



**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 numero di registro generale 445 del 2021, proposto da Carbotermo S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Paolo Sansone, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

*contro*

Provincia di Verona, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Giancarlo Biancardi, Isabella Sorio, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Giancarlo Biancardi in Verona, via S. Maria Antica, 1;

*nei confronti*

Siram S.p.A. in proprio e quale Capogruppo Mandataria Ati, Ati Arca Servizi S.r.l., Ati Gelmini Cav. Nello Spa, Ati Kone Spa, Rti Energy System S.r.l., non costituiti in giudizio;

Rekeep S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Stefano Baccolini, Andrea Manzi, Francesco Rizzo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia

e domicilio eletto presso lo studio Andrea Manzi in Roma, via Alberico II, n. 33;

Siram S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Alfredo Biagini, Andrea Giuman, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per la riforma della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per il Veneto (Sezione Prima) n. 00946/2020, resa tra le parti che ha rigettato il ricorso promosso dalla società Cabotermo s.p.a. avverso gli esiti della procedura aperta, indetta dalla Stazione Appaltante Provincia di Verona, per l'affidamento del “servizio energia e dei servizi di gestione e manutenzione degli impianti tecnologici afferenti gli immobili di proprietà della Provincia di Verona. CIG 7856657E72”, aggiudicato in favore di SIRAM S.P.A. nonché avverso il relativo bando di gara, pubblicato sulla GURI n. 49 del 26 aprile 2019, ed il disciplinare di gara, approvati con determinazione n.1130 del 2 aprile 2019, adottata dal Dirigente del Servizio Edilizia e Tecnologico della Provincia di Verona ed il provvedimento di nomina della Commissione Giudicatrice adottato con Determinazione n. 2391 del 19 luglio 2019, a firma del Dirigente del dal Dirigente del Servizio Edilizia e Tecnologico della Provincia di Verona.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Provincia di Verona e di Rekeep S.p.A. e di Siram S.p.A.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 21 aprile 2022 il Cons. Diana Caminiti e uditi per le parti gli avvocati Sansone, Gattamelata, in sostituzione dell'avvocato Biancardi per delega depositata, Manzi e Biagini;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Viene in decisione l'appello proposto da Carbotermo S.p.A., avverso la Sentenza del Tar Veneto, sez. I, n. 946/2020, che ha rigettato il ricorso promosso dalla medesima società avverso gli esiti della procedura aperta, indetta dalla Stazione Appaltante Provincia di Verona per l'affidamento del *“servizio energia e dei servizi di gestione e manutenzione degli impianti tecnologici afferenti gli immobili di proprietà della Provincia di Verona. CIG 7856657E72”*, aggiudicato in favore di SIRAM S.P.A. nonché avverso il relativo bando di gara, pubblicato sulla GURI n. 49 del 26 aprile 2019, ed il disciplinare di gara, approvati con determinazione n.1130 del 2 aprile 2019, adottata dal Dirigente del Servizio Edilizia e Tecnologico della Provincia di Verona ed il provvedimento di nomina della Commissione Giudicatrice, adottato con Determinazione n. 2391 del 19 luglio 2019, a firma del Dirigente del Servizio Edilizia e Tecnologico della Provincia di Verona.

2. Dagli atti di causa e dalle allegazioni delle parti risulta quanto di seguito specificato.

2.1. La Provincia di Verona ha indetto una procedura aperta per il servizio energia ed i servizi di gestione e manutenzione degli impianti tecnologici negli immobili di proprietà (o in gestione) dell'Amministrazione per la durata di 7 anni, con possibilità del rinnovo del contratto d'appalto per un massimo di 3 anni, per un valore complessivo di 42.355.829,60 euro.

2.2. Al termine della gara il servizio è stato aggiudicato al raggruppamento temporaneo di imprese Siram s.p.a.-Arca Servizi s.r.l.-Gelmini Cav. Nello s.p.a.-Kone s.p.a. (d'ora in poi Siram).

2.3. Alla procedura hanno partecipato sei operatori economici, uno dei quali è stato escluso per indeterminatezza dell'offerta.

3. La quinta ed ultima classificata, odierna appellante, Carbotermo s.p.a. (d'ora in poi Carbotermo), con il ricorso di primo grado ha impugnato gli atti della procedura innanzi al T.A.R. Veneto, con tre motivi, i quali, ove fondati, implicherebbero la necessità di una rinnovazione dell'intera procedura.

3.1. Con il primo motivo ha lamentato la mancata suddivisione in lotti della gara de qua, avendo l'amministrazione previsto un solo ed unico lotto rispetto ad un contratto di elevato valore economico della durata di 10 anni, a fronte dell'accorpamento di una serie ripetitiva di prestazioni afferenti ad edifici distribuiti sull'intero territorio provinciale, ubicati in comuni differenti anche a consistente distanza, motivando la necessità dell'accorpamento solo con riguardo ai diversi servizi compresi, senza contemplare la possibilità di una suddivisione in lotti di carattere territoriale.

3.2. Con il secondo motivo la ricorrente ha lamentato la violazione dell'art. 77 del D.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, la violazione dei principi di libera concorrenza, non discriminazione, imparzialità, trasparenza, e proporzionalità di cui all'art. 30 dello stesso decreto legislativo, in quanto il dirigente del servizio energia e tecnologico della Provincia di Verona aveva approvato il progetto tecnico di gara, nominato il responsabile unico del procedimento e il direttore dell'esecuzione del contratto, approvato gli atti di indizione della gara contenenti i criteri di aggiudicazione, dando atto, nella medesima delibera, che il bando e il disciplinare di gara nonché i relativi allegati erano stati redatti in collaborazione con il servizio gare e contratti, nominato la commissione giudicatrice, indicando sé stesso come presidente, disposto l'aggiudicazione definitiva, approvando l'operato della commissione, disposto tre proroghe tecniche all'appalto in favore di un'associazione temporanea di imprese, la cui mandataria e due mandanti coinciderebbero con la mandataria e due delle tre mandanti dell'associazione temporanea di imprese aggiudicataria dell'appalto in esame.

3.3. Con il terzo motivo la società ricorrente ha lamentato la violazione degli articoli 30, 34 e 71 del D.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, del DM 7 marzo 2012, la violazione dei principi di trasparenza, libera concorrenza, parità di trattamento e buon andamento, adeguatezza, proporzionalità, ed efficacia nel cui rispetto le stazioni appaltanti devono affidare gli appalti pubblici, nonché la violazione dell'art. 76, comma 1 della Direttiva 241/24/UE e dei principi di

trasparenza e parità di trattamento ed infine la violazione dell'art. 1, comma 1 della Legge 241/1990.

3.3.1. Con tale motivo la ricorrente sosteneva che la stazione appaltante era venuta meno all'obbligo di inserimento nella documentazione progettuale e di gara delle specifiche tecniche e delle clausole contrattuali contenute nei criteri ambientali minimi adottati con apposito decreto ministeriale, relativo ai servizi di riscaldamento, di cui al menzionato DM 7 marzo 2012.

3.3.2. Tale decreto divide i criteri ambientali minimi in due classi, denominate A e B, la prima delle quali riguarda le ipotesi in cui la stazione appaltante non disponga di dati ed informazioni sugli impianti ed edifici interessati, limitando in tale ipotesi in tre anni la durata del contratto d'appalto. La seconda ricorre quando la stazione appaltante dispone già di diagnosi e di certificazioni energetiche degli impianti e degli edifici: solo al ricorrere di tali presupposti la durata del contratto può corrispondere a dieci anni.

