

Publicato il 02/03/2021

N. 01774/2021REG.PROV.COLL.

N. 08323/2020 REG.RIC.

N. 08604/2020 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 8323 del 2020, proposto dall'Azienda Ospedaliero-Universitaria Senese, in persona del Direttore Generale *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'Avvocato Filippo Frignani e dall'Avvocato Nicoletta Silipo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

***contro***

ANTAS s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'Avvocato Mauro Pisapia e dall'Avvocato Leonardo Giani, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;  
r.t.i. San Gabriele Nuova Energia s.r.l., non costituito in giudizio;  
r.t.i. L'Operosa s.c.a.r.l., non costituito in giudizio;  
r.t.i. Mst Manutenzioni & Servizi Tecnici a r.l., non costituito in giudizio;  
r.t.i. Technè s.p.a., non costituito in giudizio;

***nei confronti***

CNS – Consorzio Nazionale Servizi Soc. Coop., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, CNS – Consorzio Nazionale Servizi Soc. Coop., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in proprio e nella qualità di capogruppo mandataria del r.t.i. con Consorzio Cooperative Costruzioni - CCC Società Cooperativa ed Egea Produzioni e Teleriscaldamento s.r.l., rappresentato e difeso dall'Avvocato Giulia Gasparini, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e con domicilio eletto presso lo studio dello stesso Avvocato Giulia Gasparini in Modena, via V. Borelli, n. 1; Kineo Energy e Facility s.r.l., non costituita in giudizio;

sul ricorso numero di registro generale 8604 del 2020, proposto da CNS – Consorzio Nazionale Servizi Soc. Coop., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in proprio e nella qualità di capogruppo mandataria del r.t.i. con Consorzio Cooperative Costruzioni - CCC Società Cooperativa ed Egea Produzioni e Teleriscaldamento s.r.l., rappresentato e difeso dall'Avvocato Giulia Gasparini, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e con domicilio eletto presso lo studio dello stesso Avvocato Giulia Gasparini in Modena, via V. Borelli, n. 1; r.t.i. Exitone s.p.a., non costituito in giudizio;

***contro***

ANTAS s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Mauro Pisapia, Leonardo Giani, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;  
r.t.i. San Gabriele Nuovaenergia s.r.l., non costituito in giudizio;  
r.t.i. L'Operosa s.c.a.r.l., non costituito in giudizio;  
r.t.i. M.S.T. Manutenzioni & Servizi Tecnici s.r.l., non costituito in giudizio;  
r.t.i. Technè s.p.a., non costituito in giudizio;

***nei confronti***

Azienda Ospedaliero-Universitaria Senese, in persona del Direttore Generale pro tempore, rappresentata e difesa dall'Avvocato Filippo Frignani e dall'Avvocato Nicoletta Silipo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia; Kineo Energy e Facility s.r.l., non costituita in giudizio;

***per la riforma***

quanto al ricorso n. 8323 del 2020: quanto al ricorso n. 8604 del 2020:

della sentenza n. 1115 del 28 settembre 2020 del Tribunale amministrativo regionale per la Toscana, sez. III, resa tra le parti, che, nell'accogliere il ricorso proposto in primo grado da ANTAS s.r.l., ha annullato la deliberazione dell'Azienda Ospedaliera Universitaria Senese 5 febbraio 2020 n. 112, con la quale, tra l'altro:

a) è stata disposta la rinegoziazione con CNS – Consorzio Nazionale Servizi Soc. Coop., ai sensi del d. lgs. n. 115 del 2008, dell'ordinativo principale di fornitura contrattualizzato nel 2015 in forza dell'affidamento originato dalla precedente gara Consip MIES1;

b) è stato disposto l'avvio dell'esecuzione del contratto in questione in via d'urgenza, con decorrenza dal 15 gennaio 2020;

c) è stata fissata la nuova scadenza contrattuale alla data del 15 luglio 2022.

visto l'art. 25 del d.l. n. 137 del 2020, conv. con mod. in l. n. 176 del 2020, nonché l'art. 4 del d.l. n. 28 del 2020, conv. con mod. in l. n. 70 del 2020;

visti i ricorsi in appello e i relativi allegati;

visti gli atti di costituzione nell'ambito dei due giudizi riuniti di ANTAS s.r.l., dell'Azienda Ospedaliero-Universitaria Senese e di CNS – Consorzio Nazionale Servizi Soc. Coop.;

visti tutti gli atti della causa;

relatore nell'udienza pubblica del giorno 11 febbraio 2021 il Consigliere Massimiliano Noccelli, mentre nessuna delle parti ha chiesto di discutere oralmente la causa da remoto ai sensi dell'art. 25 del d.l. n. 137 del 2020, conv. con mod. in l. n. 176 del 2020;  
ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO e DIRITTO

