

Pubblicato il 03/02/2021

N. 00972/2021REG.PROV.COLL.

N. 04430/2020 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso in appello numero di registro generale 4430 del 2020, proposto da A2a Calore & Servizi S.r.l. in proprio e in qualità di mandataria dell'a.t.i. con Calore Energia Impianti S.p.A., Aevv Impianti S.r.l., Tecnoenergy Service S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro-tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Giorgio Lezzi e Federica Fischetti, con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia e domicilio eletto presso l'avvocato Giorgio Lezzi in Roma, piazza D'Ara Coeli, n.1;

contro

Carbotermo S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro-tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Paolo Sansone, con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia;

nei confronti

Comune di Cinisello Balsamo, C.U.C. – Centrale Unica di Committenza non costituiti in giudizio; Siram S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro-tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Massimiliano Napoli, Laura Pelizzo e Maurizio Zoppolato, con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Maurizio Piero Zoppolato in Roma, via Properzio, n.5;

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia, Sezione Prima, n. 685/2020, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Carbotermo S.p.A. e di Siram S.p.A., che ha spiegato anche appello incidentale subordinato;

Visti tutti gli atti della causa;

Visto il dispositivo di sentenza n. 8309 del 24 dicembre 2020;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 17 dicembre 2020, tenuta da remoto secondo quanto stabilito dall'art. 25, comma 1, del d.l. 18 ottobre 2020, n. 137, il Cons. Raffaele Prosperi e presenti da remoto, sempre ai sensi di quanto disposto all'art. 25 d. l. n. 137/2020, degli avvocati Lezzi, Sansone e Zoppolato;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con bando pubblicato sulla GUCE del 31 luglio 2018 la centrale unica di committenza tra i Comuni di Cinisello Balsamo, Cusano Milanino, Paderno Dugnano, Sesto San Giovanni, indicava una procedura di evidenza pubblica da aggiudicare con il criterio della offerta economicamente più vantaggiosa, per l'affidamento del servizio di energia termica per gli immobili di proprietà del Comune di Cinisello Balsamo, comprensivo della fornitura di beni, servizi e lavori necessari a mantenere "le condizioni di comfort degli edifici", per il periodo 2018/2028 (successivamente diventato 2019/2029, a causa del protrarsi delle operazioni di gara), per un importo a base di gara di €. 16.800.000,00, oltre € 100.000,00, per oneri di sicurezza e oltre IVA.

All'esito della gara l'offerta migliore risultava quella di Siram s.p.a. che tuttavia non superava la verifica di anomalia; pertanto con determinazione dirigenziale n. 893 del 1° agosto 2019 Siram S.p.A. veniva esclusa dalla gara ed il servizio veniva aggiudicato al costituendo raggruppamento A2A Calore e Servizi S.r.l., mandataria, con C.E.I. S.P.A. Calore Energia Impianti, AEVV Impianti Srl e Tecnoenergy Service S.r.l. mandanti.

2. Avverso tale aggiudicazione all'a.t.i. A2A Calore & Servizi s.r.l. e la propria esclusione dalla gara insorgeva Siram s.p.a., deducendone l'illegittimità e chiedendone l'annullamento al TAR per la Lombardia (nrg. 1805/2019) per: 1) violazione degli artt. 94, 95 e 97 del d.lgs. n. 50 del 2016, violazione dei principi generali in materia di procedimenti ad evidenza pubblica e di verifica di anomalia, violazione degli artt. 6 del bando integrale e 41.11 e 41.13 del CSA, eccesso di potere per illogicità manifesta, travisamento dei presupposti, sviamento; 2) violazione degli artt. 94, 95 e 97 d.lgs. n. 50 del 2016, degli artt. 6 del bando integrale e 41.11 e 41.13 del capitolato speciale d'appalto, travisamento dei presupposti, sviamento, contraddittorietà, violazione dei principi di conservazione degli atti e di interpretazione delle dichiarazioni negoziali; 3) violazione degli artt. 94, 95 e 97 d.lgs. n. 50 del 2016, dei principi generali in materia di evidenza pubblica, dell'art. 97 Cost., di legalità, buon andamento, par condicio e trasparenza, di *favor participationis*, di conservazione degli atti e di interpretazione sistematica delle dichiarazioni negoziali, contraddittorietà.

Formulava altresì istanza di risarcimento del danno.

Con successivi motivi aggiunti l'a.t.i. ricorrente lamentava ancora: 4) violazione degli artt. 94, 95 e 97 del D. Lgs. n. 50 del 2016, dei principi generali in materia di procedimenti ad evidenza pubblica e di verifica di anomalia, degli artt. 6 del bando integrale e 41.11 e 41.13 del Capitolato speciale di appalto, eccesso di potere per illogicità manifesta, contraddittorietà, travisamento dei presupposti, sviamento; 5) violazione degli artt. 94, 95 e 97 del D. Lgs. n. 50 del 2016, degli artt. 6 del bando integrale e 41.11 e 41.13 del Capitolato speciale di appalto, eccesso di potere per illogicità manifesta, travisamento dei presupposti, sviamento, contraddittorietà, violazione dei principi di conservazione degli atti e di interpretazione sistematica delle dichiarazioni negoziali.

In tale giudizio si costituivano in giudizio il Comune di Cinisello Balsamo che, oltre a chiedere la reiezione del ricorso, spiegava ricorso incidentale per la mancata esclusione dalla gara di Siram per irregolarità insanabile e, comunque, per incertezza e non univocità del contenuto dell'offerta economica, deducendo in particolare: 1) violazione degli artt. 6.3 e 8 del bando di gara e degli artt. 41.11 e 41.13 del c.s.a., degli artt.

