Pubblicato il 12/08/2021

N. 05866/2021REG.PROV.COLL.
N. 04501/2021 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 Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 4501 del 2021, proposto dalla Sumus Italia s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Michele Greggio e Vladimiro Pegoraro, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

la Hera s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Alessandro Lolli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

della Mattiussi Ecologia s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Roberto Zazza e Fabrizio Magliaro, con domicilio eletto presso il loro studio in Roma, viale Giuseppe Mazzini, n. 73;

e con l'intervento di

Gestione Forestale Responsabile Servizi s.r.l. impresa sociale, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, e dell'Associazione Italiana per la Gestione Forestale Responsabile, in persona del legale rappresentante *pro tempore*,

entrambe rappresentate e difese dall'avvocato Davide Cester, con domicilio eletto presso il suo studio in Padova, via E. degli Scrovegni, n. 2A.

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per l'Emilia Romagna, Sezione Prima, n. 88/2021, resa tra le parti, pubblicata l'8 febbraio 2021, non notificata, pronunciata nel giudizio di primo grado n.r.g. 569/2020.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;
Visti gli atti di costituzione in giudizio di Hera s.p.a., della Mattiussi Ecologia s.p.a., della Gestione Forestale Responsabile Servizi s.r.l. impresa sociale e dell'Associazione Italiana per la Gestione Forestale Responsabile;
Vista l'ordinanza della Sezione n. 3230/2021;
Visti tutti gli atti della causa;
Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;
Rilevato che l'udienza si è svolta ai sensi dell'art. 25, comma 2, del decreto legge 28 ottobre 2020, n. 137, convertito con modificazioni con legge 18 dicembre 2020, 176, attraverso videoconferenza con l'utilizzo della piattaforma "*Microsoft Teams*", come previsto dalla circolare n. 6305 del 13 marzo 2020 del Segretario generale della Giustizia amministrativa;
Relatore nell'udienza pubblica del giorno 15 luglio 2021 il Cons. Michele Pizzi;
Ritenuto e considerato in fatto ed in diritto quanto segue.

FATTO

1. Con ricorso di primo grado notificato in data 18 settembre 2020 la Sumus Italia s.r.l. ha adito il T.a.r. Emilia-Romagna esponendo:
1.1. - di aver partecipato alla procedura aperta, da aggiudicare secondo il criterio del prezzo più basso, bandita dall'impresa pubblica Hera s.p.a. in data 9 giugno 2020, per l'affidamento della fornitura di sacchi compostabili realizzati in carta per la raccolta di rifiuto organico, della durata di 24 mesi prorogabili per ulteriori 12 mesi (valore stimato euro 1.400.000);

1.2. - che alla suddetta gara d'appalto – la cui *lex specialis* non prevedeva né la presentazione di un'offerta tecnica, né il deposito di campioni di prodotto - partecipavano solo la ricorrente e la società Mattiussi Ecologia s.p.a. odierna controinteressata;

1.3. - che all'esito dell'unica seduta del 17 luglio 2020, dopo l'apertura della busta contenente la documentazione amministrativa e della busta contenente l'offerta economica, l'appalto in questione è stato aggiudicato alla Mattiussi Ecologia, come da comunicazione di aggiudicazione inviata alla ricorrente in data 23 luglio 2020;

1.4. - che in data 7 agosto 2020 veniva eseguito il controllo dei requisiti tecnici del sacchetto di carta offerto dall'aggiudicataria;

1.5. - che nonostante la ricorrente, in data 28 luglio 2020, avesse trasmesso alla stazione appaltante una nota di FSC Italia (facente capo a FSC Internazionale, organizzazione *no profit* nata per promuovere la gestione responsabile di foreste e piantagioni) concernente l'insussistenza, in capo all'aggiudicataria, del requisito della certificazione FSC richiesta dall'art. 28, penultimo capoverso, del capitolato speciale d'appalto, tuttavia la stazione appaltante, con nota di riscontro del 19 agosto 2020, aveva dichiarato di non aderire alla prospettazione della ricorrente, poiché: "*la documentazione di gara prevedeva, unicamente, la produzione in copia, in corso di validità, della certificazione FSC riferita alla materia prima utilizzata per la produzione del sacchetto – adempimento che risulta correttamente assolto da Mattiussi Ecologia s.p.a. – di converso, la documentazione di gara non prevedeva, tra i requisiti di qualificazione, né la presenza del marchio FSC riportato sui sacchi oggetto di fornitura né, conseguentemente, il possesso della certificazione FSC di "catena di custodia" da parte degli operatori economici partecipanti*" (doc. 9 del ricorso di primo grado).