1. L'Azienda Ospedaliero-Universitaria Senese (di seguito, per brevità, anche solo l'Azienda) ha aderito alla convenzione Consip "MIES1", affidando alla società Consorzio Nazionale Servizi (di seguito solo CNS) le attività di gestione, manutenzione e conduzione degli impianti tecnologici, assieme alla fornitura energetica per i propri immobili, mediante contratto della durata di cinque anni, con decorrenza dal 15 gennaio 2015 e scadenza il 15 gennaio 2020.

1.1. Con il ricorso proposto avanti al Tribunale amministrativo regionale per la Toscana (di qui in avanti, per brevità, solo il Tribunale) ANTAS s.r.l., premesso di essere anzitutto una società leader in Italia nei servizi energetici e multitecnologici, ha dedotto di avere conseguito l'aggiudicazione del lotto territoriale 7 (Liguria e Toscana) della procedura di gara indetta da Consip s.p.a. per il "*Multiservizio tecnologico Integrato con fornitura di Energia per gli edifici in uso, a qualsiasi titolo, alle Pubbliche Amministrazioni Sanitarie*", con la conseguente attivazione della relativa convenzione (denominata "MIES2") a partire dal mese di luglio 2019.

1.2. Il 13 gennaio 2020 l'Azienda ha inviato ad ANTAS una richiesta preliminare di fornitura nell'ambito della convenzione "MIES2".

1.2. Con la deliberazione del Direttore generale dell'Azienda n. 112 del 5 febbraio 2020, il contratto in essere con CNS è stato prorogato fino al 15 luglio 2022, per ulteriori due anni e sei mesi, ai sensi dell'art. 6, dell'allegato II, al d. lgs. n. 115 del

2008, “Attuazione della direttiva 2006/32/CE, relativa all’efficienza degli usi finali dell’energia e i servizi energetici e abrogazione della direttiva 93/76/CEE”.

1.3. ANTAS ha impugnato avanti al Tribunale la deliberazione avente ad oggetto la proroga del contratto, con domanda di declaratoria di nullità o inefficacia dello stesso, deducendo in primo grado due censure.

1.4. Con la prima è stata dedotta la violazione e falsa applicazione dell’art. 15, comma 13, lett. d) del d.l. n. 95 del 2012, dell’art. 1, commi 548 e 550, della l. 28 dicembre 2015 n. 208 e dell’art. 6 dell’allegato II al d.lgs. n. 115 del 2008, l’eccesso di potere per errore di fatto, perplessità dell’azione amministrativa, arbitrarietà e difetto assoluto dei presupposti.

1.5. La proroga del contratto di servizio energia prevista dal d. lgs. n. 115 del 2008 sarebbe istituito di carattere derogatorio ed eccezionale che – se non addirittura abrogato dalle sopravvenute disposizioni di legge che hanno imposto agli enti del Servizio Sanitario Nazionale di approvvigionarsi mediante le convenzioni stipulate da Consip s.p.a. - potrebbe trovare legittima applicazione solo in presenza di rigorosi presupposti.

1.6. In particolare, la proposta di rinegoziazione dovrebbe intervenire durante la vigenza del contratto e non in prossimità della sua naturale scadenza e la proroga, inoltre, non potrebbe andare a discapito di un appalto aggiudicato ad altro operatore economico a seguito di procedura ad evidenza pubblica indetta da Consip.

1.7. Ad avviso della ricorrente, nessuno dei suddetti presupposti sarebbe configurabile nel caso di specie.

1.8. Con la seconda censura è stata dedotta in prime cure da ANTAS la violazione dell’art. 3 della l. 7 agosto 1990 n. 241, la violazione dei principi di concorrenza nonché l’eccesso di potere per difetto di motivazione e di istruttoria e per irragionevolezza intrinseca e perplessità dell’azione amministrativa.

1.9. L'operato dell'Azienda si porrebbe, in ogni caso, in netto contrasto con i principi generali di concorrenza e buon andamento della pubblica amministrazione, atteso che la proroga del contratto originario stipulato con CNS porterebbe di fatto a sovvertire il risultato della procedura ad evidenza pubblica indetta da Consip, all'esito della quale ANTAS è risultata aggiudicataria, superando, tra le altre, anche l'offerta della stessa CNS.

