

Publicato il 08/02/2021

N. 00088/2021 REG.PROV.COLL.
N. 00569/2020 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 Tribunale Amministrativo Regionale per la Emilia Romagna

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 569 del 2020, integrato da motivi aggiunti, proposto da

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

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 e domicilio eletto presso il suo studio in Bologna, via Vaccaro 6;

nei confronti

Mattiussi Ecologia S.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Paola D'Alessandro ed

Eleonora Zazza, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Eleonora Zazza in Roma, viale Giuseppe Mazzini 73;

e con l'intervento di

Gestione Forestale Responsabile Servizi S.R.L. Impresa Sociale, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Davide Cester, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Padova, via E. degli Scrovegni n. 2a;

Associazione Italiana per la Gestione Forestale Responsabile, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Davide Cester, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Padova, via E. degli Scrovegni n. 2a, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

previa sospensiva

- del provvedimento di aggiudicazione in favore della controinteressata della procedura aperta per l'affidamento della fornitura di sacchi compostabili realizzati in carta per la raccolta del rifiuto organico con durata di 24 mesi prorogabili di ulteriori 12 mesi;
- di tutta la *lex specialis* per la contraddittorietà interna che ha impedito la formulazione di offerte paragonabili e confrontabili e ciò, a tutela dell'interesse, al rifacimento dell'intera procedura di gara nonché per la declaratoria di inefficacia del contratto se stipulato,

anche eventualmente in corso di causa e per il conseguimento dell'aggiudicazione.

quanto ai motivi aggiunti:

in via principale

- del verbale della “Struttura tecnica di controllo” del 13.10.2020;
- della sconosciuta e ad oggi non notificata comunicazione di Hera alle parti avente ad oggetto l'esito della verifica del possesso dei requisiti in capo all'aggiudicatario, preannunciata nella lettera del 5.10.2020 ma sinora non inviata: viene impugnata “al buio”, con riserva di formulare eventuali doglianze, anche per non incorrere nel pagamento di tre contributi unificati ciascuno di euro 6.000,00.

in via gradata

- dell'art. 31 del Capitolato Speciale d'Appalto se ritenuto applicabile alla fase pubblicitica precontrattuale di verifica del possesso dei requisiti in capo all'aggiudicatario e non solo in fase di esecuzione del contratto.

nonché

istanza ex art. 116 comma 2 c.p.a.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Hera S.p.a., di Mattiussi Ecologia S.p.a., di Gestione Forestale Responsabile Servizi S.R.L. Impresa Sociale e dell'Associazione Italiana per la Gestione Forestale Responsabile;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 27 gennaio 2021 il dott. Paolo Amovilli e trattenuta la causa in decisione ai sensi dell'art. 25 del D.L. 28 ottobre 2020 n. 137;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1.-Espone l'odierna ricorrente di aver partecipato alla procedura aperta indetta da Hera s.p.a. per la fornitura di sacchetti compostabili realizzati in carta per la raccolta del rifiuto organico per la durata di 24 mesi prorogabili di ulteriori 12 mesi, con importo a base di gara di 1.400.000,00 euro e criterio di aggiudicazione del prezzo più basso.

Alla gara oltre alla ricorrente, fornitore uscente, ha partecipato soltanto Mattiussi Ecologia S.p.a., dichiarata aggiudicataria come da comunicazione a mezzo pec effettuata ai sensi dell'art. 76 d.lgs. 50/2016.

Successivamente all'aggiudicazione, come previsto dalla *lex specialis*, la stazione appaltante ha ritenuto di fare una verifica per accertare la coerenza delle linee produttive rispetto alla fornitura.

In tale verifica, facoltativa secondo il disciplinare e meramente orientativa, sono stati verificati i sacchetti attualmente prodotti dalle linee industriali dell'aggiudicatario (inerenti a una fornitura con Iren) rispetto all'oggetto della fornitura.

Solo dopo la stipula, all'inizio della fornitura, vi sarebbe stata una verifica sulla coerenza del sacchetto con la scheda tecnica, avviando l'aggiudicatario la produzione dei sacchetti nelle dimensioni richieste solo in tale sede secondo le previsioni dell'art. 28 capitolato.

