

## **Consiglio di Stato, Sezione Terza, Sentenza n. 9398 del 2 novembre 2023**

Appalti di servizi – Mancato rispetto dei CAM – Esclusione dalla gara – In fase di esecuzione contratto SA utilizza rimedi privatistici

Pubblicato il 02/11/2023

**N. 09398/2023REG.PROV.COLL.**

**N. 05450/2023 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 5450 del 2023, proposto da (...) S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato (...), con domicilio digitale come da PEC nei Registri di giustizia,

*contro*

(...), in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa *ex lege* dall'Avvocatura Generale dello Stato, con domicilio in Roma, Via dei Portoghesi, n. 12 e domicilio digitale come da PEC nei Registri di giustizia;

*nei confronti*

della (...) a r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato (...), con domicilio digitale come da PEC nei Registri di giustizia;

*per la riforma*

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio-Roma, Sezione III-*Quater*, 6 giugno 2023, n. 9488, resa tra le parti e non notificata, concernente la procedura aperta per l'affidamento dei servizi di pulizia nonché dei servizi di sanificazione *on request* degli uffici dell'(...);

Visti i ricorsi e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'(...) e della (...) a r.l.;

Visti tutte le memorie e gli atti della causa;

relatore, nell'udienza pubblica del giorno 26 ottobre 2023, il consigliere Luca Di Raimondo e viste le conclusioni delle parti come da verbale.

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

#### FATTO

1. Con bando di gara pubblicato il 15 ottobre 2021, l'(...) (di seguito anche "(...)"), ha indetto una procedura aperta in modalità telematica, da aggiudicarsi mediante il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa e con attribuzione di massimo 70 punti all'offerta tecnica e massimo 30 punti all'offerta economica, per l'erogazione dei servizi di pulizia nonché dei servizi di sanificazione *on request* da prestarsi presso gli uffici dell'ente, della durata di 36 mesi, prorogabili di ulteriori 36, e del valore a base d'asta pari a € 1.560.000,00.

In esito alla selezione concorsuale, alla quale hanno partecipato cinquantadue operatori economici, (...) a r.l. (di seguito anche "(...)") si è collocata al primo posto col punteggio totale di 77,18, di cui 65,06 per l'offerta tecnica e 12,12 per l'offerta economica, e la (...) S.r.l. (di seguito anche "(...)") si è classificata al secondo posto, ottenendo un punteggio totale di 72,76, di cui 59,71 per l'offerta tecnica e 13,05 per l'offerta economica.

(...) ha impugnato l'aggiudicazione in favore della controinteressata e gli atti presupposti, lamentando l'inammissibilità dell'offerta della (...) per mancato rispetto del numero minimo di macchinari richiesto e per l'asserita loro non

conformità ai CAM.

A seguito dell'accesso alla documentazione di gara, l'attuale appellante ha poi proposto ricorso per motivi aggiunti, deducendo violazione del principio di unicità dell'offerta, atteso che due macchinari indicati dall'aggiudicataria non coinciderebbero con quelli illustrati nella documentazione tecnica allegata all'offerta.

Con sentenza 6 giugno 2023, n. 9488, il Tribunale territoriale ha respinto il ricorso principale e quello per motivi aggiunti, ritenendo, in sostanza, che i macchinari offerti dall'aggiudicataria, anche in applicazione del principio di equivalenza, siano corrispondenti nel numero alla dotazione richiesta dalla *lex specialis*, che tutte le attrezzature offerte rispettino i criteri CAM, come risulta dalle schede tecniche e dai manuali d'uso dei beni offerti, rimanendo la verifica rinviata alla successiva alla fase di esecuzione del contratto, e che la (...) sia incorsa in un mero errore materiale, emendabile mediante ricorso al soccorso procedimentale, allegando documentazione tecnica relativa a due macchinari non presenti in elenco.

2. Con ricorso in appello notificato e depositato il 23 giugno 2023, (...) ha impugnato, chiedendone la riforma previa istanza cautelare, la citata sentenza n. 9488/2023, affidando il proprio gravame ad unico, articolato mezzo di censura, con il quale, anche in chiave critica della decisione appellata, ha riproposto le doglianze dedotte in primo grado contro l'aggiudicazione a (...) con riguardo alla lamentata violazione della normativa in materia di appalti ed eccesso di potere nelle figure sintomatiche, lamentando:

*“Errores in iudicando. Violazione ed errata applicazione della lex specialis di gara, degli artt. 32, comma 4, 34, 59, comma 3, lett. a), 68, 71 e 83, comma 9, del D.lgs n.50/2016, nonché del D.M. 29 gennaio 2021. Errata ed omessa valutazione su fatti e documenti decisivi per la controversia. Illogicità ed ingiustizia manifeste”*: secondo l'appellante, la sentenza impugnata sarebbe erronea da tre concorrenti angoli prospettici, relativi al mancato rispetto da parte dell'aggiudicataria del numero minimo di apparecchiature

richiesto a pena di esclusione dalla legge di gara, alla mancata dimostrazione della conformità ai CAM dei macchinari offerti e dalla violazione del principio di unicità dell'offerta.

3. (...) e l'(...) si sono costituite in giudizio con atti depositati il 28 giugno 2023 ed hanno depositato memorie illustrative il 25 luglio 2023.