1.10. La deliberazione di proroga, inoltre, non indicherebbe le specifiche ragioni poste a fondamento della scelta di prorogare il contratto in scadenza con CNS e si porrebbe comunque in contrasto con la richiesta preliminare di fornitura rivolta nello stesso periodo ad Antas, con riferimento alla convenzione "MIES2".

1.11. Si sono costituiti nel primo grado del giudizio l'Azienda e la controinteressata CNS, eccependo l'inammissibilità del gravame per carenza dell'interesse al ricorso in capo ad ANTAS e concludendo, comunque, per la sua reiezione nel merito.

2. Con il decreto cautelare n. 195 dell'1 aprile 2020, adottato ai sensi del d.l. n. 18 del 2020, recante "*Misure di potenziamento del Servizio sanitario nazionale e di sostegno economico per famiglie, lavoratori e imprese connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19*", conv. con mod. in l. n. 27 del 2020, e con la successiva ordinanza n. 314 del 7 maggio 2020, l'istanza cautelare è stata respinta dal primo giudice per carenza di un pregiudizio grave ed irreparabile in capo alla ricorrente e in considerazione, nel bilanciamento degli interessi contrapposti, dell'esigenza di assicurare all'Azienda un servizio energetico adeguato nelle more del giudizio.

3. Infine, con la sentenza n. 1115 del 28 settembre 2020, il Tribunale amministrativo regionale per la Toscana ha accolto il ricorso di ANTAS e ha annullato la proroga impugnata, con conseguente declaratoria di inefficacia del relativo contratto ai sensi dell'art. 122 c.p.a.

4. Sotto un primo profilo il primo giudice ha osservato che la proposta formale di rinegoziazione di CNS risale al 10 gennaio 2020, appena cinque giorni prima della naturale scadenza del contratto in essere.

4.1. La delibera con la quale l'Azienda ha stabilito di procedere alla proroga è stata adottata addirittura il 2 febbraio 2020, ossia dopo la naturale scadenza del contratto.

4.2. Non basterebbe a rendere tempestiva la detta rinegoziazione il fatto che, come evidenziato dalle parti resistenti, CNS si sia dichiarata disponibile alla rinegoziazione il 22 novembre 2019 (cfr. doc. 3 dell'Azienda) e che da tale data abbia quindi preso avvio un'informale interlocuzione tra le parti.

4.3. Si tratta infatti, secondo la sentenza impugnata, di una mera manifestazione di disponibilità, pervenuta comunque in prossimità della scadenza contrattuale (soltanto un mese e mezzo prima), in assenza dei tempi tecnici necessari ad assicurare un'adeguata analisi delle esigenze dell'Amministrazione e delle proposte di efficientamento energetico, volte ad una concreta tutela ambientale, in ossequio alla *ratio* sottesa all'art. 6, dell'allegato II, punto 2), lett. b) del d.lgs. 30 maggio 2008, n. 115.

4.4. Non rileva nemmeno la circostanza che, in base alla convenzione "MIES1", il servizio e la fornitura di energia potessero rimanere attivi oltre la scadenza del contratto, sino alla chiusura dell'anno termico e, cioè, sino al 30 aprile 2020.

4.5. Si tratterebbe infatti di una previsione, dettata per esigenze organizzative, volta ad assicurare la continuità nell'erogazione di un servizio essenziale e ad evitare il rischio di interruzioni dello stesso nei mesi invernali con il rischio di privare le strutture dell'Azienda del riscaldamento durante la fase di subentro del nuovo operatore economico.

4.6. Pertanto, il termine finale rilevante, espressamente indicato nel contratto, è esclusivamente quello del 15 gennaio 2020.

4.7. Ad ulteriore conferma di ciò il Tribunale ha osservato che la stessa delibera con la quale si è disposta la proroga ha espressamente individuato la decorrenza del nuovo contratto stipulato con CNS dal 15 gennaio 2020, prendendo quindi come data di riferimento proprio la scadenza naturale prevista dall'originaria convenzione.

5. Sotto un secondo profilo, ancora, il Tribunale ha ritenuto che la rinegoziazione e proroga del contratto con CNS è avvenuta quando, già da diversi mesi (luglio 2019), risultava attiva la nuova convenzione Consip “*MIES2*”, aggiudicata ad ANTAS a seguito di procedura ad evidenza pubblica alla quale aveva partecipato, perdendo, la stessa CNS.

5.1. A ben vedere, quindi, l'Azienda avrebbe avuto il tempo necessario per attivare la procedura per l'adesione alla suddetta convenzione, quanto meno a fini comparativi, inoltrando la relativa richiesta preliminare di fornitura mesi prima della scadenza del contratto in essere con CNS.