59, c. 3, lett. a) e 83, c. 9, d.lgs. 12 aprile 2016, n. 50, dei principi di *par condicio*, concorrenza, imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa, eccesso di potere per illogicità manifesta, per carenza di istruttoria e difetto di motivazione; 2) violazione dell'art. 6.3 del bando di gara e degli artt. 41.11 e 41.13 del c.s.a., degli artt. 83, c. 9, 95 e 97 16 d.lgs. 12 aprile 2016, n. 50, dei principi di *par condicio* tra i concorrenti, concorrenza, imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa, di immodificabilità dell'offerta, eccesso di potere per illogicità e contraddittorietà manifeste, carenza di istruttoria e difetto di motivazione, errore sui presupposti di fatto e di diritto, ingiustizia manifesta, sviamento di potere.

3. Anche la società Carbotermo S.p.A., collocatasi al quarto posto della graduatoria di gara, proponeva ricorso (nrg. 2042/2019) al TAR per Lombardia avverso l'aggiudicazione e gli atti di indizione della procedura, deducendone l'illegittimità mediante un unico, articolato, mezzo di gravame imperniato sulla violazione degli artt. 34 e 71 del codice dei contratti e del d.m. 7 marzo 2012, dell'art. 30 del d. lgs 50 del 2016, dell'art. 76, comma 1 della direttiva 241/24/UE, dell'art. 1, comma 1 della l. 241 del 1990, dei criteri ambientali minimi di cui all'articolo 34 d.lgs. 50 del 2016 e dei principi di trasparenza, libera concorrenza, parità di trattamento e buon andamento, adeguatezza, proporzionalità, efficacia.

Il Comune di Cinisello Balsamo si costituiva in giudizio, sostenendo l'irricevibilità, l'inammissibilità per acquiescenza e per la mancata dimostrazione di un'effettiva *chance* di successo, nonché l'infondatezza del ricorso.

Anche l'a.t.i. aggiudicataria, costituendosi in giudizio, concludeva per l'irricevibilità, l'inammissibilità e l'infondatezza del ricorso.

4. Con la sentenza segnata in epigrafe il tribunale adito, riuniti i ricorsi, ha accolto quello proposto da Carbotermo (RG 2042/19), annullando, per l'effetto, i provvedimenti impugnati "con il correlato obbligo per la stazione appaltante di procedere alla riedizione della gara alla luce dei principi enunciati in parte motiva" ed ha dichiarato l'improcedibilità del ricorso e dei motivi aggiunti proposti da Siram S.p.A. (nrg. 1805/2019), con assorbimento del ricorso incidentale spiegato in detto giudizio dal r.t.i. A2A Calore & Servizi s.r.l.

4.1. Il tribunale ha ritenuto di dover esaminare in via prioritaria il ricorso proposto da Carbotermo S.p.A. (nrg. 2042/19) in quanto finalizzato ad ottenere, in virtù dell'interesse strumentale che lo sosteneva, l'annullamento dell'intera procedura, aggiungendo che sarebbe stati esaminati prima i motivi di merito, dalla cui eventuale fondatezza sarebbe derivata l'infondatezza delle eccezioni di inammissibilità del ricorso stesso, *ex adverso* spiegate.

4.2. In tal prospettiva il tribunale:

- ha individuato il substrato normativo del servizio oggetto del procedimento di gara nell'art. 34 del d.lgs. 50 del 2016 sugli obiettivi ambientali da conseguire da parte delle stazioni appaltanti, tramite l'inserimento nella documentazione di gara di specifiche tecniche e clausole contrattuali contenute nei criteri ambientali minimi adottati con decreto del Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare del d.m. 7 marzo 2012;

-ha rilevato che, quanto ai servizi energetici per gli edifici della P.A., il predetto decreto prevede che, qualora la stazione appaltante non sia invece in possesso di diagnosi o certificazioni energetiche (caso A), il servizio in questione può essere affidato per un periodo contrattuale breve non superiore al triennio (allo scopo di permettere all'appaltatore di analizzare i dati sugli impianti e definire un progetto di riqualificazione energetico-ambientale di impianti ed edifici per consentire all'Amministrazione di intervenire), laddove in presenza di quei dati (caso B), il servizio può essere affidato per un maggior periodo decennale (per permettere di espletare le ben più complesse incombenze di realizzazione degli "interventi necessari alla riduzione degli impatti ambientali");

- ha osservato che, come desumibile dalla legge di gara e dalla durata decennale del relativo rapporto contrattuale di dieci anni, la procedura concorsuale in questione sarebbe ricaduta nella seconda fattispecie (caso B), stante la previsione dell'art. 1.2. del bando secondo cui il "servizio energia termica" sarebbe stato comprensivo delle attività finalizzate ad un miglioramento del processo di trasformazione e di utilizzo dell'energia, tant'è che il contratto era stato configurato quale 'contratto di rendimento energetico', ai sensi dell'art. 2 del d. lgs. 102 del 2014, e qualificato come 'Servizio Energia' ai sensi del d. lgs. 115 del 2008" (come del resto emergeva dall'atto di approvazione del progetto e dall'art. 1 del capitolato speciale);

-ha evidenziato che, diversamente da quanto solo formalmente emergeva dalla *lex specialis* della gara (e dagli atti che ne costituivano i presupposti), la concreta situazione di fatto sottesa all'affidamento in questione non era sussumibile nella fattispecie di cui al "caso B" del D.M. 7 marzo 2012: mancava infatti la necessaria "diagnosi energetica o certificazioni energetiche" e la documentazione cui il Comune aveva fatto riferimento (in particolare le previsioni del capitolato speciale, con i riferimenti alle diagnosi energetiche e/o APE degli edifici/impianti, ovvero alle classi energetiche degli edifici, indicate in una tabella redatta in sede di chiarimenti) era del tutto insufficiente e non poteva neppure considerarsi idonea e/o equipollente a quella prevista come necessaria dal più volte citato D.M. (nulla sul punto avendo provato o documentato l'aggiudicatario, mentre gli APE versati in atti dal Comune riguardavano soltanto 7 impianti rispetto ai 73 indicati nella legge di gara, di cui 2 relativi ad immobili oggetto di interventi di riqualificazione minimale, sui 24 indicati in capitolato).