La verifica orientativa pre stipula ha dato esito positivo, estendendo tale verifica a un sacchetto dell'impresa ricorrente, attuale fornitore di Hera.

Sumus Italia s.r.l. ha impugnato l'aggiudicazione unitamente alla *lex specialis* deducendo articolati motivi così riassumibili:

I) Violazione del D. M. Ministero dell'Ambiente 24.12.2025 all. 1, criterio 2.4.2.3 (C.A.M.) Violazione dell'art. 28 del CSA. Illogicità e contraddittorietà della motivazione. Eccesso di potere per illegittimo e distorto uso della certificazione FSC. Violazione dell'art. 3 l. 241/1990 ss. mm. - Illegittimità derivata del provvedimento di aggiudicazione per illegittimità del presupposto bando di gara, art. III.1.3 lettera o) (doc. 1, pag. 6) e del presupposto disciplinare di gara, art. 1 e art. 4 lettera A n. 11 (doc. 2 pag. 14): la certificazione FSC doveva essere riferita al prodotto finito (sacchi di carta) come previsto dall'art. 28 CSA mentre secondo Hera prevale il bando secondo cui la certificazione FSC è sufficiente con riferimento alla sola materia prima; l'aggiudicatario ha prodotto in sede di offerta la certificazione FSC di una cartiera tedesca, ma non si è né impegnato né vincolato ad acquistare la carta, per tutta la durata dell'appalto, solo da questa cartiera. Inoltre, questa stessa cartiera tedesca di cui l'aggiudicatario ha prodotto la certificazione FSC, non possiede la certificazione UNI EN 13432:2002 richiesta dal bando di gara art. II.2.4) "descrizione dell'appalto", che attesta la biodegradabilità e la compostabilità dei sacchetti: anche sotto questo profilo l'aggiudicatario non garantisce la continuità della catena, questa volta di compostabilità, dalla materia prima al prodotto finito; la controinteressata ha dichiarato anch'essa di essere produttore e, quindi, ha scelto di non avvalersi della facoltà prevista dal bando di indicare una *vendor list* (lista di produttori da cui il concorrente si impegna ad acquistare i sacchi) ma ha prodotto la certificazione FSC relativa ad una cartiera tedesca da cui verosimilmente dovrà acquistare le bobine di carta per produrre i sacchetti oggetto della fornitura *de qua*;

II) Violazione dell'art. II.2.4) del bando che prevede che i sacchi oggetto della fornitura debbano essere certificati UNI EN 13432:2002. 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: la controinteressata ha prodotto in sede di offerta la propria certificazione UNI EN13432:2002, ma non è certo e non è stato provato in sede di gara che i sacchi concretamente offerti siano "coperti" da questa certificazione. Si è verificato, però, che quest'ultima cartiera non è a sua volta dotata della certificazione UNI EN 13432; la controinteressata non è in grado quindi di dimostrare che usando la carta acquistata da questa cartiera riesca a garantire la catena della compostabilità. ne, la controinteressata merita di essere esclusa poiché non è dimostrato che la certificazione UNI EN 13432, prodotta in sede di gara perché richiesta dal bando, sia relativa ai sacchetti realizzati con la carta non certificata di produzione della cartiera Schönfelder Papierfabrik GMBH, unica cartiera da cui la controinteressata dovrebbe acquistare la carta per eseguire l'appalto de quo, avendone speso, in sede di gara, la certificazione FSC.

III) Violazione dell'Allegato 2 del CSA "Scheda tecnica sacchetto in carta capacità circa 8 litri". Mancata rispondenza del prodotto offerto dalla controinteressata alle specifiche tecniche di cui all'All. 2 al CSA. Violazione dell'art. 68 comma 7 d. lgs. 50/2016 ss. mm.: il prodotto offerto dalla controinteressata sarebbe sotto più parametri difforme rispetto alle specifiche tecniche richieste si da dover essere comminata l'esclusione.

IV) 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): in via subordinata ove non fosse condivisa l'interpretazione della *lex specialis* fornita con i primi due motivi di gravame, sarebbe illegittimo l'art. 28 del CSA in quanto lesiva dell'interesse dei concorrenti a formulare chiaramente le proprie offerte.