2. La Sumus Italia s.r.l. ha quindi impugnato l'aggiudicazione in favore della Mattiussi Ecologia (primi tre motivi di ricorso) e, in subordine, ha chiesto l'annullamento dell'intera procedura di gara (ultimi cinque motivi di ricorso) deducendo le seguenti otto censure:

2.1. - violazione del d.m. del Ministro dell'ambiente del 24 dicembre 2015, all. 1, criterio 2.4.2.3., violazione dell'art. 28 del capitolato speciale d'appalto, illogicità e contraddittorietà della motivazione, eccesso di potere per illegittimo e distorto uso della certificazione FSC, violazione dell'art. della legge n. 241/1990, illegittimità derivata del provvedimento di aggiudicazione per illegittimità del presupposto bando di gara, art. III.1.3 lettera o), e del presupposto disciplinare di gara, articoli 1 e 4, lettera a), n. 11, per aver la Hera s.p.a. illegittimamente manipolato la certificazione FSC a proprio piacere, vanificandone il contenuto di certificazione di "*catena di custodia*", ossia di certificazione che copre tutto il processo produttivo dalla materia prima al prodotto finito, non essendone permessa "*la rottura e/o il frazionamento ad una porzione soltanto della filiera produttiva, né tantomeno tale facoltà di rottura può sussistere in capo alle stazioni appaltanti, nella fattispecie Hera s.p.a.*

In definitiva delle due l'una: o una stazione appaltante chiede la FSC, e allora la deve chiedere sul prodotto finito perché trattasi di certificazione COC-Catena di custodia; o non la chiede" (pag. 13 del ricorso di primo grado).

2.1.1. - La ricorrente censurava inoltre la contraddittorietà della disciplina contenuta nella legge di gara, ove da un lato - art. III.1.3, lettera o), del bando ed articolo 4, lettera A), n. 11, del disciplinare di gara – si menzionava la certificazione FSC riferita alla "*materia prima di cui è composto il sacchetto*", e dall'altro lato l'articolo 28, penultimo capoverso, del capitolato speciale d'appalto prevedeva che: "*A garanzia della qualità della carta utilizzata per la realizzazione dei sacchi oggetto della fornitura l'impresa dovrà fornire sacchi certificati dalla FSC*", riferendo quindi la certificazione FSC non alla materia prima (carta) ma al prodotto finito (sacchetto di carta).

2.1.2. - In particolare la ricorrente deduceva di essere produttrice dei sacchetti di carta e di aver presentato copia della certificazione FSC di cui è in possesso, al contrario della controinteressata – anch'essa produttrice dei sacchetti di carta – la quale aveva prodotto la certificazione FSC relativa ad

una cartiera tedesca (la Schonfelder Papierfabrik GMBH), senza tuttavia essersi impegnata ad acquistare la carta unicamente da questa cartiera.

2.1.3. - La ricorrente pertanto chiedeva che, nonostante il tenore dell'articolo 1 del disciplinare di gara (che, in caso di conflitto tra le previsioni contenute nei diversi atti di gara, dà la prevalenza alla previsione contenuta nel bando), fosse data comunque prevalenza alla disposizione di cui all'art. 28 del capitolato (certificazione FSC riferita al prodotto finito), anche in ragione del fatto che, ai sensi dell'articolo 8 del medesimo capitolato, è il capitolato stesso a diventare parte integrante del successivo contratto d'appalto;

2.2. - violazione dell'art. II.2.4) del bando, eccesso di potere per illogicità e insufficienza della motivazione, difetto e carenza assoluta di motivazione, omessa verifica del possesso del requisito in capo all'aggiudicatario, eccesso di potere, per aver illegittimamente la Hera s.p.a. omesso di verificare che la certificazione UNI EN 13432:2002 richiesta dal bando (relativamente alla compostabilità ed alla biodegradabilità dei sacchetti) e prodotta dalla controinteressata "coprisse" i sacchetti di carta offerti dall'aggiudicataria, considerato che la cartiera tedesca munita di certificazione FSC – da cui l'aggiudicataria ha dichiarato di acquistare la carta per la produzione dei sacchetti in questione – non è a sua volta dotata della suddetta certificazione UNI EN 13432 e "*la controinteressata non è in grado quindi di dimostrare che usando la carta acquistata da questa cartiera riesca a garantire la catena della compostabilità*" (pag. 18 del ricorso di primo grado), in quanto la controinteressata "*non ha fornito, in sede di gara, la prova di aver ottenuto la certificazione UNI EN 13432 su sacchi prodotti con carta Schonfelder Papierfabrik GMBH*" (pag. 19 del ricorso di primo grado);

2.3. - violazione dell'allegato 2 del capitolato speciale d'appalto "*Scheda tecnica sacchetto in carta capacità 8 litri*", mancata rispondenza del prodotto offerto dalla controinteressata alle specifiche tecniche di cui all'allegato 2 del capitolato speciale d'appalto, violazione dell'art. 68, comma 7, del decreto legislativo n. 50/2016, per aver la ricorrente accertato in data 3 settembre 2020 – a seguito

di visione dei campioni dei sacchetti di carta prodotti dall'aggiudicataria – che quest'ultima avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara, avendo presentato un prodotto non conforme alle caratteristiche tecniche previste dall'allegato 2 del capitolato speciale d'appalto; in particolare la ricorrente ha contestato la non conformità del sacchetto di carta prodotto dalla Mattiussi Ecologia con riferimento: a) alle dimensioni richieste dal capitolato (20 x 15 x 28 + 4,5 cm di alette risvoltabili); b) alla capacità di raccolta di almeno 8 litri; c) al fondello supplementare di rinforzo (mancante nel sacchetto dell'aggiudicataria e ciononostante ritenuto d'ufficio equivalente dalla commissione di gara); d) ai lembi superiori ripiegabili di almeno 4,5 cm; e) alla mancata aderenza del sacchetto al cestello, con conseguente spreco di volume;