5.2. Né, come sarà meglio chiarito nel prosieguo, l'Azienda ha evidenziato nel proprio provvedimento l'esistenza di ragioni particolari che impedissero l'adesione alla nuova convenzione o che rendessero particolarmente vantaggioso o comunque preferibile procedere, in alternativa, alla rinegoziazione e proroga del contratto con CNS ai sensi del d. lgs. n. 115 del 2008.

5.3. In sintesi, dunque, la proroga del contratto a favore di CNS avrebbe vanificato gli esiti della gara indetta da Consip, senza darne alcuna specifica motivazione.

5.4. Il primo giudice ha infine osservato che la deliberazione n. 112/2020 non chiarisce in cosa le opere previste dal nuovo contratto stipulato con CNS – analiticamente indicate dalla stessa controinteressata nella propria memoria (cfr. pagg. 7-9 della memoria CNS depositata in primo grado il 27 marzo 2020) – si differenziano dagli interventi di manutenzione straordinaria degli impianti già ricompresi nell'originario contratto “*MIES1*” (cfr. doc. 20 di parte ricorrente),

venendo così a costituire nuove e/o ulteriori prestazioni, corrispondenti ai requisiti del d. lgs. n. 115 del 2008.

5.5. Tutte queste considerazioni indurrebbero a ritenere fondato anche il secondo motivo di ricorso, proposto in primo grado da ANTAS, nei limiti di seguito precisati.

5.6. Difatti, dal momento che la proroga e la rinegoziazione di un contratto devono ritenersi eccezioni al principio generale secondo cui un appalto pubblico può essere affidato solo a seguito di una procedura comparativa svolta secondo i principi dell'evidenza pubblica e che l'art. 6 citato ammette la proroga solo a fronte della individuazione di nuove prestazioni che assicurino il raggiungimento degli obiettivi di risparmio energetico perseguiti dalla normativa, sulla pubblica amministrazione grava un onere particolarmente intenso di motivazione.

5.7. La stessa, perciò, sarebbe tenuta a rendere conto del percorso valutativo attraverso il quale è giunta alla decisione di rinegoziare e prorogare il contratto in essere, in luogo dell'avvio di una nuova gara o, come nel caso in esame, dell'adesione alla nuova convenzione Consip.

5.8. La motivazione, in particolare, deve dare conto dei vantaggi in termini di risparmio energetico, di efficientamento e di tutela ambientale derivanti dalla rinegoziazione, da analizzare in comparazione con le possibili soluzioni alternative, tra le quali, in primo luogo, proprio l'adesione ad una nuova convenzione Consip attiva ed operante.

6. La delibera impugnata, nel caso di specie, si limiterebbe, secondo la sentenza impugnata, a richiamare la proposta di rinegoziazione formulata da CNS e non prende in alcun modo in esame la convenzione Consip di cui ANTAS è aggiudicataria.

6.1. A tal proposito, peraltro, il primo giudice ha osservato ancora che l'Azienda ha inviato ad ANTAS la richiesta preliminare di fornitura solo il 13 gennaio 2020, nonostante la convenzione fosse attiva dal mese di luglio 2019; la mancata

comparazione tra l'ipotesi di rinegoziazione e proroga del contratto con CNS e l'adesione alla nuova convenzione Consip con ANTAS è quindi dipesa, non da un'oggettiva impossibilità, bensì dalla mancata tempestiva attivazione della pubblica amministrazione.

6.2. Inoltre, dalla lettura della deliberazione n. 112/2020, con la quale si è disposta la proroga, non è dato comprendere se le opere previste dal nuovo contratto con CNS costituiscano effettivamente prestazioni diverse ed ulteriori rispetto a quelle di cui al precedente contratto, come prescritto dal d. lgs. n. 115 del 2008, dando così luogo ad un'ipotesi di novazione oggettiva dello stesso.

7. Alla luce di queste ragioni, sin qui riassunte, il Tribunale ha quindi accolto il ricorso di ANTAS, ha annullato i provvedimenti impugnati e ha dichiarato inefficace il contratto stipulato con CNS ai sensi dell'art. 122 c.p.a.

8. Avverso tale sentenza hanno proposto separati appelli sia l'Azienda che CNS, rubricati rispettivamente al R.G. n. 8322/2020 e al R.G. n. 8404/2020, e ne hanno chiesto, previa sospensione dell'esecutività, la riforma, con la conseguente reiezione del ricorso proposto in primo grado.