4.3. Sulla base di tali elementi di fatto e dalla conseguente ascrivibilità dell'appalto di che trattasi alla fattispecie "A" e non a quella "B" di cui al d.m.7 marzo 2012 il tribunale ha fatto derivare il primo, e già di per sé dirimente, profilo di illegittimità che affliggeva gli atti impugnati, che prefiguravano una inammissibile durata decennale del rapporto contrattuale con il futuro aggiudicatario, che di per sé era già da sola sufficiente ad inficiare l'intera procedura di gara e la conseguente fondatezza del primo motivo di censura sollevato da Carbotermo S.p.A..

L'erronea identificazione dell'appalto in questione nella fattispecie B invece di quella corretta A rendeva fondata, secondo il tribunale, anche la censura relativa alla violazione degli obblighi informativi che gravano sull'amministrazione in forza del punto 4.3. dell'allegato al d.m. citato (ove testualmente si legge della "fondamentale" necessità di inserire nella documentazione di gara una serie di dati tecnici ed informazioni ivi enumerati), laddove nel caso in esame la stazione appaltante non aveva messo a disposizione dei concorrenti né il libretto di impianto o di centrale (nel quale andavano annotati i principali dati dell'impianto e i risultati delle prove di efficienza della combustione, gli altri dati tecnici riferiti quanto meno agli ultimi due anni), né tantomeno i dati relativi alle gestioni precedenti, comprese le fatture di fornitura dei vettori energetici e ogni altro dato disponibile utile a conoscere la situazione degli impianti e le relative prestazioni, documenti tutti rilevanti, in quanto diretti ad assicurare il pieno rispetto degli obblighi informativi da assolvere per garantire la piena conoscenza o quanto meno la ragionevole conoscibilità, da parte degli operatori concorrenti, delle effettive esigenze della stazione appaltante, al fine di consentire una consapevole formazione della offerta, maggiormente aderente alla "effettiva consistenza del fabbisogno" della Amministrazione; del resto, secondo il tribunale, le rilevate lacune informative e documentali non potevano essere sostituite dal mero sopralluogo del partecipante, non essendo ipotizzabile in virtù del preciso dato normativo (di cui al più volte citato D.M. 7 marzo 2012) una equipollenza tra gli adempimenti documentali ed informativi e le conoscenze eventualmente acquisibili *motu proprio* dal partecipante alla gara in sede di sopralluogo.

Sussisteva in definitiva la dedotta violazione degli obblighi di informazione gravanti sull'amministrazione in palese violazione dei fondamentali principi di buona fede, correttezza e solidarietà (artt. 2 e 97 Cost. art. 1175 c.c.) e di tutela dell'affidamento legittimo, cui deve essere improntata l'azione amministrativa.

4.4. Dalle conclusioni così raggiunte il tribunale ha fatto discendere l'infondatezza delle eccezioni di irricevibilità e di inammissibilità del ricorso di Carbotermo S.p.A., quanto alla prima, perché le clausole della *lex specialis* ritenute viziate non avevano natura immediatamente escludenti alla luce della consolidata giurisprudenza al riguardo ed il *vulnus* derivava dalla loro concreta attuazione; quanto alla seconda, sia perché non era ipotizzabile alcuna acquiescenza alla *lex specialis*, sia perché la acclarata illegittimità delle previsioni esaminate determinava l'annullamento dell'intera procedura di gara, sussistendo indubbiamente l'interesse strumentale.

4.5. In conseguenza della fondatezza del ricorso di Carbotermo S.p.A. il tribunale ha annullato l'intera procedura di gara, con caducazione anche dell'intervenuta aggiudicazione e declaratoria di improcedibilità del ricorso e dei motivi aggiunti proposto da Siram S.p.A. (nrg. 1805/19) e assorbimento del ricorso incidentale spiegato dall'aggiudicataria.

5. Con rituale e tempestivo atto di appello l'a.t.i. A2A Calore & Servizi ha chiesto la riforma di tale sentenza, lamentando l'erroneo ed ingiusto accoglimento del ricorso di Carbotermo s.p.a..

A tal fine l'appellante per un verso ha dedotto l'inopinato ed ingiustificato rigetto delle eccezioni di tardività ed inammissibilità del ricorso, il vizio di ultrapetizione da cui sarebbe stata affetta la sentenza, negando poi nel merito che la previsioni dell'art. 34 del D. Lgs. n. 50 del 2016 definisse un perimetro applicativo rigido e schematico e che la P.A. non potesse stabilire in concreto che una durata triennale del servizio; per altro verso ha poi riproposto poi le eccezioni ed i motivi di ricorso incidentale spiegati nel giudizio incardinato in primo grado dal ricorso di Siram S.p.A., eccezioni e motivi dichiarati assorbiti o non esaminati (concernenti in sintesi, la tardiva contestazione da parte di Siram S.p.A. della clausola sulla preliminare verifica della completezza e conformità dell'offerta; la circostanza che i motivi sollevati da Siram S.p.A. riguardavano esclusivamente la sua esclusione dalla gara e non già la posizione dell'a.t.i. A2A Calore & Servizi, con conseguente improcedibilità delle censure; la circostanza che l'offerta Siram S.p.A. era incongrua e impropria, con criticità non sanabili con il soccorso istruttorio).

5.1. Con atto notificato il 26 giugno 2020 Siram s.p.a., nel costituirsi in giudizio, ha a sua volta spiegato appello incidentale (perché successivo a quello principale) dipendente (condizionato all'eventuale accoglimento dell'appello principale), riproponendo tutte le censure sollevate con il ricorso ed i motivi aggiunti di primo grado e contestando anche la fondatezza dei motivi del ricorso incidentale spiegati in primo grado dal r.t.i. A2A Calore & Servizi nel giudizio nrg. 1805/2019.