V) Violazione dell'art. 95 comma 4 d. lgs. 50/2016 ss. mm. Eccesso di potere per contraddittorietà e illegittimità della motivazione. Violazione dei principi di *par condicio* dei concorrenti: sarebbe illegittimo il criterio di aggiudicazione del prezzo più basso, in quanto la fornitura per cui è causa non sarebbe standardizzata poiché Hera utilizza per le specifiche tecniche soluzioni equivalenti a quelli della ricorrente che ha 3 brevetti; Hera ha formulato le specifiche tecniche sulla scorta dei sacchetti Sumus e dei brevetti Sumus, ben noti a Hera per i pregressi rapporti contrattuali in essere, ma poi applica il criterio del prezzo più basso, in danno di Sumus che necessariamente ha costi più alti per la maggior quantità di materia prima utilizzata e per la lavorazione più complessa del sacchetto (più complessa in quanto innovativa e breve).

VI) Violazione dell'art. 35 comma 4 d. lgs. 50/2016 ss. mm.: la stazione appaltante non avrebbe tenuto conto nel calcolo del valore stimato dell'appalto della prevista forma di rinnovo; ciò si è riverberato anche sul requisito del fatturato specifico richiesto che sarebbe stato più alto e che la controinteressata "potrebbe non avere".

VII) Violazione dell'art. 82 d.lgs. 50/2016ss. mm.: i controlli sui campioni dei prodotti offerti andrebbero effettuati durante la gara e non a valle ovvero post aggiudicazione.

VIII) Eccesso di potere per contraddittorietà e illogicità della *lex specialis*: la previsione del bando si palesa inidonea a garantire la serietà e la credibilità dell'offerta del concorrente che, come la controinteressata, si limiti a produrre una certificazione FSC di una cartiera, senza dover però provare la disponibilità (anche solo prettamente in termini di capacità produttiva dello stabilimento) della cartiera stessa a fornire continuativamente tutta la carta necessaria per produrre i sacchetti per tutta la durata del contratto.

Sono intervenute “*ad adiuvandum*” l'Associazione Italiana per la Gestione Forestale Responsabile e la Gestione Forestale Responsabile Servizi. S.r.l. Impresa Sociale” nell'insieme denominate “FSC Italia”, quali articolazioni nazionali italiane del Forest Stewardship Council e del Global Development GmbH a tutela del loro specifico interesse a che – nella procedura di appalto *de qua* e in ogni altra procedura nella quale rilevino le regole e i principi del Green Public Procurement (GPP) – la certificazione FSC di cui FSC Italia è titolare e garante, sia richiesta dalle stazioni appaltanti e utilizzata dagli operatori economici in corrispondenza alla normativa nazionale e europea e in coerenza rispetto alle finalità che sono proprie della certificazione medesima.

Si è costituita in giudizio Hera s.p.a. eccependo l'infondatezza di tutti i motivi “*ex adverso*” dedotti poiché in sintesi: - sulla questione del requisito di partecipazione omette la ricorrente come la stazione appaltante abbia risposto a suo specifico chiarimento nel senso della prevalenza del bando e dunque del riferimento alla sola materia

prima; - la certificazione FSC intesa come vorrebbe la ricorrente sul sacco impedirebbe la concorrenza perché posseduta dalla sola ricorrente; - non sarebbero applicabili alla fornitura di specie i criteri minimi ambientali (CAM) diversamente da altri prodotti (ad es. gli arredi in legno) - sarebbe anticoncorrenziale la pretesa di acquisire la fornitura della carta sempre dallo stesso fornitore poiché se l'appaltatore può modificare i subappaltatori a maggior ragione può modificare i meri sub fornitori; - quanto ai motivi inerenti la pretesa carenza dell'offerta dei requisiti minimi (dimensioni e caratteristiche dei sacchetti) eccepisce l'inammissibilità perché trattasi di requisiti esecutivi in considerazione che *lex specialis* prevede l'esame della campionatura come facoltativo, non venendo dunque in questione vizi dell'aggiudicazione; - quanto ai motivi idonei alla caducazione dell'intera gara, la fornitura in esame sarebbe standardizzata perché riguarda beni fissi nelle loro caratteristiche di mercato; - sul calcolo del valore stimato dell'appalto la proroga prevista sarebbe soltanto una proroga tecnica, non applicandosi l' art. 35 c. 4 Codice appalti, ed in ogni caso non vi sarebbe alcun interesse; - la verifica rispetto alle specifiche tecniche non deve essere necessariamente fatta prima dell'aggiudicazione ed in ogni caso controinteressata sarebbe in possesso di tutte le specifiche richieste.