Alla camera di consiglio del 27 luglio 2023, è stato disposto l'abbinamento al merito della domanda cautelare.

(...) ha depositato memoria *ex* articolo 73 c.p.a. il 9 ottobre 2023 e la società appellata ha depositato memoria di replica il 13 ottobre 2023.

All'udienza pubblica del 26 ottobre 2023 l'appello è stato trattenuto in decisione.

## DIRITTO

1. (...) ha impugnato, chiedendone la riforma previa istanza interinale di sospensione, la sentenza del Tar Lazio- Roma, Sezione III-*Quater*, n.9488/2023, di cui ha lamentato l'erroneità da diversi angoli prospettici, riconducibili, nel loro insieme, alla dedotta illegittimità dell'ammissione della controinteressata alla gara bandita dall'(...) per il servizio di pulizia e di quello di sanificazione su richiesta dell'immobile dell'ente, sulla base di tre concorrenti doglianze: l'offerta (...) avrebbe dovuto essere esclusa perché ha riportato un numero di macchinari inferiore a quello richiesto a pena di esclusione dalla *lex specialis*, non ha dimostrato la corrispondenza delle apparecchiature proposte ai CAM, ha indicato due macchinari non presenti nell'elenco contenente la documentazione tecnica allegata all'offerta.

2. L'appello è fondato secondo le considerazioni che seguono.

La tesi di fondo su cui fa leva l'appello di (...) risiede nella lamentata illegittimità della mancata esclusione della controinteressata.

2.1. La prima censura in cui si articola l'unico mezzo di gravame riguarda la non conformità dell'offerta della società appellata alle disposizioni di gara afferenti al numero minimo di apparecchiature proposte.

Secondo l'appellante, l'elenco dei macchinari e la relazione dell'aggiudicataria non contengono indicazione di alcuna idropulitrice, laddove le norme capitolari ne prevedono almeno una, e l'offerta della controinteressata, al posto dei dieci complessivamente richiesti a pena di esclusione, ha proposto cinque aspirapolveri, o, al massimo otto, volendo considerare anche i tre aspiraliquidi aggiuntivi rispetto all'unità richiesta e utilizzabili anche come aspirapolvere.

2.2. Il paragrafo 16, comma 1, del Disciplinare di gara relativo al “*Contenuto dell'offerta – Documentazione Tecnica*” stabilisce quanto segue:

*“L'offerta tecnica deve rispettare, pena l'esclusione dalla procedura di gara, le caratteristiche minime stabilite nel Progetto, le specifiche tecniche in esso contenute nonché le specifiche tecniche e le clausole contrattuali di cui al citato D.M. 29 gennaio 2021 del Ministero dell'ambiente e della Tutela del Territorio e del Mare”.*

Il secondo comma prevede che “*il concorrente dovrà allegare la documentazione Tecnica secondo quanto di seguito indicato che contiene i seguenti documenti:*

- a) Relazione tecnica dei servizi/forniture offerti;*
- b) Elenco completo dei prodotti/macchine che il concorrente si impegna a utilizzare nel rispetto del D.M. 29 gennaio 2021 ed allegati;*
- c) Dichiarazione sui segreti tecnici o commerciali contenuti nell'offerta tecnica”.*

L'ultimo comma del medesimo paragrafo precisa che “*l'offerta tecnica deve rispettare le caratteristiche minime stabilite nel Progetto, pena l'esclusione dalla procedura di gara, nel rispetto del principio di equivalenza di cui all'art. 68 del Codice.*”

Per quanto riguarda l'organizzazione del servizio, il paragrafo 16.1, lettera A), n. 4, del Disciplinare di gara stabilisce che il concorrente debba “*elencare le attrezzature e i macchinari utilizzati, specificando il numero, la marca, il modello e la potenza (KW) dei macchinari utilizzati, con indicazione della capacità operativa e dell'arumorosità di ciascuno (l'elenco deve essere esaustivo di tutte le attrezzature minime richieste al paragrafo 6 del Capitolato e di eventuali attrezzature aggiuntive che il concorrente intende fornire), precisando altresì i sistemi di pulizia dei macchinari e delle attrezzature medesimi*”.

Il paragrafo 6 del Capitolato, richiamato dalla citata disposizione del Disciplinare, prevede che *“tutte le macchine utilizzate per la pulizia devono essere tecnicamente efficienti, mantenute in perfetto stato, certificate e conformi ai CAM ed alle normative e alle prescrizioni antinfortunistiche vigenti e tutti gli aspiratori per polveri devono essere provvisti di meccanismo di filtraggio dell’aria in uscita secondo le disposizioni di legge.”*, stabilendo altresì che *“le attrezzature, i macchinari e i prodotti che il Fornitore intende utilizzare dovranno essere dichiarati nell’offerta tecnica”*, essendo *“richiesto l’impiego di almeno i seguenti macchinari: n. 2 lavasciuga, n. 8 aspirapolvere/battitappeto, n. 1 monospazzola, n. 1 aspiraliquidi, n. 1 idropulitrice e n. 1 macchina ad iniezione-estrazione a caldo per la sede di via del Tritone n. 181 e n. 2 aspirapolvere per superfici in legno per le sedi di via del Tritone n. 169 (int. 4, 6 e 8).”*

2.3. Dall’analisi delle regole della *lex specialis* che precede emerge in rilievo che l’operatore economico era tenuto ad attenersi alle caratteristiche minime indicate dalla stazione appaltante, con la previsione espressa dell’espulsione dalla procedura in caso di mancato rispetto di tale previsione.