2.4. - illegittimità della *lex specialis* per contraddittorietà e illogicità in merito al riferimento della certificazione FSC alla materia prima (carta) o al prodotto finito oggetto di fornitura (sacco), qualora non si volesse dare la prevalenza all'articolo 28 del capitolato speciale d'appalto (certificazione FSC relativa al prodotto finito);

2.5. - violazione dell'art. 95, comma 4, del d.lgs. n. 50/2016, eccesso di potere per contraddittorietà ed illegittimità della motivazione, violazione del principio di *par condicio* dei concorrenti, per aver la stazione appaltante illegittimamente ritenuto sussistenti i presupposti di legge per applicare il criterio di aggiudicazione del prezzo più basso, nonostante il fatto che: a) la fornitura *de qua* non presenti caratteristiche standardizzate dal momento che la ricorrente è in possesso di tre brevetti sui sacchi di carta di sua produzione; b) la ricorrente sostenga costi più alti per il soddisfacimento dei criteri FSC; c) la stazione appaltante non abbia comunque conseguito la miglior offerta economica di Mattiussi Ecologia;

2.6. - violazione dell'articolo 35, comma 4, del d.lgs. n. 50/2016, per aver illegittimamente la stazione appaltante calcolato il valore complessivo dell'appalto (sulla cui base è stato parametrato il requisito di capacità

economico-finanziaria dei partecipanti) senza tenere in considerazione l'ulteriore anno di proroga;

2.7. - violazione dell'articolo 82 del d.lgs. n. 50/2016, per aver illegittimamente la stazione appaltante, in data 7 agosto 2020, verificato il solo campione di prodotto della Mattiussi Ecologia e solo dopo l'aggiudicazione dell'appalto "*obliterando del tutto la fase del confronto delle offerte in sede di gara*" (pag. 32 del ricorso di primo grado);

2.8. - eccesso di potere per contraddittorietà ed illogicità della *lex specialis*, per aver illegittimamente la legge di gara richiesto la sola produzione della certificazione FSC della materia prima "*senza richiedere però la dimostrazione della effettiva disponibilità della cartiera stessa a fornire al concorrente il quantitativo (enorme) di carta necessario per eseguire l'appalto e senza richiedere la prova che quantomeno la cartiera stessa sia stata informata di essere stata "coinvolta" nell'appalto*" (pag. 33 del ricorso di primo grado);

3. Con successivo ricorso per motivi aggiunti notificato il 12 novembre 2020, la Sumus Italia ha impugnato il verbale della Struttura tecnica di controllo della stazione appaltante Hera s.p.a., redatto in data 13 ottobre 2020 (previa comunicazione del 5 ottobre 2020), con il quale sono state riportate le misurazioni nuovamente eseguite sul sacchetto di carta prodotto dall'aggiudicataria (19,6 x 14,9 x 28 cm).

3.1. La ricorrente, in primo luogo, ha ribadito la mancata conformità del sacchetto di carta prodotto dall'aggiudicataria alle specifiche tecniche di cui all'allegato 2 del capitolato, considerato oltretutto che i margini di tolleranza di cui all'articolo 31 del medesimo capitolato – non richiamati nel citato allegato 2 – sarebbero applicabili solo nella successiva fase esecutiva e non potrebbero valere nella fase di verifica dei requisiti, fase tanto più importante nella gara in questione in cui è mancata la presentazione di un'offerta tecnica.

3.2. La Sumus Italia ha poi articolato i seguenti sette motivi aggiunti:

3.2.1. - violazione dell'art. 32, comma 5, d.lgs. n. 50/2016, eccesso di potere nella forma dello sviamento di potere, anche per difformità tra quanto

preannunciato nella lettera del 5 ottobre 2020 e quanto concretamente accaduto il 13 ottobre 2020, nonché per contraddittorietà ed illogicità dell'azione amministrativa, violazione dell'art. 31 del capitolato speciale d'appalto ed eccesso di potere nella forma dello sviamento di potere per la sua distorta e scorretta applicazione nella fase precontrattuale, violazione dell'art. III.1.3 del bando di gara, per aver la stazione appaltante "*surrettiziamente svolto l'incontro del 13.10*" per cercare "*di confondere artatamente la fase di verifica del possesso dei requisiti in capo all'aggiudicatario ex art. 32 comma 5 d.lgs 50/2016 – fase in cui ci si trova – con le diverse e estranee fasi di verifica dei campioni* […] *e addirittura di confonderla con le verifiche, di volta in volta, delle singolo forniture in corso di esecuzione del contratto, disciplinate dall'art. 31 CSA*" (pag. 12 del ricorso per motivi aggiunti), considerato poi che la seduta del 13 ottobre 2020 non sarebbe stata finalizzata unicamente alla correzione di un errore materiale – come preannunciato nella nota del 5 ottobre 2020 – ma alla verifica della effettiva disponibilità di tutto quanto è necessario per la corretta esecuzione della fornitura, tentando "*in extremis il salvataggio dell'aggiudicazione*" ed applicando illegittimamente, per la prima volta, la tolleranza di cui all'articolo 31 del capitolo speciale d'appalto, valevole solo per la fase esecutiva e comunque non applicabile alla profondità del sacchetto;