3.3.3. Segnatamente con una prima censura Carbotermo lamentava che il caso in esame era stato ricompreso dalla stazione appaltante entro la fattispecie B, nonostante la mancanza di una diagnosi energetica o certificazioni energetiche recenti, che avrebbe implicato di far rientrare il servizio entro la fattispecie A di durata triennale.

3.3.4. Con una seconda censura denunciava la violazione dell'art. 4.3 del citato decreto ministeriale perché era stato richiesto all'aggiudicataria di ottenere entro il primo anno di vigenza contrattuale una riduzione stimata dell'indice di energia primaria per la climatizzazione invernale di almeno il 5%, senza tuttavia aver messo a disposizione dei concorrenti la documentazione necessaria e prescritta dal predetto art. 4.3 e, in particolare, la certificazione e le diagnosi energetiche, i dati tecnici relativi almeno ai precedenti due anni, il libretto di impianto o di centrale con annotati i principali dati dell'impianto e i risultati delle prove di efficienza della combustione; i dati relativi alle gestioni precedenti, possibilmente in formato elettronico, comprese le fatture di fornitura dei vettori energetici. Tutto ciò, nella prospettazione attorea,

genererebbe un indebito vantaggio concorrenziale a favore del gestore uscente, l'unico in grado di conoscere nel dettaglio gli elementi necessari a formulare un'offerta competitiva e basata su dati tecnici attendibili.

4. Il Tribunale amministrativo regionale per il Veneto (Sezione Prima) con la sentenza n. 946/2020 ha rigetto il ricorso nel merito, assorbendo l'eccezione in rito formulata dalla controinteressata e dall'Amministrazione circa la tardività della censura di cui al terzo motivo, che a loro avviso avrebbe dovuto essere articolata con l'impugnativa tempestiva del bando di gara.

5. Avverso tale sentenza Carbotermo ha reiterato, nel presente grado di giudizio, unicamente il secondo e terzo motivo del ricorso di *prime cure*, relativi rispettivamente alla violazione dell'art. 77 d.lgs. 50/2016 e alla violazione della normativa in materia di CAM, abbandonando il primo motivo, volto a censurare la mancata suddivisione in lotti dell'appalto.

5.1. In particolare con il primo motivo di appello, di carattere assorbente in quanto formulato in via principale, parte appellante contestando l'operato dell'Amministrazione sul piano della carenza della documentazione energetica (certificazioni e diagnosi energetiche), ha sostenuto che l'appalto oggetto della gara non avrebbe potuto avere una durata superiore ai tre anni, opinando, sostanzialmente, che l'Amministrazione provinciale avrebbe dovuto ricondurre la gara al caso "A" dell'Allegato I par. 2 del D.M. 7.3.2012, con il corollario, evidentemente, che la procedura avrebbe dovuto essere finalizzata a consentire alla Stazione Appaltante di acquisire le informazioni necessarie ad avviare un percorso proteso a definire correttamente le modalità di riqualificazione energetico-ambientale degli impianti e degli edifici.

Sennonché, la Provincia di Verona, in tesi di parte appellante, aveva dato corso alla gara sussumendo l'appalto nel caso "B" dell'Allegato I par. 2 del menzionato D.M. 7.3.2012; la possibilità di ricorrere al caso "B" presupporrebbe peraltro il possesso, in capo all'Ente appaltante, delle certificazioni e diagnosi energetiche, enucleate al par. 5.4.1 dell'Allegato 1 al D.M. 7.3.2012.

5.2. Ha quindi censurato la sentenza di prime cure deducendo: Erroneo rigetto del terzo motivo del ricorso di primo grado. Error in iudicando: falsa applicazione degli articoli 30, 34 e 71 del D.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, del DM 7 marzo 2012, dell'art. 76, comma 1 della Direttiva 24/14/UE; error in iudicando ed in procedendo: violazione falsa applicazione dell'art. 64, comma 2, cpa, evidenziando come la sentenza gravata (pur riconoscendo l'applicabilità alla fattispecie del decreto CAM e la corretta ricostruzione delle differenze fra Caso A e Caso B), aveva tuttavia, respinto nel merito il ricorso, ritenendo sussistenti tutti i presupposti per la corretta applicazione del Caso B.

6. Con memoria depositata in data 29.01.2021, SIRAM s.p.a. ha riproposto, ai sensi dell'art. 101, comma 2 c.p.a., le eccezioni in rito sollevate in *prime cure* avverso il motivo afferente alla (asserita) violazione dei CAM, ritenute assorbite dal Tar Veneto in forza del rigetto nel merito del motivo stesso.

7. All'esito dell'Udienza Pubblica del 15.07.2021, questa sezione con Ordinanza n. 5425/2021 pubblicata il 19.07.2021, ha disposto una verifica "che

*– previa ricostruzione della normativa primaria e secondaria applicabile alla gara oggetto del presente contenzioso, in particolare quanto ai criteri ambientali minimi adottati con decreto ministeriale, relativo ai servizi di riscaldamento, di cui al d.m. 7 marzo 2012 – abbia ad oggetto le diagnosi energetiche e le certificazioni energetiche sugli impianti e gli edifici interessati attualmente nella disponibilità della stazione appaltante, al fine di:*

*- accertare l'attualità e lo stato di aggiornamento delle dette diagnosi e certificazioni energetiche, quindi la loro validità al momento di indizione della gara, alla stregua della normativa applicabile, tenuto conto che il bando di gara è stato pubblicato nella GURI n. 40 del 26 aprile 2019;*

*- verificare se la stazione appaltante si trovasse nella possibilità di affidare i servizi di riscaldamento/raffrescamento con contratto riconducibile al caso "B" di cui al citato d.m."*

7.1. Il verificatore con la citata ordinanza è stato individuato nel direttore della D.G. Economia Circolare del Ministero della Transizione Ecologica, dott.

Renato Grimaldi, con facoltà di delega ad altro funzionario dello stesso Ufficio.

7.2. Il termine ultimo per il deposito in giudizio della Relazione di verifica è stato, da ultimo e giusta Ordinanza n. 832021 del 14.12.2021, che ha confermato l'Udienza Pubblica del 21.04.2022, differito al 10.03.2022.

8. Il Verificatore (poi individuato, avvalendosi della facoltà di delega, nella persona del Dr. Eugenio De Francesco, Dirigente del Ministero della Transizione Ecologica – Direzione Generale per l'Economia Circolare – Divisione II – Politiche per la transizione ecologica e l'economia circolare) ha depositato la citata Relazione in data 25.03.2022, accertando l'attualità e l'aggiornamento, e quindi la validità delle certificazioni energetiche al momento di indizione della gara e per contro la non attualità ed il mancato aggiornamento e quindi la mancanza di validità delle diagnosi energetiche, affermando che la stazione appaltante non si trovasse nella possibilità di affidare i servizi di riscaldamento/raffrescamento con contratto riconducibile al caso "B" di cui al citato DM (segnalando, altresì, che dette certificazioni e diagnosi non erano state allegate alla documentazione di gara, laddove detta allegazione costituirebbe condizione presupposto per poter validamente bandire la gara ai sensi del caso "B" del DM 7/3/2012).

9. In vista della trattazione nel merito del ricorso le parti hanno depositato documenti e memorie difensive ex art. 73 comma 3 c.p.a..