5.2. Ha resistito al gravame principale Carbotermo s.p.a., sostenendone la tardività, l'inammissibilità e l'infondatezza; non si è costituito in giudizio il Comune di Cinisello Balsamo.

6. All'udienza del 17 dicembre 2020, tenuta da remoto, la causa è passata in decisione.

DIRITTO

7. Le doglianze formulate dall'appellante con il primo gruppo di censure, con cui è stata lamentata l'erronea accoglimento del ricorso di Carbotermo sono infondate alla stregua delle osservazioni che seguono.

7.1. Con un primo motivo di censura gravame l'appellante ha riproposto l'eccezione di tardività del ricorso di Carbotermo s.p.a., a suo avviso inopinatamente ed erroneamente respinta dal tribunale.

Secondo l'appellante, la sussunzione del servizio da affidare nella fattispecie "caso B" di cui al D.M. 7 marzo 2012 sarebbe risultata evidente dalle norme di gara e pertanto la sua asserita attitudine lesiva sarebbe stata altrettanto immediatamente percepibile, con conseguente onere di immediata impugnazione vertendosi in un'ipotesi di clausole immediatamente escludenti.

Il motivo non può essere accolto.

7.1.1. L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato con la sentenza n.1 del 2003, i cui principi sono stati confermati di recente con la sentenza 26 aprile 2018, n. 4, ha rilevato che devono essere considerati immediatamente impugnabili i bandi di gara allorché contengano clausole impeditive della partecipazione alla selezione, con la conseguenza che la partecipazione alla gara e la presentazione della domanda non costituiscono acquiescenza e non impediscono la proposizione di un eventuale gravame; laddove invece le clausole non siano immediatamente impeditive alla procedura concorsuale l'interessato non ne ha un onere di immediata impugnazione, dal momento che egli non sa ancora se l'astratta e potenziale illegittimità della clausola si risolverà in danno della sua partecipazione e quindi in un'effettiva lesione della situazione soggettiva, che solo da tale esito negativo può derivare.

E' da ricordare che, secondo un consolidato indirizzo giurisprudenziale, vanno immediatamente impuginate, in quanto immediatamente e direttamente lesive, le sole previsioni attinenti i requisiti soggettivi di partecipazione (che escludono *ex se* la possibilità di partecipare alla procedura rendendone certa la esclusione) oppure quelle altre clausole che, benché non di carattere strettamente soggettivo, abbiano la portata di precludere ogni utile partecipazione alla gara, perché impositive di oneri manifestamente incomprensibili ovvero del tutto sproporzionati rispetto ai contenuti della gara oppure perché rendono la partecipazione irragionevolmente difficoltosa o addirittura impossibile, impongono condizioni negoziali eccessivamente onerose e non convenienti (come in caso di importi a base d'asta insufficienti, leggi di gara carenti di dati essenziali per la formulazione dell'offerta ovvero che presentino formule matematiche del tutto errate).

7.1.2. Nel caso in esame le contestate previsioni di gara per un verso non riguardavano requisiti soggettivi di partecipazione immediatamente escludenti, concernendo invece la struttura del contratto, e per altro verso si riferivano agli obblighi informativi violati gravanti in capo alla stazione appaltante, senza connotarsi per essere impositive di oneri incomprensibili oppure sproporzionati, tali da impedire la partecipazione della impresa, secondo quanto ordinariamente esigibile da un operatore professionale.

Infatti, come rilevato dal giudice di prime cure, le contestate previsioni di gara si ponevano in contrasto con l'art. 34 del d.lgs. 50 del 2016 e con i criteri ambientali minimi applicabili in materia, così che la lesione lamentata da Carbotermo (e fatta valere con il ricorso di primo grado) si era concretizzata solo all'esito della valutazione dell'offerta che aveva evidenziato l'insufficienza informativa e il correlato svantaggio competitivo, che aveva inciso proprio in punto di valutazione tecnica delle offerte (l'offerta di Carbotermo essendo stata costretta a competere in condizioni non concorrenziali che non avevano garantito la *par condicio* ed aveva comportato l'attribuzione di un punteggio non utile ad ottenere l'aggiudicazione. In definitiva la contestazione di Carbotermo aveva riguardato la regolarità *ab imis* dell'intera gara, che non aveva consentito la possibilità di concorrere consapevolmente, così che il *vulnus* della posizione giuridica di detta concorrente si era fatta attuale e concreta solo per effetto dell'aggiudicazione della gara ad altro concorrente.

In tale ottica anche la dedotta violazione e falsa applicazione dei CAM e la violazione degli obblighi informativi, lungi dall'impedire o rendere estremamente difficoltosa la partecipazione alla gara, l'aveva falsata non consentendo alla Carbotermo la presentazione di produrre un'offerta adeguata e concorrenziale; ciò anche con riferimento alla stessa previsione della durata decennale del servizio da aggiudicare, durata anch'essa fissata in violazione delle previsioni del D.M. 7 marzo 2012, previsione di durata sicuramente illegittima, ma avente portata immediatamente escludente o impeditiva della partecipazione alla gara.

7.2. Con un secondo motivo di gravame l'appellante ha lamentato l'erroneo rigetto della eccezione di inammissibilità per carenza di interesse del ricorso proposto in primo grado da Carbotermo S.p.A.: a suo avviso infatti non era comprensibile in che modo la scelta del modello "A", di cui al D.M. 7 marzo 2012, invece di quello "B", avesse potuto incidere sulla formulazione dell'offerta di Carbotermo, offerta che era

stata ritenuta validata e come tale valutata, così che in definitiva le clausole denunciate non erano affatto lesive; né ciò poteva farsi derivare dall'insufficiente punteggio ottenuto da quell'offerta ovvero dalla prevista durata decennale del servizio (la lesione eventualmente dovendo unicamente riconnettersi alla mancata tempestiva contestazione della configurazione del rapporto come contratto di servizio energia implicante interventi di riqualificazione degli edifici).