3.2.2. - eccesso di potere per manifesta illogicità e contraddittorietà della motivazione sotto due profili afferenti le modalità operative di misurazione, per aver illegittimamente Hera s.p.a. deciso di eseguire le verifiche su solo tre sacchi di carta su cento campioni depositati dall'aggiudicataria, considerato poi che, in sede di accesso eseguito il 3 settembre 2020, la ricorrente aveva constatato la presenza di non meno 400/600 sacchetti di carta prodotti dall'aggiudicataria come campioni, non essendo quindi possibile escludere che "*la controinteressata abbia selezionato a monte i sacchi (o le mazzette con i sacchi) più grandi*"; inoltre Hera non avrebbe indicato se la misurazione riportata nel verbale del 13 ottobre 2020 (che sarebbe stata eseguita con strumenti

inadeguati ed in condizioni ambientali inadeguate) riguardi un solo sacchetto di carta o la media dei tre sacchetti esaminati;

3.2.3. - eccesso di potere per contraddittorietà e manifesta illogicità sotto altro profilo, contraddittorietà tra il verbale del 7 agosto 2020 ed il verbale del 13 ottobre 2020, eccesso di potere nella forma dello sviamento sotto altro profilo, per difformità tra quanto preannunciato nella lettera del 5 ottobre 2020 e quanto accaduto il 13 ottobre 2020, per aver illegittimamente la stazione appaltante – nella seduta del 13 ottobre 2020 – verificato i lembi superiori dei sacchetti di carta dell'aggiudicataria, nonostante non fossero oggetto dell'errore materiale la cui correzione era stata preannunciata con la nota del 5 ottobre 2020, non essendo inoltre corrispondente al vero quanto verbalizzato il 13 ottobre 2020, poiché i sacchetti di carta della Mattiussi Ecologia non avrebbero alette (verbale del 7 agosto 2020), ma solo bordi non pretagliati, la cui equivalenza con le alette avrebbe dovuto essere provata a cura dell'aggiudicatario;

3.2.4. - violazione dell'allegato 2 del capitolato speciale d'appalto, eccesso di potere per manifesta illogicità e contraddittorietà della motivazione, contraddittorietà tra il verbale del 7 agosto 2020 ed il verbale del 13 ottobre 2020, eccesso di potere nella forma dello sviamento sotto altro profilo, per difformità tra quanto preannunciato nella lettera del 5 ottobre 2020 e quanto accaduto il 13 ottobre 2020, per aver illegittimamente la stazione appaltante inviato ad un laboratorio certificato sia i sacchi dell'aggiudicataria, sia i sacchi della ricorrente, per la misurazione dello spessore della carta, in tal modo esulando dalla mera correzione dell'errore materiale preannunciata con nota del 5 ottobre 2020, nonostante l'allegato 2 del capitolato non prevedesse nulla in punto di spessore della carta, facendo solo riferimento alla "grammatura" (potendo lo spessore variare anche a parità di grammatura), volendo invece la stazione appaltante sostituirsi alla controinteressata per la prova del requisito della "*compostabilità*", dipendente dallo spessore della carta, volendo quindi

verificare che la certificazione per la compostabilità TUV Austria prodotta dalla controinteressata coprisse anche i sacchetti esaminati;

3.2.5. - eccesso di potere per illogicità e contraddittorietà della motivazione, per aver Hera s.p.a. inteso sanare in corso di procedimento, con il verbale del 13 ottobre 2020, i vizi sollevati con il ricorso introduttivo, senza però agire dichiaratamente in autotutela;

3.2.6. - illegittimità in via derivata dell'eventuale provvedimento di Hera, all'esito della verifica dei requisiti in capo all'aggiudicataria, di recepimento dei contenuti dei precedenti atti e provvedimenti già impugnati;

3.2.7. - illegittimità dell'articolo 31 del capitolato speciale d'appalto, se ritenuto applicabile anche alla fase di verifica del possesso dei requisiti in capo all'aggiudicatario, in quanto tali tolleranze avrebbero dovuto essere applicate ai sacchi in plastica e non ai sacchetti di carta, ai quali invece si applicherebbero unicamente le tolleranze ammesse dalla norma internazionale UNI EN ISO 8367.

3.3. Infine la ricorrente ha proposto domanda di accesso ai sensi dell'articolo 116, comma 2, c.p.a. concernente "*tutti gli atti, documenti e corrispondenza relativi alla fase di verifica dei requisiti*".