L’offerta tecnica doveva contenere l’elenco delle attrezzature e dei macchinari, rispettandone le caratteristiche minime indicate da (...), come richiesto dal Disciplinare, che richiama il Capitolato, il cui paragrafo 6 elenca le apparecchiature ritenute indispensabili per l’erogazione del servizio di pulizia e di sanificazione *on request*.

Tra i macchinari la cui produzione è prevista a pena di esclusione, per via del richiamo alla clausola espulsiva, l’offerente doveva indicare *almeno* (così si esprime la legge di gara) una idropulitrice e dieci aspirapolvere, di cui otto quali battitappeto e due da dedicare alla pulizia di superfici in legno.

Come è possibile appurare dall’elenco dei macchinari offerti dalla (...), contenente l’indicazione della quantità, del modello e marca, delle caratteristiche tecniche, nonché dei luoghi e tempo di impiego, e dalla Relazione, le attrezzature offerte dalla società aggiudicataria sono le seguenti:

*“n. 3 Aspirapolvere a spalla – KARKER BV 5/1;*

- n. 4 Aspiraliquidi Portatile Fimap FV 60;*
- n. 2 Aspirazione di Tappeti e moquette KARKER CV 38/2;*
- n. 3 Lavasciuga Portatile Micro I-Mop XXL;*
- n. 3 Monospazzola per SCALE E GRADINI Orbitizer Fimap;*
- n. 2 Sistema di sanificazione a vapore saturo secco Sani System Polti;*
- n. 1 Lavasciuga uomo a terra MAXIMA 50 FIMAP;*
- n. 1 Lavasciuga innovativa uomo in piedi TASKI Swingo XP-R;*
- n. 2 Monospazzola FIMAP FM43 Bassa velocità;*
- n. 2 Macchina iniezione-estrazione per rivestimenti tessili – FE18 FIMAP;*
- n. 2 Asta osmotica per Vetri HighPure di IPC HPE;*
- n. 10 IGIENIZZATORE E-spray di fimap;*
- n. 1 Lavatrice MIELE PW 818.”*

Risulta così acclarato che la controinteressata non ha indicato nella propria offerta tecnica alcuna idropulitrice e soltanto otto aspirapolvere, in luogo dei dieci previsti a pena di esclusione, pur volendo considerare come utilizzabili per questa funzione anche i tre aspiraliquidi offerti in aggiunta rispetto all'unità richiesta.

A fronte della mancata offerta delle attrezzature previste, (...) ed (...) hanno sostenuto in primo grado e ribadito in questa sede che l'offerta era da considerarsi valida ed ammissibile in quanto completa in tutte le sue parti e, comunque, redatta correttamente nel rispetto del principio di equivalenza, previsto dall'articolo 68 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n.50, applicabile *ratione temporis*, concernente le specifiche tecniche.

2.4. Dopo aver richiamato i canoni ermeneutici cui deve farsi riferimento in materia, che impongono una valutazione di tipo non formalistico ma sostanzialistico e funzionale per l'accertamento dell'equivalenza, il Tar ha condiviso tale impostazione, stabilendo che “*risulta documentalmente provato che i macchinari offerti dall'aggiudicataria sono corrispondenti nel numero alla dotazione richiesta dalla lex specialis di gara*”, accertando che “*risultano offerti: 8 aspirapolvere/ aspiraliquidi (ovvero:*

*n. 3 aspirapolvere a spalla KARKER BV 5/1, n. 3 aspiraliquidi/ aspirapolvere FIMAP FV 60 e n. 2 aspirapolvere tappeti KARKER CV38/2) e 2 aspirapolvere per superfici in legno (ovvero: n. 1 lavasciuga uomo a terra MAXIMA 50 FIMAP con sistema di aspirazione e n. 1 lavasciuga portatile Micro I-Mop XXL)”.*

Il primo giudice ha quindi stabilito che *“l’offerta si presenta come migliorativa, atteso che: le macchine offerte sono un numero maggiore di quello richiesto; gli aspiraliquidi modello FIMAP FV 60 hanno una potenza nominale (1.600 W) superiore a quella di un aspirapolvere (circa 800W); consentono di aspirare contemporaneamente liquidi, polvere e residui solidi senza cambiare il filtro; hanno un costo superiore all’aspirapolvere comune.”*

Quanto alla lamentata mancanza in offerta dell’idropulitrice, il Tribunale territoriale ha stabilito che *“la prima graduata ha offerto “n. 2 asta osmotica HighPure di IPC HPE fatto salvo l’uso dell’idropulitrice secondo necessità”, uso che peraltro dovrebbe essere sporadico atteso che HighPure HPE è un sistema per la pulizia non solo di superfici vetrate, ma di tutte le superfici non porose, sia orizzontali che verticali, che utilizza acqua generata da un impianto a quattro stadi di filtrazione”, senza considerare che “oltre all’utilizzo delle aste osmotiche, l’offerta dell’aggiudicataria contempla 3 monospazzola Orbitizer FIMAP – in eccedenza rispetto alla unità indicata nel Capitolato – ritenute dalla Commissione più efficaci o quanto meno equivalenti alla idropulitrice per la pulizia delle pavimentazioni esterne in quanto in grado di agire più in profondità e localmente.”*