Anche tale censura non merita condivisione.

Fermo quanto rilevato circa la natura non immediatamente lesiva o escludente delle clausole contestate, deve osservarsi che circostanza che Carbotermo S.p.A. all'esito della valutazione della propria offerta si sia collocata solo al quarto posto della graduatoria di gara non esclude di per sé la sussistenza di un interesse concreto ed attuale all'impugnazione dell'aggiudicazione e degli atti di gara, avendo essa fatta valere – attraverso la deduzione della illegittimità delle clausole contestate - l'interesse strumentale alla riedizione della gara, prospettando vizi di per sé incidenti sulla (astratta) possibilità di formulare una offerta completa e adeguata e come tali idonei, se riscontrati, a caducare l'intera procedura di gara.

Del resto secondo il consolidato indirizzo giurisprudenziale ai fini dell'ammissibilità dell'impugnativa nel processo amministrativo è in genere sufficiente l'interesse strumentale del partecipante ad una gara pubblica di appalto ad ottenere la riedizione della gara (*ex multis*, Cons. Stato, sez. III, 22 giugno 2018, n. 3861; sez. V, 10 febbraio 2015, n. 687; 22 marzo 2012, n. 1641; 20 febbraio 2012, n. 892).

A tanto consegue la piena ammissibilità del ricorso di primo grado, senza la necessità di fornire alcuna prova di resistenza, né potendo configurarsi nella partecipazione alla gara della predetta Carbotermo S.p.A. alcuna acquiescenza alle previsioni di gara.

7.3. Con un terzo motivo di censura l'appellante ha sostenuto che la sentenza impugnata sarebbe affetta dal vizio di ultrapetizione in quanto avrebbe esaminato ed accolto censure che in realtà Carbotermo S.p.A. non aveva neppure sollevato.

Anche tale motivo di gravame deve essere respinto.

7.3.1. Secondo un consolidato indirizzo giurisprudenziale l'art. 112 c.p.c., in base al quale il giudice deve pronunciare su tutta la domanda e non oltre i limiti di essa, deve intendersi violato allorché il giudice alteri il *petitum* o la *causa petendi*, pronunciandosi in merito ad un bene diverso da quello richiesto, neppure implicitamente compreso nella domanda, o qualora ponga a fondamento della decisione fatti o situazioni estranei alla materia del contendere, introducendo nel processo una *causa petendi* nuova o diversa rispetto a quella contenuta nella domanda; è invece consentito al giudice l'esame di una questione non espressamente formulata qualora questa debba ritenersi tacitamente proposta, in quanto in rapporto di necessaria connessione o compresa in quelle espressamente formulate. Spetta peraltro al giudice interpretare la domanda proposta, tenendo presente il contenuto sostanziale della domanda (*petitum* e *causa petendi*) quale desumibile dagli atti del giudizio e dalle allegazioni delle parti, ma senza sostituire alla domanda proposta una diversa domanda, cadendo altrimenti nella pronuncia *ultra o extra petita* (*ex multis*, tra le più recenti, Cons. Stato, sez. V, 29 ottobre 2020, n. 6308; sez. III, 2 ottobre 2020, n. 6041; 4 maggio 2020, n. 2827).

Dà luogo per converso al vizio di ultrapetizione l'esame e l'accoglimento di un vizio non prospettato dalle parti (Cons. Stato, sez. III, 14 ottobre 2020, n. 6206; sez. V, 20 dicembre 2019, n. 8656; 14 giugno 2019, n. 4024).

7.3.2. Nel caso di specie non si rinviene l'eccepito vizio di ultrapetizione dal quale sarebbe affetta la sentenza impugnata.

E' sufficiente al riguardo rilevare che col primo articolato motivo di censura Carbotermo S.p.A. aveva lamentato in primo grado "Violazione e falsa applicazione degli art. 34 e 71 del Codice dei contratti e del DM 7 marzo 2012, in G.U. n.74 del 28 marzo 2012; violazione e falsa applicazione dell'art. 30 del D.vo 50/2016 per violazione dei principi di trasparenza, libera concorrenza, parità di trattamento e buon andamento, adeguatezza, proporzionalità, efficacia nel cui rispetto le stazioni appaltanti devono affidare gli appalti pubblici; violazione e falsa applicazione dell'art. 76, comma 1 della Direttiva 241/24/UE e dei principi di trasparenza e parità di trattamento; violazione e falsa applicazione dell'art. 1, comma 1 della Legge 241/1990", così dolendosi pertanto proprio del fatto che la legge di gara fosse in contrasto con le previsioni dell'art. 34 del D. Lgs. n. 50 del 2016 e del D.M. 7 marzo 2012 sui criteri ambientali minimi, sia per quanto riguarda l'erronea individuazione della fattispecie (A o B) in cui sussumere il servizio oggetto di gara, sia quanto conseguentemente alla prevista durata del servizio e quanto anche alla correlata violazione degli obblighi informativi che non consentiva la presentazione di un'offerta completa ed adeguata.

La sentenza impugnata non solo non ha mutato *petitum* o *causa petendi*, per quanto non ha neppure attribuito all'interessato un bene della vita diverso da quello invocato (nel caso di specie costituito dalla ripetizione della gara con regole coerenti con le disposizioni vigenti), tanto meno ha esaminato e accolto motivi di censura non proposti.