4. Il Tar per l'Emilia Romagna, con la gravata sentenza n. 88 del 2021:

4.1. - ha dichiarato ammissibile l'intervento *ad adiuvandum* proposto dall'Associazione italiana per la gestione forestale responsabile e dalla Gestione forestale responsabile servizi s.r.l. impresa sociale;

4.2. - ha dato atto della "*non necessità di disporre misure istruttorie risultando le richieste ostensive della ricorrente integralmente soddisfatte in corso di causa*";

4.3. - ha accertato la sussistenza di un contrasto tra, da un lato, l'articolo 28, penultimo capoverso, del capitolato speciale d'appalto (che richiede la certificazione FSC riferita al prodotto finito) e, dall'altro lato, l'art. III.1.3, lett. o), del bando e l'art. 4, lett. A), n. 11, del disciplinare di gara (che vogliono la certificazione FSC riferita alla materia prima), dando la prevalenza alla norma contenuta nel bando di gara, in ragione sia del rapporto gerarchico esistente

per consolidata giurisprudenza, sia del rapporto di gerarchia delle fonti espressamente previsto dall'articolo 1 del disciplinare di gara;

4.4. - ha riconosciuto che "*rientrava nella facoltà di Hera limitare la certificazione FSC, avente natura volontaria, in riferimento alla sola carta e non già al prodotto finito*", escludendo altresì l'applicabilità, nel caso di specie, sia dei criteri minimi ambientali di cui all'articolo 34 d.lgs. n. 50/2016, sia del d.m. 24 dicembre 2015, riguardante il legno da costruzioni e non i sacchetti di carta;

4.5. - ha accertato la dimostrazione, ad opera della controinteressata, sia della certificazione FSC, sia della compostabilità del sacchetto di carta secondo la normativa UNI EN 13432, non potendosi "*pretendere in capo all'aggiudicataria una sorta di rapporto di esclusiva con il fornitore della carta per tutta la durata dell'appalto o comunque un vincolo di acquisto della carta presso la cartiera indicata*";

4.6. - ha dichiarato inammissibili e/o improcedibili le doglianze di cui al terzo motivo del ricorso introduttivo e dei motivi aggiunti tese a contestare la conformità (quanto a dimensioni e caratteristiche) dei sacchetti offerti dalla controinteressata rispetto alle specifiche tecniche, sia perché trattasi "*di questioni inerenti non già la legittimità dell'aggiudicazione ma la fase già di esecuzione*", sia perché la ricorrente non ha impugnato *"come era suo onere, le verifiche compiute il 18 novembre 2020 sulle misurazioni effettuate dal Laboratorio Chelab e comunicate alla ricorrente con pec del 20 novembre 2020* […], *risultando la verifica del 18 novembre il vero e proprio atto conclusivo dell'attivato procedimento di verifica*";

4.7. - ha respinto tutte le ulteriori doglianze, dedotte in via subordinata nel ricorso introduttivo, per l'annullamento dell'intera procedura di gara;

4.8. - ha dichiarato inammissibile il sesto motivo del ricorso introduttivo, in quanto è "*del tutto ipotetico trarre dall'aumento del valore stimato dell'appalto l'eventuale fissazione da parte della stazione appaltante di un fatturato minimo di accesso* […], *così come ancora la conseguenza dell'impossibilità di partecipazione da parte della Matiussi, essendo le censure ipotetiche del tutto inammissibili*";

4.9. - ha in definitiva in parte respinto ed in parte dichiarato inammissibile il ricorso introduttivo ed ha dichiarato i motivi aggiunti inammissibili e/o

improcedibili.

5. Con ricorso in appello notificato il 4 maggio 2021, contenente altresì domanda cautelare di sospensione della gravata sentenza, la Sumus Italia s.r.l. ha dedotto le seguenti cinque censure:

5.1. - con il primo motivo d'appello la ricorrente ha insistito per l'accoglimento della domanda di accesso ai sensi dell'art. 116, comma 2, c.p.a. – respinta dal Tar – con riguardo a tutti gli atti, i documenti e la corrispondenza tra Hera e l'aggiudicataria relativi al procedimento di verifica del possesso dei requisiti speciali in capo alla stessa: "*non c'è la nota di avvio del procedimento di verifica, non ci sono i documenti inviati da Mattiussi Ecologia per provare il possesso di tutti i requisiti; non ci sono le note relative né all'invio dei campioni dei sacchi analizzati né al completamento delle verifiche*" (pag. 9 dell'appello);

5.2. - con il secondo motivo d'appello sono stati riproposti il primo, il quarto e l'ottavo motivo del ricorso introduttivo di primo grado, relativamente alla contraddittorietà interna della *lex specialis* con riferimento alla certificazione FSC – se da riferire al prodotto finito o alla materia prima – dovendosi necessariamente riferire la suddetta certificazione (FSC-COC, *chain of custody*, catena di custodia) al prodotto finito, con conseguente illegittimità delle previsioni della *lex specialis* se diversamente interpretate, trattandosi nel caso di specie di un requisito speciale ai sensi dell'art. 83 d.lgs. n. 50/2016 che deve essere posseduto dall'operatore economico che concorre alla gara, né la stazione appaltante potrebbe chiedere la certificazione FSC limitatamente alla sola materia prima interrompendo così la catena di custodia, considerato oltretutto che l'aggiudicataria non si è vincolata ad acquistare la carta dalla cartiera tedesca certificata FSC, la quale non ha inoltre espresso il consenso;

