



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 6144 del 2013, proposto da:

Azienda Ospedaliera Ospedale Civile di Legnano in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avv. Roberto Guida, con domicilio eletto presso Ettore Travarelli in Roma, via Alberico II° n. 5;

contro

Douglas Ecology Srl in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avv. Massimo Giavazzi, con domicilio eletto presso Luca Crippa in Roma, viale Mazzini, n.55;

e con l'intervento di

ad adiuvandum:

Mengozi s.p.a., Biosud s.r.l., Bi.Vi. s.r.l. in persona dei rispettivi rappresentanti pro tempore, rappresentati e difesi dall'avv. Massimiliano Brugnoletti, con domicilio eletto presso Massimiliano Brugnoletti in Roma, via Antonio Bertoloni n. 26/B;

per la riforma

della sentenza breve del T.A.R. LOMBARDIA - MILANO SEZIONE III n. 01440/2013

Visto il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Douglas Ecology Srl;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 23 gennaio 2014 il Cons. Roberto Capuzzi e uditi per le parti gli avvocati Travarelli su delega di Guida, Giavazzi e Brugnoletti;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. La società Douglas Ecology impugnava il bando di gara del 19 febbraio 2013 relativo all'appalto indetto dalla Azienda Ospedaliera "Ospedale Civile di Legnano" relativo al servizio di raccolta interna, trasporto, smaltimento e recupero dei rifiuti pericolosi e non pericolosi prodotti dagli Ospedali di Magenta ed altri, ed il capitolato d'oneri nella parte in cui si individuava il criterio di aggiudicazione nell'offerta economicamente più vantaggiosa

attribuendo 9 dei 40 punti disponibili per la valutazione della qualità dell'offerta a talune caratteristiche tecniche dei contenitori dei rifiuti.

1.1. Con la sentenza appellata il Tar accoglieva il gravame annullando gli atti impugnati in quanto il punteggio premiale previsto per i contenitori era riferibile ai soli contenitori di plastica ed il prodotto presentato dalla ricorrente Douglas, in cartone, non avrebbe potuto ottenere in partenza i 9 punti previsti dalla *lex specialis*.

I criteri di valutazione dei due tipi di prodotti, di cartone e di plastica, monouso o riciclabili, entrambi astrattamente idonei al servizio, sarebbero stati formulati dalla *lex* di gara solo a favore dei prodotti in plastica, introducendo così un fattore di discriminazione rispetto ad una tipologia di prodotto, (quelli in cartone), le cui qualità non sono neppure contemplate tra i criteri di valutazione, venendo in tal modo limitata la concorrenza.

Pertanto per il Tar la *lex specialis* presentava una immediata lesività laddove prevedeva, un primo esame delle sole caratteristiche tecniche per il cui superamento era necessaria l'assegnazione di almeno 21 punti risultando nel contempo come la mancata assegnazione di 9 punti per i contenitori non in plastica finiva per pregiudicare in maniera determinante la possibilità di partecipare alla seconda fase della gara.

In sintesi per il Tar emergeva dalla *lex specialis* un pregiudizio attuale e concreto che determinava per la Douglas srl l'onere di immediata impugnazione del bando senza attendere l'ulteriore corso della procedura.

2. Con appello notificato il 26 luglio 2013 l'Azienda Ospedaliera sostiene la erroneità della sentenza del Tar Lombardia deducendo plurimi motivi di erroneità della stessa. Si è costituita in giudizio Douglas Ecology chiedendo con dovizia di argomentazioni il rigetto dell'appello. Si sono costituite ad adiuvandum le società Mengozzi, Biosud e Bivi, operanti prevalentemente con contenitori di materiale plastico riutilizzabile, dichiarando di avere interesse alla riforma della sentenza del Tar.

Alla pubblica udienza del 23 gennaio 2014 la causa è stata trattenuta in decisione.

3. L'appello è fondato e merita accoglimento.

Occorre sottolineare che la *lex specialis* ha ritenuto di attribuire fino ad un massimo di 9 punti sui 21 disponibili per quei contenitori di qualsivoglia materiale, che presentavano le caratteristiche di impermeabilità, stabilità e chiusura.

Contrariamente a quanto affermato dalla ricorrente in primo grado e condiviso dal Tar, tali caratteristiche erano astrattamente riferibili, in varia misura, a tutte le tipologie di contenitori e la valutazione premiale poteva venire attribuita indipendentemente dal fatto che il contenitore fosse monouso o di cartone o riciclabile di plastica ed in sintesi indipendentemente dal materiale utilizzato.