10. La causa è stata trattenuta in decisione all'esito dell'udienza pubblica del 21 aprile 2022.

## DIRITTO

11. Va esaminato prioritariamente il primo motivo, avendo la medesima società appellante graduato espressamente le censure, qualificando tale primo motivo – di riproposizione del terzo motivo del ricorso di *prime cure* e di critica della sentenza appellata nella parte in cui lo aveva disatteso – come di carattere assorbente ed il secondo motivo come meramente subordinato.

11.1. E' infatti noto che la graduazione dei motivi di ricorso, secondo il noto arresto di cui alla sentenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 5 del 2015, è nella disponibilità della parte, con la sola eccezione dei motivi di ricorso da considerarsi di carattere assorbente *ex lege*, come ad esempio il motivo prospettante un vizio di incompetenza nelle sue varie accezioni.

Alla stregua di tali rilievi il secondo motivo di appello, qualificato espressamente dalla parte come motivo subordinato, verrà esaminato solo in ipotesi di ritenuta infondatezza del primo motivo.

12. Con il primo motivo la società Cabotermo ha censurato la sentenza gravata nella parte in cui aveva rigettato il terzo motivo del ricorso di primo grado, con cui si era dedotto il mancato rispetto dei Criteri Minimi Ambientali, in contrasto con quanto imposto dagli art. 34 e 71 del codice dei contratti, nel testo modificato dall'articolo 22, comma 1, lettera a), b) e c), del D.Lgs 19 aprile 2017, n. 56.

Carbotermo aveva infatti eccepito un primo profilo di violazione del decreto CAM (artt. 2 e 4.3, nonché 5.4 sempre dell'allegato 1), in quanto la Stazione appaltante aveva posto in affidamento un contratto, sussumibile nel caso B, senza già avere a disposizione le diagnosi energetiche né le certificazioni energetiche aggiornate.

Carbotermo, inoltre, aveva contestato quale secondo profilo di violazione, il mancato rispetto dell'art. 4.3 del decreto CAM a mente del quale *“In particolare, allo scopo di ridurre l'impatto ambientale dei servizi energetici oggetto dell'appalto è fondamentale che la stazione appaltante fornisca nei documenti di gara .... certificazione e diagnosi energetiche e tutti i dati tecnici di cui è in possesso, relativi almeno ai precedenti due anni. La stazione appaltante deve quindi mettere a disposizione dei partecipanti alla gara d'appalto tutti i dati disponibili relativi alle gestioni precedenti, possibilmente in formato elettronico, comprese le fatture di fornitura dei vettori energetici e ogni altro dato disponibile utile a conoscere la situazione degli impianti e le relative prestazioni, -- delle esigenze di: --- confort termo-igrometrico e qualità dell'aria, --- fornitura di acqua calda sanitaria...”*.

Nella fattispecie infatti, la stazione appaltante, in tesi attorea, non aveva messo a disposizione dei concorrenti:

- né gli Attestati di Prestazione Energetica, né le diagnosi energetiche (tanto aggiornate, che non aggiornate);
- le bollette/ fatture di fornitura dei vettori energetici, termici ed elettrici, ma si era limitata ad indicare il consumo medio e la richiesta di energia termica media rispetto alle ultime 3 annualità.

12.1. La sentenza di *prime cure* (pur riconoscendo l'applicabilità alla fattispecie del decreto CAM e la corretta ricostruzione delle differenze fra Caso A e Caso B), aveva, tuttavia, respinto nel merito il motivo, ritenendo sussistenti tutti i presupposti per la corretta applicazione del Caso B, sulla base dei seguenti rilievi:

*“Sul punto va premesso che il citato decreto ministeriale per le procedure di affidamento dei servizi di riscaldamento prevede due ipotesi A e B, a seconda del diverso livello di conoscenza energetica della stazione appaltante rispetto ai propri immobili. La Provincia di Verona deduce che il servizio di gestione e manutenzione impianti termici con approvvigionamento dei combustibili, è esternalizzato da circa un ventennio (dalla stagione termica 2001-2002), mediante appalti ad evidenza pubblica comunitaria, attraverso i quali sono stati acquisiti tutti i dati previsti per l'ipotesi “A” del predetto decreto. E' sulla base di tali dati che sono stati previsti, nell'indire ciascuna gara di appalto, gli interventi di efficientamento energetico mirati al miglioramento del patrimonio immobiliare.*

*- “Le censure proposte con il terzo motivo non colgono nel segno, perché si basano su una lettura formalistica degli oneri posti a carico della stazione appaltante dal citato DM 7 marzo 2012, senza tener conto che, senza violare tali prescrizioni, deve ritenersi possibile provvedere all'obbligo di mettere a disposizione la predetta documentazione in forme equipollenti a quelle espressamente previste in via esemplificativa dal decreto, a condizione che, come è avvenuto nel caso di specie, la stazione appaltante preveda in concreto la possibilità per il concorrente di acquisire comunque tutti i dati necessari alla formulazione dell'offerta”;*

*“... la ricorrente lamenta che non siano state messe a disposizione le fatture. L’Amministrazione provinciale replica di non essere materialmente in possesso delle fatture perché sono intestate al gestore del servizio, ma di avere messo a disposizione i dati caratteristici degli immobili, tra cui i consumi medi di combustibile rilevati negli ultimi tre anni, distinti per singolo edificio, dai quali è possibile trarre gli stessi elementi conoscitivi che si potrebbero ricavare dall’esame delle fatture. L’art. 4.3 del DM 7 marzo 2012, “...non pone un obbligo tassativo ed inderogabile di mettere a disposizione le fatture, e nella norma di chiusura chiarisce che i dati da fornire devono corrispondere al criterio finalistico di far “conoscere la situazione degli impianti e le relative prestazioni”. Una volta che la documentazione messa a disposizione corrisponda a questa esigenza, e la parte ricorrente, come nel caso in esame, non provi in modo circostanziato e specifico quali siano i dati mancanti per poter formulare l’offerta, deve ritenersi che la documentazione messa a disposizione sia sufficiente (secondo quanto precisa la Provincia nelle proprie difese i consumi medi di combustibile rilevati negli ultimi tre anni, distinti per singolo edificio, consentono di conoscere le caratteristiche dello stesso riferite al numero di ore di funzionamento e all’andamento climatico, ed essendo dati estrapolati dalla lettura diretta del contatore di ciascun impianto, hanno la stessa attendibilità delle fatture al fine di documentare i consumi)”;*

*-“L’art. 12.5 del capitolato speciale precisa inoltre che la stazione appaltante è in possesso delle certificazioni energetiche elaborate per gli edifici, e che devono essere oggetto di aggiornamento da parte dell’aggiudicatario. I relativi dati sono resi disponibili all’ingresso di tutti gli edifici nei quali è apposta, come previsto dalle norme vigenti, la targa di prestazione energetica riepilogativa della specifica diagnosi, e potevano comunque essere conosciuti mediante un sopralluogo o mediante richiesta alla stazione appaltante, trattandosi di documentazione presente solo in formato cartaceo e molto voluminosa. Sul punto peraltro nel corso della procedura la ricorrente non ha rivolto alcuna domanda né ha richiesto dei chiarimenti”;*

*- “Infine va ricordato che la normativa di gara imponeva ai concorrenti di eseguire almeno un sopralluogo...”.*

12.2. La società appellante ha criticato i passaggi motivazionali della sentenza gravata affermando di non avere affatto, al contrario di quanto in essa ritenuto, prospettato un'applicazione formalistica del decreto CAM, avendo per contro lamentato che nella fattispecie de qua non ricorrevano i presupposti per l'applicazione del caso B, posto che la stazione appaltante non disponeva di diagnosi e certificazione energetiche (aggiornate), ma invece aveva solo dato atto che le diagnosi e le certificazioni in suo possesso erano non aggiornate, con conseguente obbligazione contrattuale dell'aggiudicatario di provvedere al relativo aggiornamento; il che dimostrerebbe l'alterità delle stesse rispetto ai presupposti, vincolati, per l'applicazione del caso B), stabiliti, in via non derogabile, dal decreto CAM.