5.3. - con il terzo motivo d'appello è stato riproposto il terzo motivo del ricorso introduttivo, nonché il ricorso per motivi aggiunti avverso il verbale del 13 ottobre 2020, per aver il Tar errato nel dichiarare inammissibili e improcedibili le relative censure, ritenendo che le verifiche condotte dalla stazione appaltante, sui campioni presentati dall'aggiudicataria in riferimento

alle specifiche tecniche di cui all'allegato 2 del capitolato, riguardassero la fase esecutiva del rapporto, quando invece riguardavano la conformità del prodotto ai fini dell'aggiudicazione dell'appalto, con conseguente esclusione del concorrente in caso di riscontrata difformità ai sensi del predetto allegato 2, tanto più che la gara in questione non prevedeva la presentazione di una offerta tecnica; né l'appellante avrebbe avuto l'onere di impugnare i risultati delle analisi condotte dal laboratorio privato Chelab, trattandosi di atti provenienti da un soggetto terzo e mai recepiti da Hera in un provvedimento amministrativo suscettibile di avere effetti lesivi; la Sumus inoltre ha ribadito i profili di non conformità del prodotto offerto dall'aggiudicataria con riferimento alle specifiche tecniche (per quanto concerne le misure del sacchetto, il fondo del sacco e le alette superiori);

5.4. - con il quarto motivo d'appello è stata impugnata la sentenza di primo grado, nella parte in cui non avrebbe motivato sul secondo motivo del ricorso introduttivo, relativo al mancato possesso – in capo all'aggiudicataria – del certificato di compostabilità UNI EN 13432 con riguardo ai sacchetti di carta prodotti con la carta proveniente dalla cartiera tedesca certificata FSC;

5.5. - con il quinto motivo d'appello sono stati riproposti il quinto, il sesto, il settimo e l'ottavo motivo del ricorso introduttivo.

6. L'appellante ha poi riproposto domanda di inefficacia del contratto nelle more eventualmente stipulato con conseguente domanda di subentro e, in subordine, domanda di risarcimento del danno per equivalente, già dedotte in primo grado.

7. Si sono costituite in giudizio la Hera s.p.a. e la Mattiussi Ecologia s.p.a. chiedendo il rigetto dell'appello.

8. Con memoria del 4 giugno 2021 l'appellante ha dedotto di aver ricevuto, in data 20 maggio 2021, una p.e.c. della stazione appaltante, relativa all'avvenuta stipula del contratto d'appalto con l'aggiudicataria sin dal marzo 2021.

9. Essendo mutati i presupposti fattuali alla base della domanda di sospensione e considerato che la celere fissazione dell'udienza di merito

"*assicura in ogni caso la tutela degli interessi coinvolti*", l'appellante ha rinunciato alla domanda cautelare, che è stata pertanto dichiarata improcedibile con ordinanza della Sezione 11 giugno 2021, n. 3230.

10. Si sono, altresì, costituite in giudizio, quali interventori *ad adiuvandum* (così come già avvenuto nel primo grado di giudizio), la Gestione Forestale Responsabile Servizi s.r.l. impresa sociale e l'Associazione Italiana per la Gestione Forestale Responsabile, chiedendo entrambe *ad adiuvandum* l'accoglimento dell'appello.

11. In data 7 giugno 2021 la Hera s.p.a. ha depositato un'articolata memoria difensiva, chiedendo il rigetto dell'appello.

12. La controinteressata, l'appellante e le due intervenienti hanno depositato memorie illustrative, rispettivamente in data 25 e 29 giugno 2021, insistendo ognuno nelle rispettive difese.

13. Tutte le parti hanno poi depositato memorie di replica nelle date del 2 e 3 luglio 2021.

14. In data 14 luglio 2021 l'appellante ha tardivamente depositato (oltre le ore 12) note di udienza, alternative alla discussione, ai sensi dell'art. 4, comma 1, del decreto legge 30 aprile 2020, n. 28, convertito con modificazioni con legge 25 giugno 2020, n. 70.

15. All'udienza del 15 luglio 2021 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

16. Il primo motivo d'appello è infondato e deve essere respinto, avendo correttamente il Tar affermato che le richieste ostensive della ricorrente risultano *"integralmente soddisfatte in corso di causa*".