8.1. Si è costituita l'appellata ANTAS in entrambi i giudizi per chiedere la reiezione di entrambi i gravami.

8.2. Con le ordinanze n. 6721 e n. 6722 dell'11 novembre 2020 la Sezione ha accolto le domande cautelari delle appellanti, per la prevalenza dell'interesse pubblico alla continuità del servizio, pur manifestando seri dubbi sulla legittimità della proroga annullata dal primo giudice.

8.3. Infine, nell'udienza dell'11 febbraio 2021 tenutasi ai sensi dell'art. 25 del d.l. n. 137 del 2020, conv. con mod. in l. n. 176 del 2020, il Collegio, sulla base degli scritti difensivi depositati dalle parti, ha trattenuto la causa in decisione.

9. Preliminarmente i due appelli dell'Azienda e di CNS devono essere riuniti, ai sensi dell'art. 96 c.p.a., perché proposti contro la medesima sentenza n. 1115 del 28 settembre 2020 del Tribunale amministrativo regionale per la Toscana.

10. Gli appelli, ciò premesso, sono infondati.

11. Osserva il Collegio che le censure svolte dall'Azienda e da CNS sono eguali, sul piano contenutistico, sicché quanto si dirà per le considerazioni svolte dall'Azienda nel ricorso R.G. n. 8323/2020.vale, evidentemente e per l'obbligo di sintesi prescritto dal codice di rito (art. 3, comma 2, c.p.a.), anche con riferimento alle singole censure da CNS svolte nel ricorso rubricato al R.G. n. 8604/2020

12. Con il primo motivo (pp. 4-6 del suo ricorso) l'Azienda e con il primo motivo anche CNS (pp. 7-11 del suo ricorso) chiedono entrambe la riforma della sentenza impugnata per avere essa erroneamente omissa di dichiarare l'inammissibilità del ricorso di primo grado, in quanto il provvedimento impugnato sarebbe lesivo dell'interesse di ANTAS, o comunque l'improcedibilità di detto ricorso dovuta all'omessa impugnazione del rifiuto, per silenzio, del PTE del 2 luglio 2020.

12.1. L'interesse al ricorso da parte di ANTAS non potrebbe essere determinato dalla sola circostanza di essere aggiudicataria della Convenzione Consip "*MIES2*", ma sarebbe strettamente legato alla possibilità di ottenere il bene della vita che, nel caso prospettato da ANTAS nel ricorso, era proprio la possibilità di ottenere l'approvazione del PTE da parte dell'amministrazione contraente.

12.2. Il PTE di ANTAS però non è mai stato approvato dall'amministrazione contraente e ANTAS non ha contestato in sede giurisdizionale la mancata adesione, da parte della p.a., alla Convenzione Consip "*MIES2*".

12.2. Con successivo provvedimento del 3 dicembre 2020, infine, l'Azienda ha espressamente respinto il PTE di ANTAS.

12.3. Il motivo è destituito di fondamento.

12.4. ANTAS ha impugnato ritualmente con motivi aggiunti avanti al Tribunale amministrativo regionale per la Toscana la riezione del PTE e, dunque, sussiste pienamente ancora la legittimazione di ANTAS a contestare la proroga in favore di CNS al fine di vedersi aggiudicare la commessa, una volta che, nell'ipotesi in cui venga annullato il provvedimento del 3 dicembre 2020 ritualmente impugnato, venga definitivamente accertata l'illegittimità della proroga in questo giudizio contestata.

12.5. In ogni caso, come la Sezione ha di recente ribadito in analoga vicenda, non appare dubbia la sussistenza dell'interesse degli operatori economici del settore in quanto tali – e non solo come concorrenti interessati a mantenere la consistenza di quanto posto a gara - a contrastare l'affidamento intervenuto in violazione delle regole concorrenziali dell'evidenza pubblica (Cons. St., sez. III, 11 novembre 2020, n. 6911), sicché la sentenza impugnata, nell'aver ammesso tale legittimazione, va esente da qualsivoglia censura svolta dalle appellanti e ribadita infondatamente da queste anche negli ultimi scritti difensivi.

13 Con il secondo motivo (pp. 6-11 del ricorso) sia l'Azienda che CNS (pp. 11-19 del ricorso) lamentano entrambe l'erroneità della sentenza impugnata per avere annullato la proroga quasi in prossimità della scadenza del contratto, prevista dall'art. 6, allegato II, punto 2), lett. b), del d. lgs. n. 115 del 2008, quando la nuova convenzione Consip “MIES2”, aggiudicata ad ANTAS, risultava attiva già da diversi mesi (luglio 2019) e l'Azienda avrebbe avuto quindi il tempo necessario per attivare la procedura per l'adesione alla suddetta convenzione, quantomeno a fini comparativi, inoltrando la relativa richiesta preliminare di fornitura mesi prima della scadenza del contratto in essere con CNS.