Né d'altro canto al deficit di informazioni mancanti poteva ovviarsi per il tramite dell'obbligo, posto a carico dei partecipanti, di effettuare il sopralluogo, in quanto come ritenuto dalla giurisprudenza, la irrilevanza delle lacune informative e documentali non potrebbe inferirsi a cagione della necessità per il partecipante (prevista nella legge di gara) di procedere al sopralluogo, stante all'evidenza l'impossibilità di invocare una sorta di equipollenza tra i ridetti adempimenti documentali ed informativi e le conoscenze eventualmente acquisibili *motu proprio* dal partecipante alla gara in sede di sopralluogo, venendo in rilievo obblighi di informazione:

- ineludibilmente gravanti in capo alla Amministrazione;
- conformanti la discrezionale potestas di modulazione degli atti di gara, assumendo pertanto una valenza di eterointegrazione della *lex specialis*.

12.2.1. La sentenza appellata sarebbe quindi erronea poiché - nonostante il decreto CAM individui come presupposto tassativo per l'indizione di un appalto sussumibile nel caso Caso B la disponibilità di diagnosi energetiche e di certificazioni energetiche aggiornate - aveva ritenuto sufficiente, senza motivazione alcuna, volta a chiarire il contrasto con il dettato normativo o regolamentare, la disponibilità di diagnosi energetiche non aggiornate (ma da aggiornare), del tutto risalenti e neppure prodotte in giudizio.

13. Ciò posto *in limine litis*, prima di procedere al vaglio di tali motivo di appello, vanno esaminate le eccezioni in rito sollevate dalla controinteressata SIRAM, dichiarate assorbite con la sentenza di *prime cure*, riproposte con la memoria di costituzione ex art. 101 comma 2 c.p.a. nonché le eccezioni in rito del pari sollevate da parte della Provincia di Verona.

13.1. La controinteressata al riguardo ha dedotto la tardività della censura atteso che la presunta violazione dei CAM da parte della lex concorsualis avrebbe reso più difficoltosa la partecipazione alla gara da parte dell'Ati Carbotermo, che si sarebbe vista privata di una serie di informazioni necessarie per la presentazione dell'offerta.

In tesi di parte controinteressata pertanto la prospettata violazione avrebbe dovuto essere censurata tempestivamente con l'impugnazione della lex specialis di gara, attesa la sua natura escludente nei termini delineati dalla giurisprudenza prevalente, in quanto per stessa ammissione dell'appellante la asserita violazione dei CAM da parte della normativa di gara avrebbe integrato un'essenziale carenza di informazioni, che avrebbe avuto l'effetto di non consentire all'Ati Carbotermo di presentare una offerta adeguata e consapevole, in condizioni di parità con l'Ati aggiudicataria.

13.1.1. Identica eccezione è stata sollevata nella memoria di discussione ex art. 73 comma 1 c.p.a. della Provincia di Verona.

13.2. SIRAM ha inoltre evidenziato la carenza di interesse in ordine al profilo relativo alla durata dell'appalto, sulla base del rilievo che se la odierna appellante avesse vinto la procedura di gara, si sarebbe giovata della maggior estensione temporale della commessa.

13.3. La Provincia di Verona inoltre, con la memoria di discussione ex art. 73 comma 1 c.p.a. sembra poi sviluppare un'eccezione di acquiescenza o contraddittorietà del motivo, sul rilievo che Carbotermo, in fase di gara, avrebbe dichiarato – conformemente al modello standard di dichiarazione redatto dalla medesima Provincia - di avere preso conoscenza di ogni informazione utile alla formulazione dell'offerta.

13.4. Le predette eccezioni in rito vanno disattese.

13.4.1. Quanto alla prima censura, relativa all'irricevibilità dell'impugnazione del bando di gara pubblicato sulla GURI n. 49 del 26 aprile 2019, e del correlativo disciplinare, approvati con determinazione n.1130 del 2 aprile 2019 adottata dal Dirigente del Servizio Edilizia e Tecnologico della Provincia di Verona, è sufficiente richiamare la recente sentenza di questa Sezione, n. 972/2021, dalla quale non vi è motivo di discostarsi, che ha disatteso identica eccezione in un caso del tutto analogo.

Con tale sentenza si è condivisibilmente affermato che *“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). 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 (non) avente portata immediatamente escludente o impeditiva della partecipazione alla gara".*

13.4.2. Alla stregua di tali rilievi da disattesa anche la censura di inammissibilità della censura riferita alla durata dell'appalto per difetto di interesse, atteso che parte appellante mira alla riedizione di una gara illegittima, in quanto bandita come rientrante nel caso B di cui al DM 7 marzo 2012 – per la durata del termine massimo di dieci anni – in assenza dei relativi

presupposti normativi ed e in violazione della *par condicio*, per non avere la stazione appaltante messo a disposizione di tutti i concorrenti le prescritte documentazioni, con deficit informativo lesivo della posizione degli operatori economici diversi dal gestore uscente.

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).

Ciò senza mancare di evidenziare, rispetto alla fattispecie de qua, che in presenza di una gara asseritamente illegittima, la maggiore durata dell'appalto, sottraendo per un tempo ancora più lungo al mercato la riedizione della procedura volta al nuovo affidamento, assume *ex se* connotato lesivo.

13.4.3. In relazione al terzo profilo di inammissibilità per acquiescenza, sotteso alle difese della Provincia di Verona, può prescindersi dal rilievo della sua tardività, sollevato da parte appellante con la memoria di replica ex art. 73 comma 1 c.p.a., in ragione della sua infondatezza. Ed invero la dichiarazione resa da parte di Cabotermo nella propria domanda di partecipazione, conformemente al modello standard redatto dalla medesima Provincia, di avere preso conoscenza di ogni informazione utile alla formulazione dell'offerta, in realtà è *claris verbis* riferibile alla sola offerta economica, laddove nell'ipotesi di specie non viene in rilievo la sostenibilità dell'offerta economica, discutendosi, invece, del rispetto del decreto CAM, nella prospettiva del Caso B ivi disciplinato, e di quanto attiene alla offerta tecnica. Infatti dalla disamina del relativo documento (allegato n. 16 della produzione della Provincia di Verona) si evince che Cabotermo aveva dichiarato:

- *“di aver acquisito formale autorizzazione da parte del RUP e che è stata presa visione dei luoghi interessati dai servizi/lavori”;*

- *“di ritenere remunerativa l’offerta economica presentata giacché per la sua formulazione ha preso atto e tenuto conto: a) ....; b) di tutte le circostanze generali, particolari e locali, nessuna esclusa ed eccettuata, che possono aver influito o influire (...) sulla determinazione della propria offerta”;*

- *“di aver preso piena conoscenza del Bando di gara, del disciplinare di gara, del progetto e degli altri documenti ad essi allegati, ovvero richiamati e citati, (...)”*

La seconda dichiarazione, relativa alla conoscenza di tutte le circostanze utili alla presentazione dell’offerta, in quanto collegata alla dichiarazione di remuneratività dell’offerta, è in realtà relativa alla presentazione dell’offerta economica, mentre la terza dichiarazione afferisce alla mera (generica) dichiarazione di conoscenza della lex specialis di gara, dei relativi allegati, nonché dei documenti comunque in essa citati, laddove comunque senza dubbio nell’ipotesi di specie, secondo quanto di seguito specificato, non sono state in ogni caso messe a disposizione le diagnosi energetiche.

