



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 Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso in appello iscritto al numero di registro generale 9428 del 2019, proposto da

Dai s.p.a., in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dall'avvocato Sergio Della Rocca, con domicilio eletto presso lo studio Placidi in Roma, via Barnaba Tortolini, 30;

contro

Comune di Milano, in persona del Sindaco in carica, rappresentato e difeso dagli avvocati Giuseppe Lepore, Antonello Mandarano, Stefania Pagano, Sara Pagliosa, Danilo Parvopasso e Emilio Pregnolato, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Giuseppe Lepore in Roma, via Polibio, 15;

nei confronti

Serim s.r.l., in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dall'avvocato Bruno Vernaglione, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Angelo Romano in Roma, via Paolo Emilio, 71;

Gruppo Argenta s.p.a., non costituito in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia (Sezione Quarta) n. 02107/2019, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Milano e di Serim s.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 17 settembre 2020 il Cons. Federico Di Matteo e uditi per le parti gli avvocati Sergio Della Rocca, Antonello Mandarano e Bruno Vernaglione;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con bando pubblicato il 2 agosto 2018, il Comune di Milano indiceva una procedura aperta, da aggiudicare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, per l'affidamento in concessione del servizio di somministrazione di alimenti e bevande mediante distributori automatici da installare nei suoi uffici.

1.1. Il Capitolato speciale prevedeva, all'art. 1.4.1. (*Termini della prestazione – caratteristiche dei distributori da installare*) ultimo periodo: “*Per l'erogazione delle bevande calde, sia a mezzo distributori automatici che semi automatici, l'operatore è obbligato ad utilizzare bicchierini e palette/cucchiaini biodegradabili e compostabili*”.

1.2. Con determinazione dirigenziale 6 dicembre 2018 il Comune di Milano escludeva DAI s.p.a. (a quel tempo denominata Union Cafè s.p.a.) dalla procedura di gara per mancato rispetto dei requisiti minimi richiesti dal capitolato: dall'interlocuzione avuta con la società era risultato che il bicchiere *Hybrid* offerto dalla concorrente per le bevande erogate dal distributore automatico era riciclabile al 100%, ma non certificato come “*bicchiere biodegradabile e compostabile*” e, quindi, con caratteristiche difformi da quelle richieste dal capitolato speciale.

2. Con ricorso al Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia (che assumeva Rg. n. 56/2019), DAI s.p.a. impugnava il provvedimento di esclusione sulla base di due motivi, integrati da motivi aggiunti rivolti nei confronti del provvedimento di aggiudicazione della procedura a favore di Serim s.r.l..

2.1. Con il primo motivo del ricorso, integrato dal secondo motivo aggiunto, la ricorrente censurava il provvedimento di esclusione per essere la *lex specialis* di gara “scarsamente intellegibile” e “fuorviante”, non potendosi ricavare dalla sua

lettura l'obbligo di fornitura, a pena di esclusione, di bicchieri e palette/cucchiaini caratterizzati da biodegradabilità e compostabilità.

Con il secondo motivo, integrato dal terzo motivo aggiunto, criticava la decisione della stazione appaltante di escluderla, perché, anche a voler ammettere che il bicchierino offerto non fosse biodegradabile e compostabile, la sua riciclabilità al 100% rendeva l'offerta sufficiente a garantire le finalità di tutela ambientale poste a fondamento della richiesta di detto requisito da parte della *lex specialis*.

Con il quarto motivo aggiunto – il primo riguardando le modalità di accesso agli atti di gara – la ricorrente censurava il provvedimento di aggiudicazione a Serim s.r.l. per contrasto con i principi di trasparenza e di *par condicio* dei partecipanti: a suo dire la stazione appaltante avrebbe dovuto escludere anche le offerte di Serim s.r.l. e dell'altra concorrente, Gruppo Argenta s.p.a., per aver offerto, anch'esse, bicchieri e palette/cucchiaini non biodegradabili né compostabili.