Pertanto non poteva ritenersi scontato che il prodotto monouso o di cartone offerto da un concorrente non potesse ricevere il punteggio pieno o parte dello stesso come previsto dal bando e collocarsi, già nella fase iniziale, in posizione per lo meno competitiva rispetto agli altri concorrenti.

D'altro canto, poteva del pari in astratto ipotizzarsi che tutti i concorrenti avrebbero offerto contenitori in cartone ed in tal caso il criterio "*caratteristiche dei contenitori*" avrebbe avuto, ancor più, minore rilievo ai fini della partecipazione alla gara.

3.1. La Sezione ha di recente affermato che "*..cio' che appare decisivo ai fini della affermazione dell'onere di immediata impugnazione delle clausole che prescrivono requisiti di partecipazione, è non soltanto il fatto che esse manifestano immediatamente la loro attitudine lesiva, ma il rilievo che le stesse...risultino non condizionate dal suo svolgimento e perciò in condizioni di ledere immediatamente e direttamente l'interesse sostanziale del soggetto che ha chiesto di partecipare alla gara e alla procedura concorsuale*" (Cons. Stato, III 24 maggio 2013 n.2841) configurandosi il successivo atto di esclusione come meramente dichiarativo e ricognitivo di una lesione già prodotta (Cons. Stato, III, 16 ottobre 2013 n.5035).

Per la recente Adunanza Plenaria inoltre “...i bandi di gara e di concorso e le lettere di invito vanno di regola impugnati unitamente agli atti che di essi fanno applicazione dal momento che sono questi ultimi ad identificare in concreto il soggetto leso dal provvedimento ed a rendere attuale e concreta la lesione della situazione soggettiva dell’interessato; a fronte, infatti, della clausola illegittima del bando di gara o del concorso, il partecipante alla procedura concorsuale non è ancora titolare di un interesse attuale all’impugnazione, dal momento che egli non sa ancora se l’astratta e potenziale illegittimità della predetta clausola si risolverà in un esito negativo della sua partecipazione alla procedura concorsuale, e quindi in una effettiva lesione della situazione soggettiva che solo da tale esito può derivare. Il bando di gara o di concorso, o la lettera di invito, normalmente impugnabili con l’atto applicativo, conclusivo del procedimento concorsuale, devono tuttavia essere considerati immediatamente impugnabili allorché contengono clausole impeditive dell’ammissione dell’interessato alla selezione” (A.P., 29 gennaio 2013 n.1).

3.2.Nel caso in esame, contrariamente a quanto ritenuto dal Tar, il bando non poteva ritenersi di per sé escludente ovvero con clausola che rendeva difficile la partecipazione al concorrente che avesse presentato un prodotto monouso, mentre la ricorrente solo all’esito della procedura avrebbe potuto avere consapevolezza e dunque dolersi in sede giurisdizionale, di una concreta ed attuale lesione della propria situazione.

A riprova della sostanziale fondatezza di tali rilievi vi è la considerazione che anche nella astratta ipotesi che il concorrente offerente contenitori monouso avesse conseguito per tale criterio 0 punti, egli manteneva intatta la possibilità di ottenere comunque sino a 31 punti, ampiamente sufficienti a superare la soglia di sbarramento dei 21 punti necessaria per il passaggio alla seconda fase della gara.

Pertanto non valeva ad anticipare l’onere di impugnazione e quindi ad affermare la immediata lesività del criterio fissato relativo “*caratteristiche dei contenitori*”, la presenza di una clausola di sbarramento a 21 punti.

In conclusione il bando non poteva considerarsi immediatamente impeditivo e quindi lesivo dei diritti di partecipazione della concorrente alla gara.

4. Assorbiti quindi gli altri motivi dedotti nell’atto di appello, la sentenza deve essere riformata, il ricorso di primo grado, dichiarato improcedibile per carenza di interesse.

5. Spese ed onorari, da liquidarsi a favore della sola Azienda Ospedaliera “Ospedale Civile di Legnano”, seguono la soccombenza come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto,

in riforma della sentenza impugnata, accoglie l’appello,e dichiara improcedibile il ricorso di primo grado.

Condanna la società Douglas Ecology Srl alle spese ed onorari dei due gradi di giudizio a favore della Azienda Ospedaliera “Ospedale Civile di Legnano” nella complessiva somma di euro 3.000,00 (tremila).

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 23 gennaio 2014 con l'intervento dei magistrati:

Gianpiero Paolo Cirillo, Presidente

Michele Corradino, Consigliere

Vittorio Stelo, Consigliere

Roberto Capuzzi, Consigliere, Estensore

Hadrian Simonetti, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 03/03/2014

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)