14. Nel merito il primo motivo di appello deve ritenersi fondato alla luce delle risultanze della disposta verifica, da cui non vi è motivo di discostarsi.

15. La gara de qua, come sottolineato dal verificatore – con riferimento al patrimonio immobiliare, di proprietà od in uso, dell’Amministrazione Provinciale di Verona – riguarda, rispettivamente, (in via principale) il Servizio energia, ai sensi del D.Lgs. 115/08, ed (in via secondaria) i Servizi di gestione e manutenzione degli impianti termici con assunzione del Ruolo di Terzo Responsabile ai sensi del D.P.R. 74/2013, compresa la fornitura di combustibile, i Servizi di gestione e manutenzione degli impianti termici e di condizionamento con assunzione del Ruolo di Terzo Responsabile ai sensi del DPR 74/2013, compresa la fornitura di combustibile, i Servizi di gestione e manutenzione dei dispositivi antincendio e di illuminazione di emergenza, i Servizi di gestione e manutenzione degli impianti elevatori, i Servizi di gestione e manutenzione degli impianti elettrici, i Servizi di gestione e manutenzione degli impianti idrico sanitari e delle reti di scarico acque nere.

16. Come noto il D.Lgs n. 50/2016 (Codice dei contratti pubblici) all'art. 34 prevede l'obbligo, per la stazione appaltante – al fine di conseguire gli obiettivi ambientali previsti dal Piano di Azione Nazionale sul Green Public Procurement (PAN GPP) – di inserire, nella documentazione allegata ai bandi di gara, almeno delle specifiche tecniche e delle clausole contrattuali contenute nei Criteri Ambientali Minimi (CAM) adottati con decreto del Ministro dell'Ambiente e della tutela del territorio e del mare (DM).

16.1. Segnatamente l'articolo 34, comma 1, del Codice dei contratti pubblici prescrive 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 (...)”*.

Il comma 2 del medesimo articolo 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 (...)”*, mentre il successivo comma 3 stabilisce 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”*.

16.2. L'art. 71, comma 1, quarto periodo, d.lvo cit., a sua volta, dispone che i bandi di gara, da redigere conformemente ai bandi tipo adottati dall'ANAC, *“contengono altresì i criteri ambientali minimi di cui all'articolo 34”*.

16.3. Il “Piano d'azione” di cui all'art. 34 del Codice dei contratti pubblici è a sua volta previsto dai commi 1126 e 1127 dell'articolo 1 della legge 27 dicembre 2006, n. 296 (legge finanziaria 2007).

16.3.1. Segnatamente il comma 1126 stabilisce l'approvazione di un *“Piano d'azione per la sostenibilità ambientale dei consumi nel settore della pubblica*

*amministrazione*”, il quale è “*predisposto dal Ministero dell’ambiente e della tutela del territorio e del mare, di concerto con i Ministri dell’economia e delle finanze e dello sviluppo economico, d’intesa con le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano, e sottoposto alla approvazione dalla CONSIP Spa, costituita in attuazione del decreto legislativo 19 novembre 1997, n. 414*” e “*prevede l’adozione di misure volte all’integrazione delle esigenze di sostenibilità ambientale nelle procedure di acquisto di beni e servizi delle amministrazioni competenti, sulla base dei seguenti criteri: a) riduzione dell’uso delle risorse naturali; b) sostituzione delle fonti energetiche non rinnovabili con fonti rinnovabili; c) riduzione della produzione di rifiuti; d) riduzione delle emissioni inquinanti; e) riduzione dei rischi ambientali*”.

16.3.2. Secondo quanto stabilito dal successivo comma 1127, “*Il piano di cui al comma 1126 indica gli obiettivi di sostenibilità ambientale da raggiungere per gli acquisti nelle seguenti categorie merceologiche: a) arredi; b) materiali da costruzione; c) manutenzione delle strade; d) gestione del verde pubblico; e) illuminazione e riscaldamento; f) elettronica; g) tessile; h) cancelleria; i) ristorazione; l) materiali per l’igiene; m) trasporti*”.

Nell’ipotesi di specie si verte senza dubbio in materia di appalto rientrante nella fattispecie sub e) (illuminazione e riscaldamento).

16.3.3. Il “Piano d’azione”, approvato con decreto ministeriale 11 aprile 2008 e successivamente aggiornato con decreto ministeriale 10 aprile 2013, ha previsto a sua volta il rinvio ad appositi decreti emanati dal Ministero dell’ambiente e della tutela del territorio e del mare per l’individuazione di un set di criteri ambientali “minimi” (c.d. CAM) per ciascuna tipologia di acquisto che ricade nell’ambito delle categorie merceologiche individuate (§ 4.1, come sostituito dal d.m. 10.4.2013).

16.4. L’obbligo del rispetto dei CAM nell’ambito degli appalti pubblici è stata assicurata nel nostro ordinamento, dapprima in forza dell’art. 18 della Legge n. 221/2015, che ha aggiunto l’art. 68 bis al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, e, successivamente, come detto, dell’art. 34 recante “Criteri di sostenibilità energetica e ambientale” del D.Lgs. n. 50/2016 “Codice dei

contratti pubblici” (modificato dal D.Lgs. n. 56/2017), che ne hanno reso obbligatoria l’applicazione da parte di tutte le stazioni appaltanti.

Questo obbligo garantisce che la politica nazionale in materia di appalti pubblici verdi sia incisiva non solo nell’obiettivo di ridurre gli impatti ambientali, ma nell’obiettivo di promuovere modelli di produzione e consumo più sostenibili, “circolari” e nel diffondere l’occupazione “verde”.

Oltre alla valorizzazione della qualità ambientale e al rispetto dei criteri sociali, l’applicazione dei CAM risponde anche all’esigenza della Pubblica Amministrazione di razionalizzare i propri consumi, riducendone ove possibile la spesa.

16.5. I CAM d’interesse per la fattispecie de qua, relativi ai servizi di riscaldamento/raffrescamento ed illuminazione e forza motrice, attualmente in vigore, sono stabiliti e disciplinati dal DM 7/3/2012 recante *“Adozione dei 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 raffrescamento e riscaldamento”* pubblicato su GU Serie Generale n. 74 del 28-03-2012.