13.1. Il primo giudice avrebbe errato nel non considerare che la proposta di proroga era stata formalizzata da CNS tre mesi prima della scadenza del 15 aprile 2020 ed è stata discussa dalle parti già cinque mesi prima (novembre 2019), essendo il termine

di scadenza convenzionale previsto alla fine della stagione termica e, precisamente, al 15 aprile 2020.

13.2. La chiara previsione normativa dell'art. 6 sopra richiamato consentirebbe sempre la rinegoziazione nella vigenza del contratto, mentre per altro verso il Tribunale avrebbe trascurato di considerare che ANTAS aveva presentato tre PTE, tra aprile e luglio del 2020, non confacenti alle esigenze dell'amministrazione, sicché, nell'assenza di un PTE approvato e approvabile, era impossibile per la stessa amministrazione effettuare una comparazione tra le due proposte, come invece postula la sentenza gravata.

13.3. Anche questo motivo deve essere respinto.

13.4. Questo Consiglio, già nelle ordinanze n. 6721 e n. 6722 del 20 novembre 2020, ha già espresso forti dubbi sulla sussistenza dei requisiti posti a sostegno della proroga contestata e questi dubbi non sono stati dissipati dalle contrarie argomentazioni, pur pregevoli, dell'appellante.

13.4. Le disposizioni che prevedono la proroga contrattuale, anche quella qui invocata dall'art. 6 sopra richiamato, sono di stretta interpretazione perché costituiscono una evidente deroga ai principi eurounitari di concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione e trasparenza, sicché esse implicano una rigorosa applicazione, seguita correttamente dal primo giudice, nell'analisi dei rispettivi presupposti, che qui all'evidenza non sussistono.

13.5. La proroga di cui all'art. 6, allegato II, punto 2), lett. b), del d. lgs. n. 115 del 2008 non può dunque essere impiegata per finalità diverse da quelle tassativamente stabilite dal legislatore.

13.6. Se può in generale discutersi di una eventuale facoltà di proroga del contratto da parte di un ente del servizio sanitario nazionale, in ragione dell'eccezionale e speciale disposizione di cui all'allegato II, art. 6, comma 2, lett. b), del d. lgs. 50 maggio 2008, n. 115 e della peculiarità del suo oggetto, certamente non può trattarsi

di una proroga “contro” o a discapito di un appalto già aggiudicato dalla stazione di committenza, anche per conto e in favore dell’ente sanitario, all’esito di un procedimento di evidenza pubblica, per servizi parzialmente coincidenti poiché, diversamente ragionando, «*la facoltà predetta si tramuterebbe in una manifesta violazione del principio di concorrenza in danno di un operatore economico che è stato già prescelto quale migliore offerente*» (Cons. St., sez. III, 4 giugno 2019, n. 3761 nonché, ancor più di recente, Cons. St., sez. III, 11 novembre 2020, n. 6911).

13.7. La *ratio* di questa eccezionale facoltà riconosciuta alla pubblica amministrazione è legata all’opportunità di conseguire un più rapido adeguamento dei servizi di energia ai sopravvenuti parametri di efficienza energetica, consentendo la rinegoziazione e incentivandola mediante l’allungamento della durata.

13.8. La sentenza impugnata ha con rigore colto questa *ratio legis* allorché, nello stigmatizzare l’insussistenza dei requisiti predeterminati dalla legge, ha annullato la proroga per due essenziali rilievi:

a) l’assenza di un congruo anticipo rispetto alla scadenza del contratto (Cons. St., sez. III, 4 giugno 2019, n. 3761), indice di un notevole, ingiustificato, scostamento da tale *ratio*, che consente la proroga solo al ricorrere di oggettive, imprevedibili, circostanze che rendano impossibile la stipula del nuovo contratto;

b) l’assenza di nuove, ulteriori, prestazioni che diano luogo ad una novazione oggettiva del rapporto (Cons. St., sez. V, 28 maggio 2018, n. 3230).

13.9. E invero, contrariamente a quanto sostengono entrambi le appellanti, il contratto tra l’Azienda e CNS scadeva il 15 gennaio 2020 e la proroga in favore dell’appellante stessa è stata disposta con decorrenza retroattiva dal 15 gennaio 2020 e durata fino al 15 luglio 2022.

13.10. La proposta di rinegoziazione è stata formalizzata alla stazione appaltante solo il 10 gennaio 2020 e, cioè, appena 5 giorni prima della scadenza negoziale e l’Azienda si è pronunciata nei venti giorni successivi.