Con atto di motivi aggiunti la ricorrente ha esteso l'impugnativa al verbale della struttura tecnica del 13 ottobre 2020 deducendo articolati motivi di violazione di legge ed eccesso di potere così riassumibili: - le misurazioni effettuate il 13 ottobre confermerebbero l'obbligatorietà dell'esclusione della controinteressata in forza di quanto previsto dall'allegato 2 del CSA; - la stazione appaltante pretenderebbe di confondere artatamente la fase di verifica del

possesso dei requisiti in capo all'aggiudicatario ex art. 32 comma 5 d. lgs. 50/2016 con le diverse e estranee fasi di verifica dei campioni (in caso di offerta tecnica qui non prevista) e addirittura di confonderla con le verifiche, di volta in volta, delle singole forniture in corso di esecuzione del contratto, disciplinate dall'art. 31 CSA; - sarebbe illegittima la scelta di verificare solo n. 3 sacchi su 100 asseritamente depositati dall'aggiudicatario per le verifiche, a causa della evidente non rappresentatività; - in via gradata nell'ipotesi in cui venisse ritenuta corretta l'applicazione dell'art. 31 del CSA, sarebbe illegittima tale previsione in quanto propria dei capitolati per la fornitura di sacchi in plastica e non per i sacchi di carta. La ricorrente ha inoltre avanzato istanza ex art. 116 c.p.a. volta ad ottenere la documentazione richiesta con l'istanza di accesso presentata il 10 agosto 2020.

Con memoria Hera ha evidenziato in sintesi: - la conformità dei sacchi compostabili offerti dalla Matussi rispetto alle specifiche tecniche tenuto conto delle tolleranze consentite dal capitolato; - una cosa sarebbe la verifica dei requisiti, da effettuarsi a norma dell'art. 32 c. 7 prima della stipula per legge altra cosa la verifica delle caratteristiche tecniche dell'oggetto del contratto, che in nessun punto tale verifica sulle specifiche tecniche è prevista dal codice appalti in sede di gara; - non vi sarebbe alcun onere dei concorrenti a gare di pubbliche forniture di avere il prodotto già in produzione, effettuandosi la verifica sui campioni in fase di esecuzione. Ha poi eccepito la difesa di Hera la violazione da parte della ricorrente del dovere di sinteticità degli atti processuali e dei limiti dimensionali contenuti nel decreto del Presidente del Consiglio di Stato del 22 dicembre 2016.

Sia Hera s.p.a. che Matussi s.p.a. hanno eccepito l'improcedibilità per sopravvenuto difetto di interesse dei motivi aggiunti per mancata impugnazione delle verifiche compiute il 18 novembre 2020 dal Laboratorio Chelab a cui la verifica compiuta il 13 ottobre 2020 espressamente rimandava. La difesa di Hera ha insistito sul fatto che la certificazione FSC intesa come riferita al prodotto finale, comunque esclusa nel bando, legittimerebbe un monopolio di diritto in favore della ricorrente; ha poi eccepito l'inammissibilità dell'intervento adesivo dell'Associazione Italiana per la Gestione Forestale Responsabile e della Gestione Forestale Responsabile Servizi. S.r.l. Impresa Sociale.

La difesa della ricorrente, di contro, ha replicato alla suddetta eccezione di improcedibilità, evidenziando l'insussistenza di un onere di impugnativa non avendo dette verifiche natura di atto amministrativo. Ha dunque insistito per l'accoglimento del ricorso e dei motivi aggiunti depositando documentazione tra cui elenco indicativo delle aziende italiane al contempo certificate FSC e produttrici di sacchi compostabili, al pari della ricorrente, contestando l'asserita aspirazione ad una posizione di monopolista sul mercato.

Alla camera di consiglio del 8 ottobre 2020 la ricorrente ha rinunciato alla domanda incidentale cautelare con impegno della stazione appaltante a non procedere alla stipulazione del contratto, come da verbale d'udienza.