Detto DM 7/3/2012, nell’Allegato 1, paragrafo 2, distingue due tipologie di casi:

- a) Il caso “A”;
- b) Il caso “B”;

CASO “A” – *“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.*

*In questo caso l’applicazione dei criteri descritti nelle schede 5.1 (servizio di illuminazione e FM) e 5.3 (servizio di riscaldamento/raffrescamento) consente alla stazione appaltante di acquisire le informazioni necessarie ad avviare un percorso che la porti a definire correttamente le modalità di riqualificazione energetico ambientale degli impianti e degli edifici.*

*I criteri infatti prevedono che l'appaltatore, nell'ambito di un contratto d'appalto di durata limitata (non superiore a 3 anni), oltre a:*

*a. fornire energia elettrica/termica e/o combustibili;*

*b. gestire gli impianti e fare manutenzione;*

*con modalità tali da ridurre gli impatti ambientali, provveda anche, ove mancante, a:*

*c. mettere a norma gli impianti;*

*d. raccogliere ed informatizzare i dati storici disponibili sugli impianti,*

*e. realizzare sistemi di gestione e monitoraggio degli impianti e sistemi di monitoraggio delle condizioni climatiche,*

*g. redigere analisi, certificazione e diagnosi energetico-ambientali degli impianti e degli edifici,*

*h. redigere un progetto definitivo di interventi di riqualificazione energetico ambientale di impianti ed edifici. Il progetto deve comprendere una stima dei tempi e dei costi necessari per la sua realizzazione ed una valutazione della possibilità di accedere agli incentivi o agli altri strumenti eventualmente previsti dalle leggi vigenti, come ad esempio i titoli di efficienza energetica.*

*Sulla base di quanto realizzato dall'appaltatore nell'ambito del contratto, la stazione appaltante potrà successivamente realizzare interventi di riqualificazione atti a ridurre gli impatti ambientali dei propri impianti.*

*CASO "B" - 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. In tal caso la stazione appaltante utilizza i criteri definiti nelle schede 5.2 e 5.4, rispettivamente per i servizi di illuminazione e FM e di riscaldamento/raffrescamento. La durata del contratto sarà tale da consentire all'appaltatore di realizzare gli interventi necessari alla riduzione degli impatti ambientali.....*

*Per ciascun criterio ambientale sotto la voce "verifica" sono indicati i documenti che l'offerente è tenuto a presentare per dimostrare il rispetto del criterio. Sono altresì indicati gli eventuali mezzi di prova che possono garantire la conformità ai criteri e che la stazione appaltante può accettare al posto delle prove dirette. Per le condizioni di esecuzione/clausole*

*contrattuali la verifica del rispetto del criterio sarà effettuata in fase di esecuzione del contratto.*

*I criteri sono definiti modo da poter essere copiati ed incollati nei documenti di gara”.*

17. Come si evince dalla normativa sopra riportata ed evidenziato dal verificatore, i due casi (“A” e “B”), sono nettamente distinti sotto differenti profili.

Differenti, infatti, sono le fattispecie iniziali, differenti le finalità, differenti le Schede dei criteri, differenti le modalità di utilizzo dei criteri, differenti i compiti in capo all'appaltatore, differente la durata del contratto, differente il prodotto finale del contratto, differente la fattispecie finale in cui si troverà la stazione appaltante al termine del contratto ed in vista delle scelte successive.

In particolare, la finalità sottesa al caso A è quella di consentire alla stazione appaltante di acquisire le informazioni necessarie ad avviare un percorso che la porti a definire correttamente le modalità di riqualificazione energetico-ambientale degli impianti e degli edifici, mentre quella del caso B è di consentire alla stazione appaltante di stipulare un contratto servizio energia o un contratto servizio energia plus.

17.1. Il caso B, come detto, presuppone infatti che la stazione appaltante disponga già di diagnosi e certificazioni energetiche degli impianti e degli edifici, da intendersi, secondo quanto di seguito specificato, come diagnosi e certificazioni energetiche aggiornate.

18. La certificazione energetica, ai sensi del D.Lgs. 192/2005 (recante Attuazione della direttiva 2002/91/CE relativa al rendimento energetico nell'edilizia) è il documento redatto nel rispetto delle norme contenute nel medesimo decreto (192/2005), attestante la prestazione energetica ed eventualmente alcuni parametri energetici caratteristici dell'edificio.

18.1. La diagnosi energetica, ai sensi del D.Lgs. 115/2008 (recante 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) e del D.Lgs. 102/2014 (recante Attuazione della direttiva 2012/27/UE sull'efficienza

energetica, che modifica le direttive 2009/125/CE e 2010/30/UE e abroga le direttive 2004/8/CE e 2006/32/CE), è *“una procedura sistematica volta a fornire un'adeguata conoscenza del profilo di consumo energetico di un edificio o gruppo di edifici, di una attività o impianto industriale o di servizi pubblici o privati, ad individuare e quantificare le opportunità di risparmio energetico sotto il profilo costi-benefici e riferire in merito ai risultati”*.

18.2. Mentre, per un verso, il paragrafo 2 (dell'allegato 1 al citato DM 7/3/2012) distingue, principalmente, il caso “A” dal caso “B” in base alla circostanza che la stazione appaltante “non dispone di atti ed informazioni... sufficienti a... (caso “A”) e “dispone già di certificazioni e diagnosi (caso “B”), per altro verso, il paragrafo 5 (rectius le citate Schede, rispettivamente, 5.1, 5.2, 5.3, 5.4) distingue il caso “A” dal caso “B” facendo riferimento alla circostanza che la stazione appaltante “non dispone di certificazioni e diagnosi” (caso “A”) e “dispone già di certificazioni e diagnosi” (caso “B”).

18.2.1. Inoltre, il citato paragrafo 5 (rectius le citate Schede, rispettivamente, 5.1, 5.2, 5.3, 5.4) aggiunge un elemento nuovo: che le certificazioni e diagnosi siano *“aggiornate”*.

19. Il verificatore ha dunque accertato sulla base della normativa in materia che le certificazioni acquisite riportavano la data del 06/2009 e pertanto devono intendersi aggiornate, mentre le diagnosi, riportando varie date (riferite a diverse mensilità) del 2007 e del 2008, non potevano per contro ritenersi aggiornate.

19.1 Per le certificazioni energetiche, l'art. 6 del D.Lgs. 192/2005 (come modificato dall'art. 2 del D.Lgs. 311/2006) al comma 5 prevede infatti che *“l'attestato relativo alla certificazione energetica, rilasciato ai sensi del comma 1, ha una validità temporale massima di dieci anni a partire dal suo rilascio, ed è aggiornato ad ogni intervento di ristrutturazione che modifica la prestazione energetica dell'edificio o dell'impianto”*.

Il verificatore ha pertanto accertato che le certificazioni, così come trasmesse dalla Provincia di Verona, riportando la data del 06/2009, avevano validità

fino al 06/2019; essendo stato il bando di gara pubblicato nel mese di aprile 2019 si ricade pertanto all'interno del periodo temporale massimo di validità dei 10 anni.

19.2. Per quanto riguarda le diagnosi energetiche, il D.Lgs. 102/2014, secondo quanto evidenziato dal verificatore, prevede, all'art. 8, che le stesse debbano essere eseguite “...entro il 5 dicembre 2015 e, successivamente, ogni 4 anni”.

Pertanto il verificatore ha accertato che le stesse, così come trasmesse dalla Provincia di Verona, riportano date di vari mesi delle annualità 2007 e 2008, ma non vi sarebbe traccia né evidenza delle diagnosi da eseguirsi (ai sensi dell'art. 8 del D.lgs. 102/2014) entro il 5 dicembre 2015 o di un loro aggiornamento nei quattro anni successivi agli anni 2007 e 2008. Pertanto le diagnosi del 2007 e 2008 secondo quanto dedotto dal verificatore non sarebbero più attuali in quanto non aggiornate nel prescritto periodo temporale al momento dell'indizione della gara.

Il verificatore in ordine alla necessità in ogni caso di aggiornamento anche delle diagnosi eseguite validamente prima del 5 dicembre 2015, ha rinviato anche alle FAQ del Ministero dello Sviluppo Economico (MISE) contenute al paragrafo 5.2.