7.4. Con un quarto motivo di censura, attinente al merito della controversia, l'appellante ha sostanzialmente contestato l'interpretazione fornita dal tribunale dell'art. 34 del D. Lgs. n. 50 del 2016 e delle prescrizioni di cui al D.M. 7 marzo 2012, negandone la rigida e schematica applicazione fattane dal primo giudice, deducendo l'erroneità della sussunzione della fattispecie in esame in quella "B" del D.M. 7 marzo 2012 (atteso che l'amministrazione appaltante aveva fornito ed indicato la documentazione energetica necessaria) e rilevando che la prevista durata di tre anni del servizio ben poteva confacersi ai bisogni e alle finalità dell'amministrazione di valutare la conformità degli impianti; in sintesi secondo l'appellante le disposizioni indicate non erano tali da costringere l'amministrazione appaltante tra le sole due alternative (caso A o caso B) delineate nel D.M. 7 marzo 2012 e d'altra parte la *lex specialis* era stata organizzata dall'amministrazione in modo coerente con le proprie esigenze e con le stesse prescrizioni normative ragionevolmente interpretate.

Richiamate ancora una volta le osservazioni svolte sulla ricevibilità e sull'ammissibilità del ricorso di primo grado, anche tale doglianza deve essere respinta.

7.4.1. L'art. 34 del d.lgs. 50 del 2016 stabilisce al comma 1 che "*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*", mentre al comma 2 prevede che "*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*".

Com'è agevole rilevare, la previsione del primo comma impone alle stazioni appaltanti l'obbligo di perseguire "gli obiettivi ambientali previsti dal Piano d'azione per la sostenibilità ambientale dei consumi nel settore della pubblica amministrazione", indicando quale strumento giuridico adeguato a tale fine "...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".

I criteri ambientali minimi, individuati nel più volte citato D.M. 7 marzo 2012, rappresentano invece gli strumenti per il perseguimento degli obiettivi ambientali, tant'è che, secondo previsto dal secondo comma del predetto art. 34, essi e 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".

Tali disposizioni, 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"*.

7.4.2. Il D.M. 7 marzo 2012, nel dettare i criteri ambientali minimi da inserire nei bandi di gara della Pubblica Amministrazione per l'acquisto di servizi energetici per gli edifici - servizio di illuminazione e forza motrice - servizio di riscaldamento/raffrescamento" ha anche introdotto una *summa divisio* tra criteri applicabili, distinguendo un "caso A", allorquando *"La stazione appaltante pubblica non dispone di dati e informazioni, sugli impianti e gli edifici che utilizzano, sufficienti a stabilirne la conformità alle leggi vigenti ed i livelli di prestazione energetica ed a consentire la valutazione tecnico-economica di interventi di riduzione dei consumi di energia e più in generale degli impatti ambientali"* ed un "caso B", allorquando *"La stazione appaltante pubblica dispone già di diagnosi e certificazioni energetiche degli impianti e degli edifici e la procedura d'appalto è finalizzata a stipulare un contratto servizio energia o un contratto servizio energia plus"*.

7.4.2.1. Nella fattispecie di cui al caso "A" il servizio comprende la fornitura dei beni e l'esecuzione dei lavori necessari per: I - l'esercizio e manutenzione degli impianti; II - la progettazione e realizzazione di interventi su impianti ed edifici.

Nell'esercizio e manutenzione degli impianti sono ricomprese le seguenti attività: a) assunzione da parte dell'appaltatore del ruolo di terzo responsabile dell'esercizio e della manutenzione ordinaria, programmata e straordinaria dell'impianto termico e dell'espletamento delle pratiche di legge (VV.F., I.N.A.I.L., A.S.L. ecc), compresi eventuali pagamenti agli enti preposti ai controlli; b) gestione, conduzione e manutenzione ordinaria, programmata e straordinaria degli impianti mirata a ridurre gli impatti ambientali e in particolare i consumi energetici in un'ottica di ciclo di vita;

c) manutenzione di sistema automatizzato per: - il monitoraggio degli impianti, compresa la misurazione dell'energia primaria utilizzata e dell'energia fornita, e la gestione, elaborazione ed archiviazione dei dati. Nel caso di impianti a biomassa solida, si dovranno utilizzare sistemi atti a valutare le portate in ingresso; - la rilevazione dei dati climatici locali (gradi-giorno); - la gestione a distanza degli impianti (accensione/spegnimento, regolazione); d) riparazione dei guasti; e) corretta e completa compilazione e costante aggiornamento dei libretti di centrale o di impianto (DPR 412/1993, DPR 551/1999 e s. m. e i.); f) fornitura dell'energia e/o dei combustibili necessari al funzionamento degli impianti con particolare attenzione alla riduzione degli impatti ambientali legati alla loro produzione e utilizzazione; g) rendicontazione periodica delle prestazioni degli impianti, con particolare attenzione ai consumi di energia, di risorse naturali e di materiali; h) certificazione e diagnosi energetiche degli impianti e degli edifici interessati dal servizio, riferite a riscaldamento/raffrescamento, nel rispetto delle norme nazionali e locali vigenti; i) sensibilizzazione degli utenti ad un uso corretto di impianti ed apparecchiature.

La progettazione e la realizzazione di interventi su impianti ed edifici comprendono: a) ove necessario, redazione e realizzazione di progetto esecutivo di interventi di adeguamento normativo di impianti ed edifici; b) ove mancante, redazione e realizzazione di progetto esecutivo di un sistema automatico per la gestione e il monitoraggio degli impianti; c) redazione di progetto definitivo di riqualificazione energetico-

ambientale degli impianti e degli edifici, mirato alla riduzione degli impatti ambientali in un'ottica di ciclo di vita con particolare riguardo al consumo di energia da fonti non rinnovabili.

Il decreto ministeriale precisa che per le attività sopracitate “che sono propedeutiche alla successiva realizzazione di interventi di riqualificazione ambientale degli impianti e degli edifici rispetto alle esigenze del riscaldamento / raffrescamento, è opportuno che il contratto d'appalto non abbia durata superiore a 3 anni” e contiene anche una dettagliata definizione del sistema di selezione dei candidati, delle specifiche premianti e delle condizioni di esecuzione/clausole del rapporto contrattuale.