2.5. Osserva in linea generale il Collegio che l’Amministrazione è vincolata all’applicazione del principio di *favor participationis*, che tutela la libera concorrenza alle procedure di evidenza pubblica e impedisce alle stazioni appaltanti l’introduzione di regole che restringono la possibilità per gli operatori economici di presentare offerta idonea (Consiglio di Stato, Sezione III, 13 dicembre 2022, n. 10932), nel rispetto dei principi di proporzionalità, ragionevolezza e non estraneità rispetto all’oggetto di gara (sui limiti all’inserimento di requisiti tecnico-professionali dell’impresa, cfr. Consiglio di Stato, Sezione VI, 12 luglio 2023, n. 6826; Sezione V, 8 agosto 2023, n.7649).

In ordine ai criteri di valutazione delle offerte da parte della P.A., la giurisprudenza ha stabilito che si tratta di *“espressione dell’ampia discrezionalità attribuitale dalla legge per meglio perseguire l’interesse pubblico, e, come tale, è sindacabile in sede di giurisdizione di legittimità solo allorché sia macroscopicamente illogica, irragionevole ed irrazionale e i criteri non siano trasparenti ed intellegibili (Cons. Stato, V, 30 aprile 2018, n. 2602; III, 2 maggio 2016, n. 1661; V, 18 giugno 2015, n. 3105)”*, considerato che *“che la causa della gara pubblica consiste nell’approvvigionare, mediante il più conveniente dei possibili contratti, l’amministrazione delle opere, dei beni o dei servizi di cui effettivamente necessita nell’interesse generale, e non nel mero mettere a disposizione delle imprese interessate un’occasione di lavoro da modulare sulle loro preferenze organizzative (Cons. Stato, V, 27 ottobre 2022, n. 9249; 4 ottobre 2022, n. 8481; 2 marzo 2022, n. 1486; 20 aprile 2020, n. 2486).“* (Consiglio di Stato, Sezione V, 20 luglio 2023, n. 7111).

Da un ulteriore punto di vista, l’ambito del sindacato del giudice, pur essendo pieno, trova precisi limiti, secondo costante giurisprudenza, secondo cui:

*“a) la valutazione delle offerte tecniche, effettuata dalla commissione attraverso l’espressione di giudizi e l’attribuzione di punteggi, a fronte dei criteri valutativi previsti dal bando di gara, costituisce apprezzamento connotato da chiara discrezionalità tecnica sì da rendere detta valutazione insindacabile salvo che essa sia affetta da manifesta illogicità (manifesta illogicità che, nella vicenda qui all’esame, non si ravvisa in alcun modo);*

*b) il controllo del giudice è pieno, ossia tale da garantire piena tutela alle situazioni giuridiche private coinvolte; è vero che egli non può agire al posto dell’amministrazione ma può sicuramente censurare la scelta chiaramente inattendibile, frutto di un procedimento di applicazione della norma tecnica viziato, e annullare il provvedimento basato su di essa;*

*c) lo schema del ragionamento che il giudice è chiamato a svolgere sulle valutazioni tecniche può essere così descritto:*

*c1) il giudice può limitarsi al controllo formale ed estrinseco dell’iter logico seguito nell’attività amministrativa se ciò appare sufficiente per valutare la legittimità del provvedimento impugnato e non emergano spie tali da giustificare una ripetizione, secondo la tecnica del sindacato intrinseco,*

delle indagini specialistiche;

c2) il sindacato può anche consistere, ove ciò sia necessario ai fini della verifica della legittimità della statuizione gravata, nella verifica dell'attendibilità delle operazioni tecniche sotto il profilo della loro correttezza quanto al criterio tecnico e al procedimento applicativo;

d) se è assodato che il giudice ha pieno accesso al fatto, occorre aggiungere che l'accesso al fatto non può consentire la sostituzione del giudice alla pubblica amministrazione nelle valutazioni ad essa riservate.

e) scontata l'opinabilità della valutazione, il giudice non può sostituirsi all'amministrazione, essendogli consentita la sola verifica di ragionevolezza, coerenza e attendibilità delle scelte compiute dalla stessa; se è stata riscontrata una corretta applicazione della regola tecnica al caso di specie, il giudice deve fermarsi, quando il risultato a cui è giunta l'amministrazione è uno di quelli resi possibili dall'opinabilità della scienza, anche se esso non è quello che l'organo giudicante avrebbe privilegiato;

f) in conclusione sul punto, il sindacato del giudice nel valutare la legittimità di valutazioni frutto di discrezionalità tecnica, è pieno, penetrante, effettivo, ma non sostitutivo; dinanzi a una valutazione tecnica complessa il giudice può pertanto ripercorrere il ragionamento seguito dall'amministrazione al fine di verificare in modo puntuale, anche in riferimento alla regola tecnica adottata, la ragionevolezza, la logicità, la coerenza dell'iter logico seguito dall'autorità, senza però potersi sostituire un sistema valutativo differente da lui stesso individuato (tra le tante, Consiglio di Stato, Sez. V, 20 dicembre 2022, n. 11091)” (ex multis, Consiglio di Stato, Sezione V, 24 agosto 2023, n. 7931, Sezione III, 21 marzo 2022, n. 2003).