19.3. Ha altresì accertato la fondatezza della censura allegata dall'appellante nel primo motivo di appello relativa alla mancata allegazione delle citate diagnosi e certificazioni alla documentazione di gara, osservando che detta allegazione costituisca condizione e presupposto per la valida indizione della gara ai sensi del caso “B”.

Al riguardo, la provincia di Verona ha reso accessibili, su richiesta del Verificatore, anche le certificazioni e le diagnosi degli edifici e degli impianti oggetto della gara in files .pdf (non firmati digitalmente).

Il verificatore peraltro ha riscontrato come dette certificazioni e diagnosi non risultavano allegate alla documentazione di gara in quanto non v'era cenno, delle stesse, né all'interno del Capitolato Speciale di Appalto, né nell'elenco dei suoi allegati, né nei suoi allegati.

Pertanto, il Verificatore, con nota prot. n. 25349 del 1-03-2022 ha chiesto alla Provincia di Verona di conoscere se le diagnosi e le certificazioni energetiche fossero state allegate, o meno, alla documentazione di gara oppure messe in altro modo a disposizione dei concorrenti.

La Provincia di Verona, con nota prot. n. 10540 del 03-03-2022, acquisita al prot. n. 26781 in pari data ha risposto che non era stato possibile allegare alla documentazione di gara le diagnosi e le certificazioni energetiche degli edifici di pertinenza dell'appalto, sulla base del rilievo che le stesse erano disponibili unicamente su supporto cartaceo per un volume complessivo estremamente rilevante (7.900 fogli) e rinviando, sul punto, al paragrafo 12.5 del Capitolato Speciale di Appalto, ai sensi del quale le certificazioni energetiche erano state messe a disposizione dei concorrenti (ma nessun concorrente ne aveva fatto richiesta).

Sul punto, pertanto, il Verificatore ha accertato la mancata allegazione delle citate diagnosi e certificazioni alla documentazione di gara evidenziando come detta allegazione costituisse condizione e presupposto per la valida indizione della gara ai sensi del caso "B".

Né la messa a disposizione dei concorrenti della necessaria documentazione potrebbe evincersi, a detta del verificatore, dalla disciplina di gara, in quanto il paragrafo 12.5. del capitolato si limita a prescrivere che *"Nell'ambito delle attuazioni delle normative in materia di risparmio energetico, la Stazione Appaltante metterà a disposizione dell'Appaltatore le certificazioni energetiche elaborate per gli edifici affidati in Servizio Energia nel corso dell'anno 2009"*.

19.4. Il Verificatore pertanto con la relazione depositata in risposta ai quesiti posti da questa Sezione ha conclusivamente accertato la attualità e l'aggiornamento, e quindi la validità delle certificazioni energetiche al momento di indizione della gara ed accertato, per contro, la non attualità ed il mancato aggiornamento e quindi la mancanza di validità delle diagnosi energetiche, ritenendo pertanto che la stazione appaltante non si trovasse nella possibilità di affidare i servizi di riscaldamento/raffrescamento con

contratto riconducibile al caso “B” di cui al citato DM (segnalando, altresì, che dette certificazioni e diagnosi non erano state allegate alla documentazione di gara, allegazione costituente condizione e presupposto per poter validamente bandire la gara ai sensi del caso “B” del DM 7/3/2012).

20. Le risultanze della verifica in quanto fondate su un’attenta disamina della normativa in materia, della documentazione di gara e della documentazione trasmessa dalla stazione appaltante su richiesta del medesimo verificatore, sono pienamente condivisibili, non essendo per contro meritevoli di considerazione le controdeduzioni alla verifica articolate nelle memorie ex art. 73 c.p.a. dalla Provincia di Verona e dalla SIRAM s.p.a., cui peraltro ha replicato parte appellante.

20.1. La deduzione relativa all’erroneità dell’asserita non validità delle diagnosi energetiche in quanto non aggiornate negli ultimi quattro anni si fonda sul rilievo che la previsione di cui all’art. 8, comma 1, d.lgs. n. 102/2014 si applicherebbe solo alle <<grandi imprese>> di cui al precedente art. 2, comma 2 lett. v), non anche alle amministrazioni pubbliche, come precisato nei Chiarimenti del MISE pubblicati a novembre 2016.

20.1.1. Tale rilievo non appare condivisibile in considerazione della circostanza che, imponendo il Decreto CAM l’obbligo di (dotarsi o disporre di) “valide” diagnosi energetiche, la disciplina della validità delle medesime diagnosi energetiche non può che trarsi dall’unica previsione che disciplina questo aspetto: vale a dire dal citato art. 8 del D.vo 102/2014.

Pertanto, fermo restando che tale disposto si impone in via immediata alle imprese energivore, tenute all’obbligo di esecuzione della diagnosi energetica nei prescritti limiti temporali, mentre analogo obbligo non si impone in via diretta alle amministrazioni pubbliche, allorché le stesse intendano disporre una gara ai sensi del caso B dell’indicato decreto CAM, devono essere in possesso di una valida, ovvero aggiornata, diagnosi energetica, nel senso innanzi indicato.

20.1.2. Peraltro la necessità delle P.A. di dotarsi di diagnosi energetiche aggiornate prima di procedere all'affidamento di un contratto di appalto rientrante nell'ipotesi B del decreto CAM si evince dalla ratio della normativa in materia.

La diagnosi energetica si colloca infatti fra gli strumenti che perseguono l'obiettivo, fissato dall'Unione Europea, di sviluppare policy energetiche atte a promuovere una sempre maggiore efficienza energetica.

Nel contesto normativo europeo, la diagnosi energetica ha assunto un'importanza centrale con l'entrata in vigore della Direttiva 2006/32/CE (così detta. "ESD", Energy Services Directive), che definisce la diagnosi energetica come *"procedura sistematica volta a fornire un'adeguata conoscenza del profilo di consumo energetico di un edificio o gruppo di edifici, di una attività e/o impianto industriale o di servizi pubblici o privati, ad individuare e quantificare le opportunità di risparmio energetico sotto il profilo costi-benefici e riferire in merito ai risultati"* (cfr. lettera l delle "definizioni"). Già dalla lettera della disposizione si evince che la finalità della diagnosi energetica non è solo di conoscere il profilo attuale di consumo energetico dell'edificio, ma anche di essere ausilio per l'individuazione degli interventi di miglioramento della prestazione energetica. La successiva Direttiva 2012/27/UE (cosiddetta "EED", Energy Efficiency Directive), abrogando la Direttiva 2006/32/CE, ha rafforzato gli obblighi in materia di diagnosi energetiche (denominate, nella nuova direttiva, come "audit energetico").

La Direttiva n. 2012/27/UE è stata recepita dal legislatore nazionale con il D.lgs. n. 102/2014 (rubricato "Attuazione della direttiva 2012/27/UE sull'efficienza energetica"), che "considera" la diagnosi energetica agli articoli: 2 (definizioni); 5 (rubricato Miglioramento della prestazione energetica degli immobili della P.A.), commi 3 e 12 in part., 8 (rubricato Diagnosi energetiche), 16 (sanzioni), nonché 12. Quest'ultimo affida alla normazione UNI-CEI le norme tecniche in materia di diagnosi energetiche.

Occorre infine richiamare le Linee guida per la diagnosi energetica degli edifici pubblici (cfr.. Doc. 25 fascicolo di primo grado di parte appellante), adottate da ENEA nel gennaio 2019 (prima quindi della pubblicazione del bando de quo).