2.2. Proponeva ricorso al medesimo Tribunale amministrativo regionale (che assumeva Rg. n. 692/2019) anche Gruppo Argenta s.p.a., anch'essa esclusa dalla procedura di gara, ma per anomalia dell'offerta economica.

2.3. Resistenti il Comune di Milano e Serim s.r.l., il giudice di primo grado, riuniti i ricorsi, li respingeva entrambi, condannando le ricorrenti al pagamento delle spese di lite in favore dell'amministrazione e della controinteressata.

2.4. Ai fini che interessano al presente giudizio, il tribunale riteneva:

- la *lex specialis* “chiarissima” nel prescrivere i requisiti di biodegradabilità e compostabilità dei bicchieri (all'art. 1.4.1. in precedenza riportato), e l'esclusione di DAI dovuta per aver dichiarato di avere a disposizione quali bicchieri standard della fornitura solo bicchieri e palette riciclabili della linea *Hybrid* e, dunque, per mancanza dei requisiti minimi previsti dal capitolato speciale, con conseguente applicazione in via automatica della sanzione dell'esclusione;
- non equivalenti le due tipologie di prodotto “biodegradabile/compostabile” e “non biodegradabile/compostabile”, per essere il primo, all'evidenza, maggiormente rispondente alle finalità di tutela dell'ambiente perseguite dal Comune con scelta discrezionale non sindacabile al di fuori dei casi di macroscopica illogicità o irragionevolezza, non sussistenti considerato, peraltro, che i concorrenti potevano rivolgersi a qualsiasi produttore di bicchieri e palette biodegradabili e compostabili;

- corretta l'ammissione degli altri due concorrenti in quanto, Serim s.r.l., aveva nella propria relazione tecnica chiaramente rappresentato (con l'utilizzo dell'avverbio "inoltre") di disporre di bicchieri e palette biodegradabili e compostabili, oltre quelli riciclabili, e Gruppo Argenta, di offrire bicchieri e palette/cucchiaini biodegradabili e compostabili.

3. Propone appello DAI s.p.a. limitatamente al capo di sentenza di reiezione dei motivi aggiunti proposti avverso il provvedimento di aggiudicazione della concessione a Serim s.r.l. e, dunque, in dichiarata acquiescenza dei capi reiettivi dei motivi proposti avverso la propria esclusione dalla procedura di gara.

3.1. Si è costituita Serim s.r.l. che, in via preliminare, ha eccepito l'inammissibilità/improcedibilità del ricorso e dell'appello per carenza e/o difetto di legittimazione a ricorrere: formatosi il giudicato sui capi di sentenza che hanno sancito la legittimità del provvedimento di esclusione dell'appellante dalla procedura di gara per espressa acquiescenza ad essi, DAI non può vantare alcun interesse, se non di mero fatto, alla contestazione degli esiti della gara; di mero fatto è, in effetti, l'interesse alla riedizione della procedura di gara che l'appellante espressamente dichiara sorreggere la proposizione dell'appello, e, in quanto tale, non suscettibile di tutela dall'ordinamento.

3.2. Si è costituito in giudizio anche il Comune di Milano che ha concluso per il rigetto dell'appello.

Le parti hanno depositato memorie ex art. 73, comma 1, cod. proc. amm. cui Comune di Milano e Serim s.r.l. hanno ritualmente replicato.

All'udienza del 17 settembre 2020 la causa è stata assunta in decisione.

4. L'eccezione di inammissibilità/improcedibilità proposta da Serim s.r.l. è fondata.

4.1. La giurisprudenza amministrativa ha, da tempo, elaborato un orientamento per il quale l'operatore economico che abbia presentato offerta e sia stato escluso dalla gara è legittimato ad impugnare gli atti successivi alla sua esclusione, ivi compresa l'aggiudicazione, fino a quando il provvedimento di esclusione non sia divenuto definitivo (cfr. Cons. Stato, sez. V, 14 agosto 2020, n. 5036; III, 29 maggio 2020, n. 3401; V, 9 luglio 2019, n. 4787; V, 18 ottobre 2018, n. 5958; V, 21 giugno 2017, n. 3029).