16.1. Infatti:

a) gran parte della documentazione richiesta è stata trasmessa alla Sumus Italia con nota di Hera del 28 agosto 2020 (doc. 12 della ricorrente in primo grado);

b) la ricorrente ha potuto direttamente visionare i campioni di prodotto offerti dall'aggiudicataria in data 3 settembre 2020 ed ha anche partecipato in

contraddittorio alla verifica dei sacchetti della Mattiussi Ecologia in data 13 ottobre 2020 (doc. 29 dell'appellante);

c) gli esiti dell'esame di laboratorio sono stati trasmessi alla Sumus in data 20 novembre 2020, come da p.e.c. di Hera (doc. 26 e 27 di Hera in primo grado);

d) nella memoria difensiva di Hera del 7 giugno 2021 si è rilevato che i restanti documenti richiesti dall'appellante nella istanza di accesso non esistono: "*Non ci sono documenti di Mattiussi ulteriori rispetto a quelli prodotti in processo*" (pag. 4 della memoria di Hera), né l'appellante ha fornito alcun principio di prova circa la concreta esistenza di tale asserita ulteriore documentazione non ostesa.

17. Infondato è anche il secondo motivo d'appello.

17.1. In primo luogo non può essere condivisa l'interpretazione fornita dall'appellante con riferimento al "*possesso della certificazione FSC quale requisito speciale dell'operatore economico*", dal momento che tale interpretazione condurrebbe all'inserimento, in via meramente ermeneutica, di una condizione soggettiva di partecipazione non richiesta dal bando, in violazione del principio di tassatività delle cause di esclusione e con l'effetto di restringere indebitamente la platea dei potenziali concorrenti.

17.2. In secondo luogo, seppur è vero che sussiste un contrasto tra, da un lato, l'art. III.1.3, lettera o), del bando e l'articolo 4, lettera a), n. 11, del disciplinare di gara e, dall'altro lato, l'articolo 28, ultimo capoverso, del capitolato speciale d'appalto (in punto di riferibilità della certificazione FSC alla materia prima o al prodotto finito), tuttavia tale contrasto può essere agevolmente risolto secondo il criterio gerarchico stabilito dall'articolo 1 del medesimo disciplinare, che dà la prevalenza alle disposizioni del bando di gara (con conseguente riferibilità della certificazione FSC alla materia prima, come anche affermato dalla stazione appaltante nella risposta al terzo quesito, doc. 4 della ricorrente in primo grado).

17.3. Né è condivisibile la tesi sostenuta dall'appellante, secondo cui – a fronte di una certificazione FSC-COC "*catena di custodia*" – la stazione

appaltante, per non interrompere tale "catena", sarebbe tenuta a richiedere la certificazione FSC per il prodotto finito, o a non richiederla affatto.

17.4. Al riguardo si osserva che, al di là di una mera petizione di principio, nessuna norma impone alla stazione appaltante di richiedere la certificazione FSC necessariamente per il prodotto finito, rimanendo impregiudicata la possibilità per l'amministrazione di ritenere sufficiente la suddetta certificazione per la sola materia prima (la carta nel caso di specie), né tale scelta produce alcuna rottura della "*catena di custodia*", trattandosi di piani distinti (la scelta della singola stazione appaltante non influisce sulla decisione volontaria degli operatori della filiera del legno di munirsi o meno della certificazione FSC-COC).

17.5. Infine sono irrilevanti, ai fini della decisione circa la legittimità della procedura di gara e della successiva aggiudicazione in favore della Mattiussi Ecologia, le ulteriori censure dedotte dall'appellante circa la possibilità che l'aggiudicataria, oltre alla cartiera tedesca di cui ha speso la certificazione FSC, si rivolga anche ad altre cartiere, anche non certificate FSC, trattandosi all'evidenza di questioni che attengono alla successiva fase di esecuzione dell'appalto e concernono eventuali e futuri inadempimenti alle condizioni del contratto d'appalto, di cognizione del giudice ordinario.

18. Il terzo motivo d'appello non merita accoglimento.

18.1. Infatti, anche a prescindere dalla questione circa la necessità o meno di impugnare gli esiti della verifica compiuta dal laboratorio Chelab s.r.l. (trasmessi alla odierna appellante il 20 novembre 2020), le censure devono comunque essere respinte, in quanto i sacchetti di carta presentati dalla aggiudicataria ed esaminati sia in data 7 agosto 2020 (doc. 7 della ricorrente in primo grado), sia in data 13 ottobre 2020 (doc. 30 della ricorrente in primo grado), sono conformi alle specifiche tecniche di cui all'allegato 2 del capitolato speciale d'appalto (doc. 21 della ricorrente in primo grado), poiché in particolare:

a) le specifiche tecniche richiedono un sacchetto di carta di dimensione 20x15x28 cm e la Mattiussi Ecologia ha presentato un sacchetto di carta di dimensioni 19,6x14,9x28 cm, con una differenza rispettivamente di soli 4 mm per la larghezza e di 1 mm per la profondità, come tale rientrante sia nel margine di tolleranza di cui all'articolo 31 del capitolato speciale d'appalto (doc. 3 della ricorrente in primo grado), sia nel margine di tolleranza della certificazione UNI EN 13432 (doc. 31 della ricorrente primo grado);

b) l'equivalenza del fondo del sacco della Mattiussi (seppur non dotato di fondello di rinforzo) è stata accertata dalla commissione di gara (verbale del 7 agosto 2020, doc. 7 della ricorrente in primo grado), nell'esercizio dei suoi poteri tecnico-discrezionali, considerato inoltre che lo stesso allegato 2 al capitolato consentiva un "*fondello di rinforzo*" o una "*soluzione equivalente*";

c) l'allegato 2 del capitolato non prescriveva la presenza di "*alette*" pretagliate, ma faceva menzione genericamente di "*lembi superiori del sacchetto ripiegabili*" e l'idoneità di quelle del sacchetto della Mattiussi è stata accertata dalla commissione all'esito delle verifiche del 7 agosto 2020 e del 13 ottobre 2020 (essendo conforme al margine di tolleranza di cui all'art. 31 del capitolato).