2.6. Individuato così il perimetro entro cui è consentito al giudice amministrativo il sindacato in ordine alle censure attinenti alla fissazione e applicazione dei criteri per la valutazione delle offerte ed alla conseguente attribuzione dei punteggi, ritiene il Collegio che nel caso in esame siano fondati i profili di illegittimità dedotti dall'appellante in ordine alla scelta operata dall'Amministrazione nella procedura di aggiudicazione per cui è causa e da assegnarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, atteso che, nell'ambito della lata discrezionalità

amministrativa di cui gode la stazione appaltante e nei limiti in cui tale scelta è sindacabile dal g.a., la stazione appaltante ha stabilito irragionevolmente di ritenere equivalenti alla *lex specialis* i macchinari offerti dalla (...).

Pur non rivestendo la natura di una clausola escludente o, comunque, violativa del principio di concorrenza sul libero mercato, l'opzione dell'Amministrazione appellata di richiedere un numero minimo di macchinari con precise caratteristiche, in applicazione del principio dell'autovincolo (*ex multis*, Consiglio di Stato, Sezione III, 25 luglio 2023, n. 7293), avrebbe dovuto portare correttamente (...) a valutare le offerte che non rispondevano ai requisiti minimi richiesti e ad escludere quella della società appellata.

L'articolo 68 del Codice dei contratti all'epoca vigente riguarda le specifiche tecniche, rispetto alle quali la legge non consente di escludere un'offerta che presenti caratteristiche funzionalmente paragonabili a quelle richieste dalla stazione appaltante, proprio al fine di scongiurare un'illegittima occlusione dell'accesso al mercato con l'introduzione di specifiche tecniche eccessivamente restrittive.

Nel caso in esame, la caratura e il peso da attribuire alle caratteristiche tecniche che devono rivestire i macchinari sono state già valutate a monte dall'Amministrazione, che ha ritenuto di richiedere attrezzature nel numero e con le qualità indicate dalla *lex specialis*.

Deve dunque ritenersi che un'offerta sia inammissibile, non solo laddove presenti profili che attestino la mancanza di requisiti soggettivi di carattere generale o speciale in capo all'operatore economico, ma anche nel caso in cui la proposta del candidato non risulti coerente, sul piano tecnico, con le prescrizioni vincolanti contenute nel progetto, quali quelle sopra richiamate, che integrano, anch'esse, i requisiti minimi (Consiglio di Stato, Sezione III, 26 febbraio 2019, n. 1333).

Nella fattispecie all'esame della Sezione, risulta dalla documentazione versata in atti che la stazione appaltante non ha orientato il proprio progetto a fabbricazioni o provenienze determinate, marchi o brevetti, come pure sarebbe stato ammissibile

in applicazione dall'articolo 68 nei limiti indicati, ma si è autovincolata indicando la richiesta dei macchinari minimi in questione (*almeno* una idropulitrice e dieci aspirapolvere), di facile reperibilità sul mercato da parte degli operatori economici di settore.

Fermo restando che è a carico dell'offerente l'onere di indicare in sede di procedura concorsuale l'equivalenza funzionale dei prodotti e servizi proposti, non potendo integrare *ex post* e tantomeno in sede giudiziale la propria offerta, non risulta dagli atti della procedura che il seggio di gara abbia, d'ufficio, effettuato una simile valutazione.

Come osservato, il Tar ha ritenuto che le due aste osmotiche offerte dall'aggiudicataria potessero ritenersi funzionalmente equivalenti all'idropulitrice non contenuta nell'elenco.

A ben vedere, tuttavia, la stessa (...) ha segnalato nella propria offerta che le due aste osmotiche sono destinate alla "*pulizia vetri/superfici vetrate*", o, ancor più nel dettaglio, alla "*pulizia dei vetri esterni fino a 16 metri*".

Il Capitolato prevede, tuttavia, che l'idropulitrice sia impiegata anche per la pulizia con getto a pressione delle pavimentazioni esterne e delle superfici lavabili esterne, laddove la società appellata ha prodotto un *depliant* attestante l'impiego per la pulizia di finestre, vetrate e superfici verticali, ovvero non porose, non potendo, per l'attività in questione, essere utilizzata la monospazzola, da impiegare per la pulizia di alcuni locali interni, quali scale, ascensori, aree polifunzionali.

Sul punto l'appellante contesta, senza obiezioni di rilievo delle controparti, la statuizione del Tar, secondo cui emergerebbe dai verbali di gara che le attrezzature offerte (due monospazzola) sarebbero "*più efficaci o quanto meno equivalenti alla idropulitrice per la pulizia delle pavimentazioni esterne in quanto in grado di agire più in profondità e localmente*".

