto ed alla sostenibilità ambientale nella produzione e nella distribuzione del prodotto offerto in gara. Anche il motivo d'appello in esame deve essere pertanto disatteso.

16 – Sulla base delle pregresse considerazioni, il ricorso deve essere respinto. Sussistono tuttavia giustificati motivi, in relazione alla complessità e novità delle questioni, per disporre la compensazione delle spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Compensa fra le parti le spese del presente grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 28 febbraio 2019 con l'intervento dei magistrati:

Roberto Garofoli, Presidente

Pierfrancesco Ungari, Consigliere

Giovanni Pescatore, Consigliere

Giulia Ferrari, Consigliere

Raffaello Sestini, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Raffaello Sestini

IL PRESIDENTE
Roberto Garofoli