All'udienza pubblica del 27 gennaio 2021 uditi i difensori da remoto, come da verbale d'udienza, la causa è stata trattenuta in decisione ai sensi dell'art. 25 del D.L. 28 ottobre 2020 n. 137.

DIRITTO

1.- E' materia del contendere la legittimità dell'aggiudicazione disposta da Hera s.p.a. della procedura aperta per la fornitura di sacchetti compostabili in carta per la raccolta del rifiuto organico in favore di Matussi Ecologia s.p.a., della durata di 24 mesi (prorogabili di ulteriori 12 mesi) con importo a base di gara di 1.400.000,00 euro e criterio di aggiudicazione del prezzo più basso.

Lamenta in sintesi la ricorrente Sumus Italia s.r.l. sia vizi propri dell'aggiudicazione per mancata esclusione dell'aggiudicataria, la cui offerta non sarebbe conforme alle specifiche richieste dall'art. 28 del capitolato speciale, sia in via subordinata vizi inerenti la *lex specialis* idonei a comportare la caducazione dell'intera gara. Con motivi aggiunti infine la ricorrente ha contestato la conformità del prodotto offerto da Matussi s.p.a rispetto alle ulteriori specifiche tecniche (dimensioni e caratteristiche) quale ulteriore non dichiarata causa di esclusione dalla gara.

Segnatamente parte ricorrente insiste anzitutto sul fatto che, a suo dire, la certificazione FSC richiesta dalla stazione appaltante avrebbe dovuto essere riferita come stabilito dall'art. 28 del capitolato speciale al prodotto finito ovvero ai sacchetti di carta compostabili e non già come ritenuto da Hera in riferimento alla sola materia prima ovvero alla carta. Diversamente opinando ad avviso di Sumus Italia e degli enti intervenienti la certificazione suddetta sarebbe del tutto inutile, non venendo garantita l'origine del prodotto da foreste gestite in modo responsabile secondo appunto gli standard FSC, se non addirittura inesistente, esistendo solo una certificazione FSC inerente la "catena di custodia".

2. - Preliminarmente va disattesa l'eccezione di inammissibilità sollevata da Hera in riferimento all'intervento adesivo proposto dall'

Associazione Italiana per la Gestione Forestale Responsabile e dalla Gestione Forestale Responsabile Servizi. S.r.l. Impresa Sociale, nell'insieme denominate "FSC Italia" quali articolazioni nazionali italiane del Forest Stewardship Council AC e di FSC Global Development GmbH.

Posto che, come noto, la legittimazione ad impugnare gli atti inerente l'aggiudicazione di un appalto va correlata ad una situazione differenziata e qualificata e, pertanto, meritevole di tutela ovvero circoscritta di norma alle sole imprese che hanno legittimamente partecipato alla gara (*ex multis* Consiglio di Stato, ad. plen., 25 febbraio 2014, n. 9; Id. ad. plen., 7 aprile 2011, n. 4; Id. sez. III, 10 giugno 2016, n. 2507; Id. sez. III, 2 febbraio 2015, n. 491; Id. sez. VI, 10 dicembre 2014, n. 6048) non è ravvisabile in capo ai predetti enti una legittimazione in tal senso.

Ne deriva l'ammissibilità dell'intervento adesivo, vantando gli enti intervenienti la lesione di un interesse dipendente da quello avanzato dalla ricorrente Sumus Italia, consistente nel corretto utilizzo nei pubblici appalti della certificazione FSC di cui FSC Italia è titolare.

3. - Va altresì dato atto della non necessità di disporre misure istruttorie risultando le richieste ostensive della ricorrente integralmente soddisfatte in corso di causa.

4. - Venendo al merito il ricorso è infondato e deve essere respinto.

5. - Non merita anzitutto adesione l'assunto della ricorrente secondo cui la gara in questione richiederebbe la certificazione FSC (Forest Stewardship Council) riferita ai sacchi oggetto della fornitura, come invero effettivamente desumibile dall'art. 28 del capitolato secondo cui "a garanzia della qualità della carta utilizzata per la realizzazione

dei sacchi oggetto della fornitura l'impresa dovrà fornire sacchi certificati dalla FSC”.