7.4.2.2. Nella fattispecie di cui caso “B” il servizio comprende la fornitura dei beni e l'esecuzione dei lavori necessari, a partire da certificazione e diagnosi energetiche di impianti ed edifici precedentemente realizzate, per: I) l'esercizio e la manutenzione degli impianti; II), la progettazione e realizzazione di interventi su impianti ed edifici.

Nell'esercizio e manutenzione degli impianti rientrano: a) assunzione da parte dell'appaltatore del ruolo di terzo responsabile dell'esercizio e della manutenzione ordinaria, programmata e straordinaria dell'impianto termico e dell'espletamento delle pratiche di legge (VV.F., I.N.A.I.L., A.S.L. ecc), compresi eventuali pagamenti agli enti preposti ai controlli; b) gestione, conduzione e manutenzione ordinaria, programmata e straordinaria degli impianti di riscaldamento/raffrescamento mirata a ridurre gli impatti ambientali e in particolare i consumi energetici in un'ottica di ciclo di vita; c) manutenzione di sistema automatizzato per: - il monitoraggio degli impianti, compresa la misurazione dell'energia primaria utilizzata, e la gestione, elaborazione ed archiviazione dei dati. Nel caso di impianti a biomassa solida, si dovranno utilizzare sistemi atti a valutare le portate in ingresso; - la rilevazione dei dati climatici locali (gradi-giorno); - la gestione a distanza degli impianti (accensione/spegnimento, regolazione); d) riparazione dei guasti; e) corretta e completa compilazione e costante aggiornamento dei libretti di centrale o di impianto (DPR 412/1993, DPR 551/1999 e s. m. e i.); f) fornitura dell'energia e/o dei combustibili necessari al funzionamento degli impianti con particolare attenzione alla riduzione degli impatti ambientali legati alla loro produzione e utilizzazione; g) rendicontazione periodica delle prestazioni degli impianti, con particolare attenzione ai consumi di energia, di risorse naturali e di materiali; h) sensibilizzazione degli utenti ad un uso corretto di impianti ed apparecchiature.

Nella progettazione e realizzazione di interventi su impianti ed edifici comprendono le seguenti attività: a) ove necessario, redazione e realizzazione di progetto esecutivo di interventi di adeguamento normativo di impianti ed edifici; b) ove mancante, redazione e realizzazione di progetto esecutivo di un sistema automatico per la gestione e il monitoraggio degli impianti; c) ove mancante, redazione e realizzazione di progetto esecutivo di interventi di riqualificazione energetico-ambientale degli impianti e degli edifici, conformemente a quanto previsto nel «contratto servizio energia» o nel «contratto servizio energia «Plus»», con l'obiettivo di ridurre il più possibile gli impatti ambientali, ed in particolare il consumo di energia da fonti non rinnovabili, in un'ottica di ciclo di vita.

Anche per tale fattispecie il decreto ministeriale stabilisce che il contratto d'appalto deve avere una durata tale da consentire la realizzazione delle attività sopracitate e in ogni caso non inferiore a tre anni e specifica anche i requisiti soggettivi dei candidati, le specifiche tecniche premianti e le condizioni di esecuzione/clausole contrattuali.

7.4.3. Non può sfuggire che le fattispecie (A e B) individuate dal più volte citato d.m. 7 marzo 2012 si differenziano quantitativamente e qualitativamente tra di loro e di tanto il predetto decreto dà puntualmente conto allorché nella disciplina del caso A (punto 5.3.1) sottolinea che le attività comprese nel servizio “sono propedeutiche alla successiva realizzazione di interventi di riqualificazione ambientale degli impianti e degli edifici rispetto alle esigenze del riscaldamento/raffrescamento” ed in quella del caso B inserisce tra le attività comprese nel servizio “ove mancante, redazione e realizzazione di progetto esecutivo di interventi di riqualificazione energetico – ambientale degli impianti e degli edifici,

conformemente a quanto previsto nel <contratto servizio energia> o nel <contratto servizio energia Plus>, con l'obiettivo di ridurre il più possibile gli impatti ambientali ed in particolare il consumo di energia da fonti non rinnovabili, in un'ottica di ciclo vita".

Tale diversità si riverbera necessariamente anche sui presupposti della gara da indire, sulla documentazione da porre a base della stessa e sugli obblighi informativi posti a carico della stazione appaltante per consentire un confronto effettivamente concorrenziale attraverso la concreta ed effettiva possibilità per gli operatori economici di formulare un'offerta completa, adeguata e consapevole.

7.4.4. Sulla base del delineato e articolato substrato normativo, a confutazione delle tesi prospettate dall'appellante, deve ritenersi che la stazione appaltante non solo era ed è obbligata in linea generale a perseguire gli obiettivi di sostenibilità ambientale, ma che a tanto doveva e deve procedere secondo le modalità ed i criteri ambientali minimi stabiliti dal più volte citato decreto ministeriale 7 marzo 2012: le due fattispecie alternative ivi delineate (A o B) non rappresentano infatti soltanto due modelli ideali di modalità di perseguimento degli obiettivi, ma anche i due soli modelli concreti che le amministrazioni appaltante dovevano e devono utilizzare.

Le accennate diversità quantitative e qualitative dei predetti modelli esclude in radice la possibilità che l'amministrazione appaltante possa procedere alla formulazione di una *lex specialis* per l'affidamento contenente elementi (criteri) dell'una e elementi (criteri) dell'altra: tale contaminazione, di per sé già logicamente inammissibile, sarebbe anche in palese contrasto con il principio di legalità dell'azione amministrativa.