2.7. Anche riguardo al profilo attinente al numero minimo di aspirapolvere la sentenza del primo giudice merita di essere riformata, poiché il Tar, nel computare

la presenza del numero minimo di dieci aspirapolvere, ha computato tra tali macchinari anche due lavasciuga, che rispondono a caratteristiche e funzioni diverse.

2.8. Parimenti fondata è la censura attinente alla mancata dimostrazione della conformità delle attrezzature e macchinari offerti al decreto del Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare 7 marzo 2012 (di seguito anche "decreto CAM").

Osserva al riguardo preliminarmente la Sezione che, nell'ottica del perseguimento di obiettivi per uno sviluppo sostenibile, il legislatore ha introdotto principi immanenti al sistema delle procedure di evidenza pubblica, che ogni stazione appaltante ha l'obbligo di rispettare (Consiglio di Stato, Sezione III, n. 8773/2022).

L'articolo 34 del decreto legislativo 28 aprile 2016, n. 50, stabilisce quanto segue:

*“1. Le stazioni appaltanti contribuiscono al conseguimento degli obiettivi ambientali previsti dal Piano d'azione per la sostenibilità ambientale dei consumi nel settore della pubblica amministrazione attraverso l'inserimento, nella documentazione progettuale e di gara, almeno delle specifiche tecniche e delle clausole contrattuali contenute nei criteri ambientali minimi adottati con decreto del Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare e conformemente, in riferimento all'acquisto di prodotti e servizi nei settori della ristorazione collettiva e fornitura di derrate alimentari, anche a quanto specificamente previsto nell'articolo 144.*

*2. I criteri ambientali minimi definiti dal decreto di cui al comma 1, in particolare i criteri premianti, sono tenuti in considerazione anche ai fini della stesura dei documenti di gara per l'applicazione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ai sensi dell'articolo 95, comma 6. Nel caso dei contratti relativi alle categorie di appalto riferite agli interventi di ristrutturazione, inclusi quelli comportanti demolizione e ricostruzione, i criteri ambientali minimi di cui al comma 1, sono tenuti in considerazione, per quanto possibile, in funzione della tipologia di intervento e della localizzazione delle opere da realizzare, sulla base di adeguati criteri definiti dal Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare.*

*3. L'obbligo di cui ai commi 1 e 2 si applica per gli affidamenti di qualunque importo,*

*relativamente alle categorie di forniture e di affidamenti di servizi e lavori oggetto dei criteri ambientali minimi adottati nell'ambito del citato Piano d'azione".*

La Sezione ha già osservato che la *ratio* dell'intero impianto normativo risiede nel duplice obiettivo di consentire agli operatori economici di formulare un'offerta consapevole ed adeguata sulla base di tutti gli elementi, compresi i CAM, che la stazione appaltante deve mettere a disposizione, e di garantire, al contempo, che la norma di cui all'articolo 34 del codice dei contratti pubblici e l'istituto da essa disciplinato contribuiscano *"a connotare l'evoluzione del contratto d'appalto pubblico da mero strumento di acquisizione di beni e servizi a strumento di politica economica: in particolare, come affermato in dottrina, i cc.dd. green public procurements si connotano per essere un <segmento dell'economia circolare>"* (Consiglio di Stato, Sezione III, 14 ottobre 2022, n. 8773), atteso che, come rilevato da questo Consiglio di Stato (Sezione V, 3 febbraio 2021, n. 972), le disposizioni in materia di C.A.M., *"lungi dal risolversi in mere norme programmatiche, costituiscono in realtà obblighi immediatamente cogenti per le stazioni appaltanti, come si desume plasticamente dal terzo comma dell'art. 34, il quale sancisce che "L'obbligo di cui ai commi 1 e 2 si applica per gli affidamenti di qualunque importo, relativamente alle categorie di forniture e di affidamenti di servizi e lavori oggetto dei criteri ambientali minimi adottati nell'ambito del citato Piano d'azione" e che "la politica nazionale in materia di appalti pubblici verdi sia incisiva non solo nell'obiettivo di ridurre gli impatti ambientali, ma nell'obiettivo di promuovere modelli di produzione e consumo più sostenibili, "circolari" e nel diffondere l'occupazione "verde" (Consiglio di Stato, Sezione V, 5 agosto 2022, n. 6934).*

2.9. Nella gara bandita da (...) il secondo comma del paragrafo 3 recante *"Oggetto dell'appalto e suddivisione in lotti"* prevede espressamente che i CAM debbano *"essere rispettati nella misura del 100%"*.

Il successivo primo comma del paragrafo 16 recante *"Contenuto dell'offerta-documentazione tecnica"* prevede che l'offerta debba *"rispettare, pena l'esclusione dalla procedura di gara, le caratteristiche minime previste dal Progetto, le specifiche tecniche in esso*

*contenute nonché le specifiche tecniche e le clausole contrattuali di cui al citato D.M. 29 gennaio 2021 del Ministero dell'Ambiente e della Tutela del territorio e del Mare”.*

Quanto ai macchinari indicati in elenco, la lettera c) del comma 3 del paragrafo 16.2 introduce l'onere per l'operatore economico di *“allegare le schede tecniche o altra documentazione tecnica da cui si possa evincere la conformità al criterio ambientale”*, che è prevista a pena di esclusione dal precedente comma 2.