Trattasi invero di disposizione palesemente in contrasto sia con l'art. III.1.3) letto) del bando (capacità professionale e tecnica) ove si prevede come requisito di partecipazione il presentare “la copia, in corso di validità, della certificazione FSC (Forest Stewardship Council) riferita alla materia prima di cui é composto il sacchetto” che con lo stesso art. 4 del disciplinare ove si prevede la presentazione della “copia, in corso di validità, della certificazione FSC riferita alla materia prima di cui é composto il sacchetto di cui al punto III.1.3 lettera o) del bando di gara”.

Tale conflitto tra le previsioni dei diversi atti di gara non può che risolversi nel senso della prevalenza del bando, per molteplici ragioni. Innanzitutto è l'art. 1 “norme generali” del disciplinare a prevedere espressamente che “in caso di conflitto tra le previsioni dei diversi atti di gara, la prevalenza sarà stabilita rispettando la seguente gerarchia:1. Bando di gara 2. Disciplinare di gara; 3. Capitolato Speciale; 4. Ulteriore documentazione di gara”.

In secondo luogo perché è pacifico in giurisprudenza l'assunto secondo cui pur nell'ambito della diversa funzione svolta tra le suddette fonti della gara, tra i citati atti esiste una gerarchia differenziata, con prevalenza del contenuto del bando di gara (o della lettera d'invito), mentre le disposizioni del capitolato speciale possono soltanto integrare, ma non modificare le prime (*ex multis* T.A.R. Abruzzo L'Aquila, 1 giugno 2019, n.280; T.A.R. Lazio Roma sez. II, 18 ottobre 2019, n.12051; cfr. Consiglio di Stato, sez. III, 10 giugno 2016, n. 2497).

Inoltre, tale prevalenza era stata chiaramente esplicitata dalla stazione appaltante nei chiarimenti richiesti in sede di gara dalla ricorrente, ribadendosi la non necessità che il marchio FSC fosse riportato in ogni sacco della fornitura.

5.1. - Ciò comporta l'infondatezza del primo motivo.

6. - Privo di pregio è anche il motivo, subordinato, teso all'annullamento della presupposta suindicata disposizione del bando.

La certificazione FSC è una certificazione internazionale, su base volontaria, specifica per il settore forestale ed i prodotti legnosi e non legnosi derivanti dalle foreste che ha come scopo di garantire la provenienza del legname o della carta utilizzati per i prodotti ed il contributo alla gestione forestale responsabile, evitando abbattimenti illegali e/o dannosi.

A prescindere da ogni altra circostanza, rientrava nella facoltà di Hera limitare la certificazione FSC, avente natura volontaria, in riferimento alla sola carta e non già al prodotto finito, non avendo parte ricorrente dimostrato l'obbligatorietà della predetta certificazione quanto invece al sacchetto, apparendo anzi tale pretesa in grado di restringere eccessivamente la platea dei possibili concorrenti.

Sul punto in riferimento anche all'elenco (doc. n. 32) depositato da parte ricorrente, rimane indimostrato come gli operatori ivi indicati siano effettivamente in possesso della certificazione FSC riferita ai sacchetti ovvero al prodotto finito.

6.1. - Va poi decisamente esclusa l'applicabilità alla fornitura in questione dei criteri minimi ambientali (CAM) di cui all'art. 34 del Codice dei contratti pubblici, prevista invero per altre tipologie di

beni, ai sensi del Decreto del Ministero dell'Ambiente e della Tutela del Territorio e del Mare 11 Gennaio 2017 (G.U. n. 23 del 28 Gennaio 2017) "Adozione dei criteri ambientali minimi per gli arredi interni, per l'edilizia e i prodotti tessili", Allegato 1 "Fornitura e servizi di noleggio arredi per interni”.

Errato è anche il richiamo operato da parte ricorrente al D.M. 24 dicembre 2015 riguardante il legno da costruzioni e non certo i sacchetti di carta.

6.2. - Diversamente poi da quanto argomentato dalla ricorrente la controinteressata ha dimostrato quanto alla carta il possesso della certificazione SFC, depositando il certificato della cartiera Schonfelder Papierfabrik e la compostabilità del sacchetto secondo la normativa Uni EN 13432.