18.2. Il terzo motivo d'appello deve quindi essere rigettato.

19. Il quarto motivo d'appello non coglie nel segno.

19.1. Infatti, con riguardo all'asserito mancato possesso della certificazione UNI EN 13432 relativamente ai sacchetti di carta prodotti con la carta proveniente dalla cartiera tedesca certificata FSC, il Collegio rileva che l'aggiudicataria ha ottenuto la certificazione UNI EN 13432 (doc. 19 della ricorrente in primo grado) con una carta dello spessore di 104 micron; nel rapporto di prova del laboratorio Chelab (doc. 21 di Hera in primo grado) risulta addirittura che il sacchetto esaminato ha uno spessore medio di soli 94 micron, come anche attestato dalla cartiera tedesca, che produce carta di spessore di 0,0945 micron (doc. 2 della controinteressata in primo grado, depositato il 27 novembre 2020).

19.2. Da ciò risulta provato *per tabulas* che, essendo stato riconosciuto alla Mattiussi Ecologia il marchio di conformità "*OK Compost*" con carta di spessore 104 micron, *a fortiori* l'aggiudicataria ha dimostrato di poter beneficiare del medesimo requisito di compostabilità utilizzando la carta proveniente dalla cartiera tedesca Schonfelder Papierfabrik GMBH, che produce carta (ancor più sottile) di spessore di circa 94 micron.

19.3. Il quarto motivo d'appello deve quindi essere respinto.

20. Infondato e da rigettare è infine il quinto motivo d'appello.

20.1. Infatti:

20.1.1. – Con riguardo alla asserita violazione dell'articolo 95, comma 4, del d.lgs. n. 50/2016, si evidenzia che il mero fatto che i sacchi di carta – oggetto dell'appalto – debbano possedere particolari caratteristiche per la raccolta dell'umido e che la Sumus Italia sia in possesso di brevetti per la produzione dei sacchi di carta, non fa di per sé venir meno il carattere uniforme e standardizzato della fornitura, con legittima applicazione del criterio del prezzo più basso;

20.1.2. – Con riguardo alla asserita violazione dell'articolo 35, comma 4, del d.lgs. n. 50/2016, il Collegio rileva che, se anche la stazione appaltante, per il calcolo del valore dell'appalto, avesse considerato l'ulteriore anno di proroga, non vi sarebbe stato comunque alcun automatismo circa l'aumento del requisito di capacità economico-finanziaria (ovvero un fatturato nel triennio di € 1.500.000 anziché di € 1.000.000), né tale automatismo è fissato dall'articolo 83 del d.lgs. n. 50/2016, che, al comma 5, prevede solo un valore massimo del fatturato minimo;

20.1.3. Con riferimento all'asserita violazione dell'articolo 82 del d.lgs. n. 50/2016, si rileva che – a fronte di un appalto da aggiudicare secondo il criterio del prezzo più basso ed in assenza di una offerta tecnica – ne consegue necessariamente che la verifica della conformità del prodotto offerto dall'aggiudicatario (verifica nel presente caso eseguita per la prima volta in data 7 agosto 2020) debba avvenire dopo l'aggiudicazione, senza che

vi sia alcun previo "confronto" tra i prodotti offerti dai vari partecipanti alla gara.

21. Dall'infondatezza dei motivi d'appello deriva, altresì, l'infondatezza della domanda risarcitoria (in forma specifica e per equivalente) che deve pertanto essere rigettata.

22. In definitiva l'appello deve essere integralmente respinto.

23. Le spese di lite seguono la soccombenza e sono liquidate come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sull'appello n.r.g. 4501/2021, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna in solido l'appellante e le intervenienti al pagamento delle spese di lite del presente giudizio, complessivamente liquidate in euro 10.000,00 oltre accessori di legge in favore di Hera s.p.a. ed in euro 10.000,00 oltre accessori di legge in favore di Mattiussi Ecologia s.p.a.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 15 luglio 2021, ai sensi dell'art. 25 del decreto legge n. 137 del 2020, con l'intervento dei magistrati:

Roberto Giovagnoli, Presidente

Leonardo Spagnoletti, Consigliere

Daniela Di Carlo, Consigliere

Francesco Gambato Spisani, Consigliere

Michele Pizzi, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE	IL PRESIDENTE
Michele Pizzi	**Roberto Giovagnoli**

IL SEGRETARIO