Dalla documentazione versata in atti non emerge che l'aggiudicataria abbia presentato, come previsto dalla *lex specialis*, le schede tecniche o altra documentazione da cui possa ricavarsi la conformità dei macchinari offerti ai CAM, essendosi limitata a produrre dei *depliant* esplicativi, oltre ad aver indicato due macchinari (Polti Sani System e Monospazzola FIMAP FM43 Bassa velocità) non coincidenti con quelli proposti nella documentazione tecnica allegata all'offerta (Polti Vaporetto MV 20-20 e Monospazzola modello Fimap FM 1500V ad alta velocità).

La sentenza impugnata stabilisce che l'aggiudicataria ha rispettato i CAM, poiché le apparecchiature *“sono ad alimentazione elettrica via cavo o a batteria; i relativi componenti sono tutti riciclabili, ad eccezione di alcune parti che, per la specifica funzione di uso, dovranno essere smaltite come rifiuti speciali.”*

Orbene, l'onere di dimostrare la compatibilità con i criteri ambientali è stato fissato come principio cardine dalla giurisprudenza, al quale si collega la clausola espulsiva (tra le tante, Consiglio di Stato, Sezione V, 26 aprile 2022, n.3197).

Tuttavia, nel caso di specie, l'appellata ha sostenuto la conformità della propria offerta alla Direttiva Macchine, ma non ai CAM, atteso che i *depliant* prodotti non ne attestano la rispondenza, fermo restando che l'onere in capo al candidato doveva essere assolto in sede di gara e non in giudizio.

Va altresì osservato che il d.m. CAM non fa riferimento solo all'alimentazione elettrica ed all'impiego di materiali riciclabili, ma prevede altri criteri, secondo quanto previsto al seguente paragrafo 3 *“Macchine”*:

*“Le lavasciuga, le idropultrici e le altre macchine per la pulizia eventualmente usate debbono essere ad alimentazione elettrica via cavo o a batteria, con uomo o senza uomo a bordo a seconda delle caratteristiche dei locali in cui i servizi devono essere resi e del tipo di sporco da trattare tipico dei locali di destinazione del servizio.*

*Tali macchine devono essere progettate e realizzate in modo tale da favorire la maggiore durata della loro vita utile ed il riciclaggio dei diversi materiali di cui sono composte a fine vita. I materiali devono essere tutti riciclabili, anche se alcune parti del macchinario, per la specifica funzione di uso, dovranno essere smaltiti come rifiuti speciali. I materiali diversi devono essere facilmente separabili. Le parti soggette ad usura, danneggiamenti o malfunzionamenti devono essere rimovibili e sostituibili. Le parti in plastica devono essere marcate con la codifica della tipologia di polimero di cui sono composte in base alla DIN7728 e 16780 e la UNI EN ISO 1043/1.*

*Le macchine eventualmente impiegate per le attività di pulizia devono essere munite di scheda tecnica redatta dal produttore che indichi denominazione sociale del produttore, la relativa sede legale e il luogo di fabbricazione del tipo e modello di macchina, le emissioni acustiche espresse in pressione sonora e se, nelle parti di plastica, sia usata plastica riciclata e in quale percentuale rispetto al peso della plastica complessivamente presente nella macchina.*

*In sede di esecuzione del contratto l'impresa aggiudicataria esecutrice del servizio rende disponibile in cantiere il manuale d'uso e manutenzione delle macchine che riporti le modalità operative previste nelle diverse tipologie di cantiere, le indicazioni per l'operatore per garantire l'utilizzo in sicurezza e per la rimozione dello sporco solido e/o liquido a fine lavoro, la descrizione delle operazioni di pulizia della macchina e le attività previste per il ripristino delle parti soggette ad usura e le informazioni su come reperire la documentazione per il corretto disassemblaggio della macchina a fine vita per avviare i componenti all'attività di riciclaggio e smaltimento da parte del personale tecnico addetto alle attività di manutenzione straordinaria.*

*L'impresa aggiudicataria esecutrice del servizio effettua inoltre le manutenzioni delle macchine come suggerito dal produttore al fine di garantirne la massima durata ed efficienza in uso e deve tenere aggiornato e a disposizione anche del Direttore dell'esecuzione del contratto, un registro delle manutenzioni siglato dal soggetto autorizzato alle manutenzioni.”*

Al riguardo, il Tar ha stabilito che *“peraltro, il compimento delle verifiche sulla conformità delle attrezzature ai CAM è demandato alla fase di esecuzione del contratto, essendo, peraltro, espressamente previsto che, in caso di difformità, l’aggiudicatario dovrà adeguarsi.”*

Ora, alla luce delle disposizioni appena citate, deve distinguersi la valutazione della compatibilità ai CAM dell’offerta da compiere in sede di gara dal controllo successivo affidato dall’ultimo comma del paragrafo in questione, a mente del quale, dopo che l’offerente avrà dichiarato se *“si intenderà o meno far uso di macchine ed, in caso affermativo, indicare il numero ed il tipo di macchine che si intendono impiegare, la denominazione sociale del produttore, il relativo modello ed allegare le schede tecniche o altra documentazione tecnica da cui si possa evincere la conformità al criterio ambientale”*, è previsto che *“la conformità a quanto previsto nel criterio ambientale relativo alle macchine è verificata anche in sede di esecuzione contrattuale.”*

La verifica della effettiva erogazione della fornitura o servizio rispetto a quanto offerto in sede di gara, che il decreto ministeriale affida *anche* alla sede esecutiva del contratto stipulato tra l’operatore economico e la stazione appaltante a valle della procedura di evidenza pubblica, non consente di escludere, ma, anzi, di ritenere obbligato il controllo della conformità delle attrezzature ai CAM già nell’ambito delle attività di valutazione delle offerte.