6.3. - Sul punto non può poi non condividersi quanto rappresentato dalla difesa di Hera in ordine alla impossibilità di 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.

A tutela dell'autonomia dell'appaltatore nell'organizzazione della propria attività che contraddistingue proprio il contratto di appalto (*ex multis* Consiglio di Stato sez. III, 28 luglio 2020, n. 4796) è rimessa alla stazione appaltante la facoltà di consentire la sostituzione del subappaltatore persino in ipotesi di subappalto c.d. necessario (Consiglio di Stato sez. V, 4 giugno 2020, n. 3504) con ciò consentendosi a maggior ragione la sostituzione di un mero sub fornitore come nel caso di specie.

Va poi evidenziato l'assenza nel bando di un siffatto vincolo.

7. - Vanno invece dichiarati inammissibili e/o improcedibili le doglianze di cui al terzo motivo del ricorso introduttivo ed ai motivi aggiunti tese a contestare la conformità (quanto a dimensioni e caratteristiche) dei sacchetti offerti dalla controinteressata rispetto alle specifiche tecniche.

7.1. - Muove la difesa della ricorrente da un presupposto ad avviso del Collegio del tutto errato ovvero quello della inerenza di tal fase di verifica effettuata il 13 ottobre ed il 18 novembre 2020 al possesso dei requisiti tecnici richiesti dalla *lex specialis* ai fini dell'aggiudicazione.

Ai sensi del disciplinare (pag. 21) dopo l'aggiudicazione e prima della stipulazione del contratto era prevista la facoltà per la stazione appaltante di chiedere la effettiva disponibilità di tutto quanto è necessario per la corretta esecuzione della fornitura. L'art. 28 del capitolato (parte seconda "norme per l'esecuzione del contratto) a sua volta prevede di verificare sempre dopo la stipula ed in avvio di fornitura "prima della sua accettazione la conformità di essa a quanto stabilito nelle prescrizioni tecniche redatte dalla committente".

Trattasi dunque all'evidenza di questioni inerenti non già la legittimità dell'aggiudicazione ma la fase già di esecuzione.

Va poi debitamente evidenziato in linea generale come l'organizzazione per l'esecuzione dell'appalto avvenga in coerenza con il principio di concorrenza dopo l'aggiudicazione e non prima (*ex multis* Consiglio di Stato sez. V, 29 luglio 2019, n.5308; Id. sez. V, 30 settembre 2020, n. 5734; T.A.R. Campania Napoli sez. II, 22 luglio 2020, n. 3225).

7.2. - Inoltre mette conto evidenziare come parte ricorrente non abbia 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.

La verifica compiuta il 13 ottobre da parte della struttura di controllo di Hera, gravata con i motivi aggiunti, rimandava espressamente in contraddittorio al suindicato organo terzo il suo completamento, sì che i due atti rappresentano in realtà un “*unicum*”, risultando la verifica del 18 novembre il vero e proprio atto conclusivo dell’attivato procedimento di verifica.

7.3. - Ne consegue la fondatezza della stessa eccezione di improcedibilità sollevata da Hera e da Matussi delle doglianze di cui ai motivi aggiunti.

8. - Infine non meritevoli di accoglimento risultano le doglianze proposte in via subordinata con il ricorso introduttivo nei confronti della *lex specialis*.

8.1. - La fornitura di sacchetti di carta compostabile per i rifiuti rientra appieno nella categoria delle forniture standardizzate di cui all’art. 95 c. 4, d.lgs. 50/2016 ovvero caratterizzate dall’esclusione di ogni possibilità di variante migliorativa da parte degli offerenti e da standard di mercato ordinario non modificabile in misura rilevante dalla stazione appaltante (*ex multis* Consiglio di Stato sez. V, 20 gennaio 2020, n. 444; T.A.R. Piemonte sez. I, 3 maggio 2019, n. 542; T.A.R. Emilia - Romagna Bologna sez. I, 8 maggio 2020, n. 308).

8.2. - Inammissibile per difetto di interesse è il sesto motivo di gravame.