L'orientamento ha il conforto della Corte di Giustizia dell'Unione europea che, con la sentenza 21 dicembre 2016 nella causa C-355/15 *Bietergemeinschaft Technische Gebäudedetreuung Gesmbh un Caverion Osterreich* ha chiarito che la direttiva 89/655/CEE del Consiglio del 21 dicembre 1989 (che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e lavori) non può essere interpretata nel senso che osta a che a un concorrente sia negata la possibilità di ricorrere avverso la decisione di aggiudicazione dell'appalto qualora sia un offerente definitivamente escluso dalla procedura con una decisione dell'amministrazione aggiudicatrice divenuta definitiva.

In seguito, la Corte di Giustizia dell'Unione europea, con sentenza 11 maggio 2017, nella causa C-131/16 *Archus* è tornata sull'argomento riconoscendo che, in presenza di ricorso proposto da un'impresa esclusa dalla stazione appaltante che ha impugnato la propria esclusione e l'aggiudicazione all'impresa concorrente, sussiste la legittimazione ad impugnare anche l'altrui aggiudicazione perché non può considerarsi definitiva l'esclusione non era ancora confermata con sentenza passata in giudicato (principi ribaditi nella sentenza 5 settembre 2019, nella causa C-333/18 *Lombardi s.r.l.*).

Si è chiarito, inoltre, in ambito nazionale, che nel caso di proposizione del ricorso avverso la propria esclusione, l'impresa concorrente è soggetto non definitivamente escluso dalla procedura per tutta la durata del giudizio poiché tale condizione dipende dall'esito dello stesso, e, comunque, fino al passaggio in giudicato della sentenza che abbia respinto il ricorso (cfr Cons. Stato, sez. V, 28 ottobre 2019, n. 7386).

4.2. Precisato che la legittimazione a ricorrere (come l'interesse a ricorrere) è condizione dell'azione che deve sussistere all'atto della presentazione del ricorso ed essere mantenuta per tutto il giudizio e fino al passaggio in decisione della causa (cfr. da ultimo Cons. Stato, sez. IV, 26 ottobre 2020, n. 6520 e le sentenze ivi richiamate), DAI s.p.a. ha perduto la propria legittimazione a ricorrere avverso l'altrui aggiudicazione poiché, coperto dal giudicato in seguito ad acquiescenza espressa il capo di sentenza di primo grado di reiezione dei motivi proposti avverso la sua esclusione, è ora concorrente definitivamente escluso dalla procedura di gara.

4.3. Non vale a condurre a diversa conclusione l'affermazione, con la quale l'appellante replica all'eccezione proposta, per cui, anche esclusa dalla procedura di gara, manterrebbe la legittimazione a ricorrere avverso l'altrui aggiudicazione a tutela del proprio interesse strumentale alla ripetizione della stessa.

Si è, infatti, chiarito che, una volta accertato che un certo operatore economico è stato legittimamente escluso dalla procedura di gara, il suo interesse alla ripetizione della gara medesima resta privo di quei caratteri di differenziazione e di qualificazione che, soli, possono validamente supportare la proposizione dell'azione sede giudiziaria, in tal modo qualificando il ridetto interesse come di mero fatto (cfr. Cons. Stato, sez. V, 12 settembre 2019, n. 6159; V, 4 gennaio 2019, n. 107; III, 7 marzo 2018, n. 1461; IV, 20 aprile 2016 n. 1560).

5. L'appello è dunque improcedibile per sopravvenuta carenza di legittimazione a ricorrere di DAI s.p.a.

6. La chiusura in rito del giudizio di appello giustifica la compensazione delle spese del presente grado tra tutte le parti in causa.

P.Q.M.

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

Compensa tra le parti in causa le spese del presente grado del giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 17 settembre 2020 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Severini, Presidente

Federico Di Matteo, Consigliere, Estensore

Giovanni Grasso, Consigliere

Giuseppina Luciana Barreca, Consigliere

Elena Quadri, Consigliere

L'ESTENSORE
Federico Di Matteo

IL PRESIDENTE
Giuseppe Severini

IL SEGRETARIO