13.11. Ne deriva l'illegittimità della proroga qui impugnata, come ha correttamente ritenuto la sentenza impugnata, che va esente da censura.

14. Con il terzo motivo (pp. 11-15 del ricorso dell'Azienda e pp. 19-23 del ricorso di CNS), ancora, entrambe le appellanti lamentano che la sentenza del Tribunale avrebbe accolto erroneamente, a loro dire, il secondo motivo dell'originario ricorso, con cui ANTAS ha contestato il difetto di istruttoria e di motivazione in ordine alla omessa comparazione tra la proposta della convenzione Consip MIES2 e la rinegoziazione proposta da CNS.

14.1. L'Azienda e CNS contestano tuttavia anche questa statuizione perché rilevano, in senso contrario, che la determinazione 112/2020 contempla un'espressa motivazione in ordine al risparmio energetico e alla tutela ambientale, con la garanzia di un risparmio pari al 7% rispetto ai valori storici in possesso della p.a.

14.2. Errerebbe la sentenza impugnata nel ritenere peraltro necessario il confronto tra la proposta di CNS e la convenzione Consip "*MIES2*" perché l'assenza di un PTE approvabile avrebbe reso impossibile un tale confronto, non potendo la sola convenzione Consip essere confrontata con alcunché, senza un PTE tarato sugli immobili e sugli impianti della pubblica amministrazione.

14.3. Anche questo motivo va disatteso.

14.4. Al riguardo, infatti, si devono condividere le argomentazioni del primo giudice, il quale ha rilevato che la pubblica amministrazione solo nel gennaio 2020 aveva richiesto il PTE ad ANTAS, la quale ha poi nei successivi mesi risposto per ben tre volte alle richieste della stessa Azienda, e non può certo essere ascrivibile alla condotta di ANTAS, ma alla tempistica della stessa Azienda il ritardo che ha causato l'assenza del presupposto per la necessaria effettuazione di tale confronto, mancato non per l'oggettiva impossibilità di disporre di un PTE confrontabile, con congruo anticipo, prima che il contratto venisse a scadenza il 15 gennaio 2020, quando la

convenzione Consip, lo si ripete, era attiva fin dal luglio 2019 e ben avrebbe potuto l'Azienda attivarsi in modo più solerte.

15. Con il quarto motivo (pp. 23-28 del ricorso) CNS lamenta l'extrapetizione nella quale sarebbe incorsa la sentenza impugnata per avere, a suo avviso in violazione dell'art. 112 c.p.c., annullato la proroga per un vizio, l'assenza di elementi nuovi, nella proposta di rinegoziazione, costituenti altrettanti indici di novazione oggettiva, che mai ANTAS aveva denunciato nel ricorso proposto in prime cure a supporto della dedotta illegittimità del provvedimento.

15.1. In ogni caso, quando pure la censura dovesse ritenersi ammissibile sotto tale profilo, essa sarebbe dovuta essere respinta nel merito perché, secondo CNS, le prestazioni indicate (riqualificazione del circuito di distribuzione primario con regolazione variabile della portata, riqualificazione dei sistemi di regolazione delle sottostazioni di climatizzazione, sostituzione del gruppo frigorifero, rifacimento della distribuzione delle colonne montanti, l'installazione dei gruppi di continuità statici – UPS – e relative batterie), e meglio dettagliate alle p. 26 e ss. del ricorso, dovrebbero considerarsi diverse e aggiuntive rispetto a quanto contemplato nel PTE originario.

15.2. Analoghe considerazioni, quanto a contenuto e finalità delle opere, ha svolto anche l'Azienda nel terzo motivo di appello (pp. 11-15 del ricorso).

15.3. Anche questa censura deve essere respinta.

15.4. Il primo giudice non è incorso in alcuna extrapetizione perché ANTAS aveva lamentato l'illegittimità della proroga sia sotto il profilo temporale, per l'assenza di congruo anticipo rispetto alla scadenza temporale del contratto, che contenutistico, per l'assenza di elementi oggettivamente novativi, e nella memoria depositata in vista dell'udienza camerale avanti al Tribunale ha meglio dettagliato il secondo ordine di critiche, osservando come le opere oggetto di proroga rientrassero a pieno titolo nelle prestazioni dedotte nell'originario contratto.

15.5. La sentenza impugnata, nell'aver accolto la censura, non è dunque andata *extra petita* e ha anzi correttamente osservato come tali opere, al di là di alcuni ritocchi nominalistici, rientrassero già tra le prestazioni originariamente dedotte in contratto.