In altri termini, le due fasi rispondono a criteri diversi.

In sede di gara, la valutazione della conformità ai CAM deve essere effettuata dalla Commissione per verificare che l’offerta sia rispettosa della *lex specialis* e dei criteri ambientali, in ossequio al principio di *par condicio* dei partecipanti.

Diverso e ulteriore (ed eventuale) è il profilo del controllo in sede esecutiva di quanto dichiarato dal soggetto aggiudicatario, atteso che in quella fase il rapporto tra stazione appaltante e impresa offerente si atteggia con una modalità prettamente privatistica e paritetica tra le parti, rispetto alla quale l’ordinamento appronta in favore dell’Amministrazione strumenti civilistici (diffida ad adempiere, risoluzione in danno) nel caso in cui il contraente sia inadempiente agli obblighi

assunti con la propria offerta, che assume a tutti gli effetti i caratteri tipici di una proposta di contratto irrevocabile.

Nella fattispecie, con riguardo alla previsione ministeriale, secondo cui, tra l'altro *“le parti in plastica devono essere marcate con la codifica della tipologia di polimero di cui sono composte in base alla DIN 7728 e 16780 e la UNI EN ISO 1043/1”* la lavasciuga Numatic NUC244NX, indicata dalla (...), è sfornita della attestazione di conformità da parte del produttore, come risulta dalla documentazione in atti.

2.11. Alla luce di tutte le considerazioni che precedono, risultano fondate le prime due censure dedotte con l'unico motivo di appello, afferenti al contestato mancato rispetto del numero minimo di macchinari richiesto e alla non conformità ai CAM di tutte le apparecchiature proposte dalla (...), con la conseguenza che il gravame va accolto, rimanendo assorbito l'esame dell'ulteriore censura relativa alla violazione del principio di unicità dell'offerta.

Osserva il Collegio che il Direttore generale dell'Ente ha autorizzato la stipula del contratto tra l'Amministrazione e la società aggiudicataria con determina n. 557 del 30 novembre 2020 e che in pari data è stato concluso il relativo accordo negoziale, concernente l'appalto avente la durata di trentasei mesi, prorogabili per un uguale periodo.

Va, dunque, accolta la domanda di reintegrazione in forma specifica presentata dalla (...) con il ricorso introduttivo del presente giudizio, ben potendo il suo interesse trovare piena tutela giurisdizionale in considerazione del tempo residuo di esecuzione del servizio.

Deve quindi, essere disposto l'annullamento degli atti impugnati in prime cure, dichiarata ai sensi degli articoli 121 e 122 c.p.a. l'inefficacia del contratto di appalto n. rep. 50 del 30 novembre 2022 e disposto il subentro della società (...) nel contratto.

3. Va precisato che la presente decisione è stata assunta tenendo altresì conto dell'ormai consolidato "principio della ragione più liquida", corollario del principio

di economia processuale (cfr. Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 5 gennaio 2015, n. 5 nonché Cassazione, Sezioni Unite, 12 dicembre 2014, n.26242), tenuto conto che le questioni sopra vagliate esauriscono la vicenda sottoposta alla Sezione, essendo stati toccati tutti gli aspetti rilevanti a norma dell'art. 112 c.p.c., in aderenza al principio sostanziale di corrispondenza tra il chiesto e pronunciato (come chiarito dalla giurisprudenza costante, *ex plurimis*, per le affermazioni più risalenti, Cassazione Civile, Sez. II, 22 marzo 1995 n.3260 e, per quelle più recenti, Cassazione Civile, Sez. V, 16 maggio 2012 n.7663 e per il Consiglio di Stato, Sez. VI, 2 settembre 2021 n. 6209, 13 settembre 2022 n. 7949 e 18 luglio 2016 n. 3176).

4. La complessità della vicenda contenziosa consentono di disporre l'integrale compensazione delle spese del doppio grado di giudizio nei confronti delle parti costituite.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione terza), definitivamente pronunciando sull'appello (n.r.g. 5450/2023) come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, accoglie il ricorso di primo grado, dichiara l'inefficacia del contratto stipulato tra (...) e (...) e dispone il subentro in favore di (...).

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del giorno 26 ottobre 2023, con l'intervento dei magistrati:

Paolo Carpentieri, Presidente FF

Stefania Santoleri, Consigliere

Ezio Fedullo, Consigliere

Giovanni Tulumello, Consigliere

Luca Di Raimondo, Consigliere, Estensore

**L'ESTENSORE**

**Luca Di Raimondo**

**IL PRESIDENTE**

**Paolo Carpentieri**

**IL SEGRETARIO**