Come noto in materia di appalti pubblici si opera una netta distinzione tra proroghe contrattuali o programmate, le quali consentono se espressamente previste negli atti di gara il prolungamento della durata del contratto alle stesse condizioni ove

adeguatamente motivato (*ex multis* T.A.R. Lazio Roma sez. II bis, 10 settembre 2018, n. 9212; Consiglio di Stato sez. III, 5 luglio 2013, n. 3580; id. sez. III, 28 febbraio 2014, n. 942) e proroghe c.d. tecniche di cui all'art. 106 c. 11, d.lgs 50/2016 che consentono soltanto il passaggio da un vincolo contrattuale all'altro per il tempo strettamente necessario al completamento della gara indetta (*ex multis* T.A.R. Piemonte sez. I, 30 luglio 2020, n. 496).

Anche a non voler interpretare la proroga in questione quale proroga tecnica ai sensi dell'art. 35 c. 4, d.lgs. 50/2016 in tema di calcolo del valore stimato degli appalti (T.A.R. Trentino Alto Adige 20 dicembre 2018, n. 282) preme evidenziare l'irrilevanza della censura per l'interesse azionato dalla ricorrente.

E' infatti 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 (che ai sensi dell'art. 83 c. 5 d.lgs. 50/2016 non è automatico e necessita di motivazione cfr. T.A.R. Umbria 23 dicembre 2013, n. 568) così come ancora la conseguenza dell'impossibilità di partecipazione da parte della Matiusi, essendo le censure ipotetiche del tutto inammissibili (*ex plurimis* Consiglio di Stato sez. VI, 28 ottobre 2010, n.7649; T.A.R. Lazio Roma sez. II, 28 novembre 2016, n.11893).

8.3. - Ugualmente priva di pregio è il motivo diretto all'annullamento della *lex specialis* nella parte in cui dovesse esser interpretato come imponente la fase di verifica sui campioni in sede di esecuzione e non prima della stipulazione del contratto.

Ai sensi dell'art. 32 c. 7 d.lgs. 50/2016 l'aggiudicazione diventa efficace dopo la verifica del possesso dei requisiti, da intendersi come

requisiti generali o morali (art. 80 d.lgs. 50/2016) o speciali (art. 83 d.lgs. 50/2016) posseduti dal concorrente.

E' noto che i requisiti di partecipazione fanno esclusivo riferimento a condizioni di capacità e idoneità degli offerenti mentre i criteri di valutazione a elementi specifici dell'offerta (e non degli offerenti) in relazione al progetto da realizzare (*ex plurimis* Consiglio di Stato sez. III, 11 marzo 2019, n. 1635).

Ciò premesso, nessuna norma del vigente d.lgs. 50/2016 e s.m. prevede invece una fase di verifica sulle specifiche tecniche ovvero su campioni rappresentativi del prodotto offerto, sì che tale verifica può e deve svolgersi di norma - salvo diversa previsione nella *lex specialis* - in sede esecutiva.

Nel caso di specie secondo il disciplinare la verifica prevista prima della stipulazione ha carattere orientativo e non sostitutiva di quella da effettuarsi in sede esecutiva, conformemente all'esaminata necessità di consentire al concorrente la produzione o l'acquisizione dei beni soltanto dopo la stipulazione del contratto, specie ove l'appalto abbia poi ad oggetto prodotti standardizzati.

9. - Per i suesposti motivi il ricorso introduttivo va dichiarato in parte inammissibile ed in parte infondato mentre i motivi aggiunti inammissibili e/o improcedibili.

Le spese seguono la soccombenza secondo dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Emilia-Romagna Bologna (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, così decide:

a) dichiara il ricorso introduttivo in parte inammissibile ed in parte infondato;

b) dichiara i motivi aggiunti inammissibili e/o improcedibili.

Condanna la ricorrente e le intervenienti, in solido, alla refusione delle spese di lite in favore di Hera s.p.a. e di Matussi Ecologia s.p.a. in misura di 3.000,00 (tremila/00) euro ciascuno, oltre accessori di legge.

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

Così deciso nella camera di consiglio del giorno 27 gennaio 2021 tenutasi da remoto mediante videoconferenza con l'intervento dei magistrati:

Andrea Migliozi, Presidente

Umberto Giovannini, Consigliere

Paolo Amovilli, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Paolo Amovilli

IL PRESIDENTE
Andrea Migliozi

IL SEGRETARIO