Né a tanto, come pure prospetta l'appellante, può ragionevolmente opporsi la discrezionalità dell'amministrazione: quest'ultima può (e anzi deve) sicuramente individuare le proprie necessità, attraverso una corretta e approfondita istruttoria, ma non può né decidere autonomamente se perseguire gli obiettivi di compatibilità ambientale, né le modalità attraverso cui perseguirla, ciò essendo stato stabilito direttamente proprio dal decreto ministeriale più volte citato (rientrando invece nella discrezionalità dell'ente l'individuazione della durata del contratto, durata la cui previsione (non inferiore ad un triennio) deve essere in ogni caso coerente con le esigenze individuate e con i criteri ambientali minimi concretamente applicabili.

E' appena il caso di aggiungere che coerenti con i modelli (A o B) previsti dal decreto ministeriale 7 marzo 2012 (e con le differenze quantitative e qualitative che caratterizzano quei modelli) devono essere anche la documentazione che l'amministrazione deve porre a base della gara (e a disposizione dei concorrenti) nonché gli obblighi informativi che conseguentemente sono a carico dell'amministrazione appaltante, il tutto per consentire un effettivo confronto concorrenziale e la presentazione di offerte complete ed adeguate (nell'interesse non solo degli operatori economici, ma anche della stessa amministrazione).

7.4.5. Ciò posto, non meritano censure le conclusioni cui è pervenuto il tribunale che, sulla base della situazione di fatto emergente dagli atti, ha rilevato il servizio oggetto della gara in questione non poteva rientrare nella fattispecie "B" del decreto ministeriale 7 marzo 2012, principalmente per l'assenza di quelle "diagnosi e certificazioni degli impianti e degli edifici" che sole legittimano la scelta del tipo B e non potevano giustificare la prevista durata decennale del rapporto, il tutto in quanto difforme dalle previsioni dei CAM per il sostanziale congelamento delle opere di riqualificazione ambientale-energetica e di risparmio di consumi ed emissioni ed ancora per la violazione della *par condicio* tra i concorrenti, poiché il precedente gestore A2A avrebbe fruito delle conoscenze sugli impianti comunali per eventuali interventi, conoscenze sottratte a Carbotermo ed agli altri concorrenti da una incompleta legge di gara.

Né, come già osservato in precedenza, è sufficiente a giustificare la scelta dell'amministrazione la sola apodittica affermazione dell'appellante secondo cui "*aveva acquisito le necessarie informazioni e i dati in merito ad edifici ed impianti nell'ambito del precedente contratto di servizio energia*", non essendovi traccia

delle “*diagnosi e certificazioni degli impianti e degli edifici*” necessaria per una serie riqualificazione ambientale-energetica (caratteristica specifica della fattispecie B); del resto, come rilevato dal tribunale, gli APE versati in atti dal Comune riguardavano soltanto 7 impianti rispetto ai 73 indicati nella legge di gara, di cui 2 relativi ad immobili oggetto di interventi di riqualificazione minimale, sui 24 indicati in capitolato (circostanza quest’ultima che non è stata neppure adeguatamente confutata).

D’altra parte l’erronea individuazione per il servizio oggetto della gara della corrispondente fattispecie di cui al decreto ministeriale 7 marzo 2012 ha finito per determinare anche la violazione degli obblighi informativi che concernevano non solo le già citate certificazioni e le diagnosi energetiche, ma anche il libretto di impianto o di centrale, nel quale devono essere annotati i principali dati dell’impianto e i risultati delle prove di efficienza della combustione, e gli altri dati tecnici riferiti quanto meno agli ultimi due anni ed inoltre i dati relativi alle gestioni precedenti, comprese le fatture di fornitura dei vettori energetici e ogni altro dato disponibile utile a conoscere la situazione degli impianti e le relative prestazioni: informazione tutte essenziali per la più volte delineata necessità di assicurare il giusto confronto concorrenziale e consentire la formulazione di una offerta completa, adeguata e consapevole, in attuazione dei principi di imparzialità e buon andamento predicati dall’art. 97 della Costituzione.

8. L’infondatezza degli esaminati profili di censura, che comporta la conferma della sentenza impugnata, esime la Sezione dall’esame del secondo gruppo dei motivi di appello, con cui sono state riproposte le eccezioni ed i motivi di censura sollevati in primo grado dall’appellante col ricorso incidentale spiegato nel ricorso introdotto da Siram S.p.A..

Deve essere dichiarato improcedibile l’appello incidentale di Siram S.p.A..

9. Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate come in dispositivo nei rapporti tra l’appellante principale e l’appellata Carbotermo s.p.a., mentre possono essere compensate tra l’appellante principale e Siram s.p.a, mentre non vi è luogo a tale pronuncia per quanto attiene il Comune, non costituitosi in di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello principale proposto da A2A Calore & Servizi S.r.l., nella qualità segnata in epigrafe,

lo respinge e dichiara improcedibile l’appello incidentale di Siram S.p.A.

Condanna l’appellante A2A Calore & Servizi s.r.l., nella qualità indicata in epigrafe, al pagamento delle spese di giudizio a favore di Carbotermo S.p.A. liquidate in complessivi €. 7.000,00 (settemila/00) oltre agli accessori di legge; dichiara compensate le spese nei confronti di Siram S.p.A.; nulla per le spese nei confronti del Comune di Cinisello Balsamo.

Ordina che il presente dispositivo sia eseguito dall'autorità amministrativa.

Così deciso nella camera di consiglio del giorno 17 dicembre 2020, tenuta da remoto secondo quanto stabilito dall'art. 25, comma 1, del d. l. 18 ottobre 2020, n. 137, con l'intervento dei magistrati:

Carlo Saltelli, Presidente

Raffaele Prospero, Consigliere, Estensore

Angela Rotondano, Consigliere

Giovanni Grasso, Consigliere

Elena Quadri, Consigliere

L'ESTENSORE

Raffaele Prosperi

IL PRESIDENTE

Carlo Saltelli

IL SEGRETARIO