15.5. Le contrarie argomentazioni svolte da CNS (e, in parte, anche dall'Azienda), che si concentrano sulla finalità e/o sulla qualità di tali opere, non scalfiscono invero anche nel merito la correttezza di tale valutazione circa la sostanziale assenza di un valore novativo nelle opere oggetto di rinegoziazione, già previste nell'originario contratto.

16. Infine, con il quinto motivo (pp. 28-29 del ricorso), la sola appellante CNS deduce la violazione dell'art. 122 c.p.a., da parte della sentenza impugnata, per avere disposto l'inefficacia della rinegoziazione sottoscritta tra CNS e l'Azienda a decorrere dal sessantesimo giorno dalla data di comunicazione della sentenza.

16.1. CNS assume, più in particolare, che ANTAS non potrebbe subentrare nel servizio perché si tratterebbe di una rinegoziazione di contratto in essere con CNS, perché non sarebbe stato approvato il PTE di ANTAS e perché, infine, le opere proposte da CNS sarebbero state tutte eseguite, con obbligo, per la pubblica amministrazione, di rimborsare, in caso di inefficacia del contratto, le opere suddette.

16.2. Anche questo ultimo motivo è infondato perché, da un lato, ANTAS non mira certo a subentrare nel servizio, come rinegoziato, ma a stipulare la convenzione Consip, di cui è risultata aggiudicataria; perché, dall'altro, la mancata approvazione del PTE, come detto, è stata ritualmente impugnata da ANTAS e il suo annullamento potrebbe consentire ad ANTAS di procedere alla stipula del contratto, in assenza di ulteriori attività valutative da parte della stazione appaltante; perché, infine, il rapporto tra l'Azienda e CNS, in conseguenza della declaratoria di inefficacia del contratto, sarà disciplinato eventualmente dalle norme sull'indebito e sulle restituzioni.

16.3. Come la Sezione ha già statuito in via cautelare con le citate ordinanze n. 6721 e n. 6722 dell'11 novembre 2020, sul piano del bilanciamento tra gli interessi richiesti dall'art. 122 c.p.a. per le statuizioni conseguenti all'annullamento della proroga, l'Azienda, considerata la delicatezza del servizio prorogato ai fini dell'interesse pubblico ed essendo in corso il giudizio R.G. n. 920/2020 proposto avanti al Tribunale da ANTAS sia contro la nuova gara indetta dall'Azienda per l'affidamento in concessione, sotto forma di PPP, del medesimo servizio sulla base dell'iniziativa promossa da Miecì s.r.l. sia contro la reiezione del PTE gravata, come detto, con motivi aggiunti, disporrà la proroga del servizio svolto da CNS per il tempo strettamente necessario alla definizione di tale giudizio, in esito al quale si accerterà se esso debba essere svolto dalla stessa ANTAS o da altro operatore con affidamento in concessione, sotto forma di PPP, del medesimo servizio.

17. In conclusione, per le ragioni esposte, entrambi gli appelli, qui riuniti, devono essere respinti per tutte le ragioni sin qui espresse e vevoli, come detto, per entrambi, con la conseguente conferma della sentenza qui impugnata nonché con i conseguenti effetti, appena precisati, ai sensi dell'art. 122 c.p.a.

18. Le spese del presente grado dei giudizi riuniti, stante la complessità delle ragioni esposte in rapporto alla peculiarità del caso esaminato, possono essere interamente compensate tra le parti.

18.1. Rimane definitivamente a carico dei due appellanti, stante la soccombenza, il contributo unificato richiesto per la proposizione dei rispettivi gravami.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sui due appelli proposti dall'Azienda Ospedaliero-Universitaria Senese e da CNS – Consorzio Nazionale Servizi Soc. Coop., previa loro riunione, li respinge entrambi e, per l'effetto, conferma la sentenza impugnata.

Compensa interamente tra le parti le spese del presente grado del giudizio.

Pone definitivamente a carico dell'Azienda Ospedaliero-Universitaria Senese e di CNS – Consorzio Nazionale Servizi Soc. Coop. il contributo unificato rispettivamente richiesto per la proposizione dei loro appelli.

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

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del giorno 11 febbraio 2021, con l'intervento dei magistrati:

Marco Lipari, Presidente

Massimiliano Noccelli, Consigliere, Estensore

Raffaello Sestini, Consigliere

Solveig Cogliani, Consigliere

Antonio Massimo Marra, Consigliere

**L'ESTENSORE**  
**Massimiliano Noccelli**

**IL PRESIDENTE**  
**Marco Lipari**

IL SEGRETARIO