Al punto 7.12 delle Linee guida, nell'enucleare le differenze tra certificazioni e diagnosi energetiche, ENEA illustra che *“La DE, invece, esamina il comportamento “reale” dell'edificio, al fine di valutare gli interventi migliorativi secondo un insieme di criteri economici, energetici ed ambientali ai quali viene attribuito un peso diverso in funzione delle esigenze della committenza. Si tratta, quindi, di analizzare i dati storici di consumo, i profili di utilizzo dell'energia, le condizioni climatiche, gli impianti tecnici presenti, di modo da costruire un modello energetico dell'edificio che simuli l'uso “effettivo” dell'energia. La metodologia di calcolo non è standardizzata bensì risponde alle diverse condizioni al contorno di ciascun edificio ed al grado di approfondimento stabilito”*.

È, dunque, palese, sulla base di tali rilievi, come evidenziato da parte appellante, come la diagnosi debba essere, per sua stessa natura e finalità, attuale rispetto alla valutazione degli interventi di efficientamento da attuare, risultando diversamente non solo inutile rispetto all'obiettivo normativo per la quale è prevista (ossia quello di “individuare e quantificare le opportunità di risparmio energetico sotto il profilo costi-benefici).

20.1.3. Peraltro, anche a volere aderire alla tesi della stazione appaltante e della controinteressata, in realtà non condivisibile, secondo cui l'obbligo di aggiornamento delle diagnosi in capo agli Enti pubblici non sarebbe correlato, al contrario delle grandi imprese, al rispetto di una rigida e predeterminata cadenza temporale, quanto, piuttosto, alla circostanza che sull'immobile siano stati espletati interventi che determinano la necessità di eseguire detto aggiornamento (per cui in assenza di tali interventi le diagnosi energetiche relative a un edificio pubblico sarebbe sempre vigenti e attuali), si dovrebbe pervenire alla conclusione che le diagnosi energetiche non fossero comunque valide nell'ipotesi de qua, atteso che, come dedotto da parte appellante nella

memoria di replica, la necessità di aggiornamento delle diagnosi energetiche si evincerebbe:

*“i) dall’affermazione della medesima Provincia che nel 2009 (due anni dopo le diagnosi energetiche risalenti al 2007/2008) sono state “installate su ogni impianto, specifiche apparecchiature nuove” (cfr. memoria 5 aprile 2022, pag. 9);*

*ii) e ancor di più dalla circostanza (attestata nel ns doc. 11 di primo grado) che la Provincia nel 2012 ha affidato (per 5 anni), sempre alla controinteressata, il (precedente) contratto di appalto del servizio energia, con oggetto corrispondente alla definizione di cui agli artt. 2 e 4 dell’all. II al decreto legislativo 115/2008. Disposizione in forza della quale il contratto servizio energia deve includere gli “interventi da effettuare per ridurre i consumi, migliorare la qualità energetica dell’immobile e degli impianti o per introdurre l’uso delle fonti rinnovabili”. Interventi che sempre la Provincia ha attestato essere stati effettivamente eseguiti nel quinquennio 2012/2017”.*

Né peraltro la stazione appaltante, cui incombeva il relativo onere probatorio, ha prodotto il contratto sottoscritto nel 2012 per dimostrare che, in contrasto con il D.lgs. 115/2008, pure lì richiamato per definire il “tipo” contrattuale, non sarebbe stata prevista l’esecuzione di interventi di efficientamento energetico.

Risulta pertanto comunque certo che le diagnosi energetiche, risalenti al 2007/2008, di cui la Provincia disponeva, al momento di indire la gara nel 2019, non erano attuali, tanto perché ultradecennali, quanto perché precedenti agli interventi di riqualificazione degli impianti presumibilmente previsti ed eseguiti in forza del contratto servizio energia sottoscritto nel 2012, con oggetto corrispondente alla definizione di cui agli artt. 2 e 4 dell’all. II al decreto legislativo 115/2008.

21. Parimenti condivisibili sono le conclusioni del verificatore in merito alla fondatezza della censura, del pari contenuta nel primo motivo di appello, delle mancata messa a disposizione, quanto meno, delle diagnosi energetiche.

La relazione di verifica ha, infatti, accertato, come innanzi osservato, che le diagnosi energetiche non erano state rese disponibili ai concorrenti (né in

via diretta, né in via indiretta, né in modalità fisica, né in modalità digitale, né virtualmente tramite link). Ha altresì accertato, sulla base del capitolato (paragrafo 12.5, in particolare), che le stesse non erano state neppure menzionate negli atti di gara, nella qualità di documentazione esistente, laddove, in base alla normativa in materia l'allegazione delle diagnosi energetiche, costituisce condizione e presupposto per poter validamente bandire la gara ai sensi del caso "B" del DM 7/3/2012" ai sensi dell'art. 4.3 del decreto CAM il quale stabilisce che *"In particolare, allo scopo di ridurre l'impatto ambientale dei servizi energetici oggetto dell'appalto è fondamentale che la stazione appaltante fornisca, nei documenti di gara, la corretta descrizione:*

*- degli edifici e degli impianti, attraverso disegni e rilievi, certificazione e diagnosi energetiche e tutti i dati tecnici di cui è in possesso, relativi almeno ai precedenti due anni.."*

21.1. Detto rilievo depone pertanto senza dubbio per la fondatezza del capo di appello in esame, perché, come accertato anche dal Verificatore, la stazione appaltante non ha affatto messo a disposizione dei concorrenti le diagnosi energetiche (le quali, del resto, non erano neppure indicate come esistenti ed in suo possesso nella documentazione di gara e comunque non erano aggiornate).

21.2. Né può condividersi la prospettazione contenuta nelle memorie ex art. 73 c.p.a. della Provincia di Verona e della controinteressata secondo cui detto quesito non sarebbe stato espressamente demandato al verificatore in quanto il quesito indicato nell'ordinanza di verifica è ampio ed include la "ricostruzione della normativa applicabile.... quanto ai criteri ambientali minimi", avendo "ad oggetto le diagnosi energetiche e le certificazioni energetiche", anche al fine di "verificare se la stazione appaltante si trovasse nella possibilità di affidare i servizi di riscaldamento/raffrescamento con contratto riconducibile al caso "B" di cui al citato d.m.". Rispondendo a tale indicazione, pertanto, il verificatore ha evidenziato che un punto essenziale della disciplina introdotta dal Decreto CAM è l'obbligo di fornire e mettere a disposizione dei concorrenti la diagnosi energetica, la quale "costituisce

condizione e presupposto per poter validamente bandire la gara ai sensi del caso B". Conseguentemente, il Verificatore ha altresì accertato, che tale condizione e presupposto non era stato rispettato dalla Provincia, la quale anche sotto questo profilo non si trovava nella possibilità di affidare i servizi di riscaldamento/raffrescamento con contratto riconducibile al caso "B" di cui al citato d.m. .

Detta quesitone peraltro, vertendo su uno dei due capi del primo motivo di appello non poteva che intendersi demandata al verificatore nell'ambito dell'ampio quesito vertente sulla legittimità della procedura indetta ai sensi del caso B di cui al citato decreto CAM.

21.3. Neppure condivisibile è la prospettazione secondo la quale sarebbe stato onere di parte appellante dimostrare la mancata messa a disposizione delle diagnosi energetiche, avendo la stessa allegato detta circostanza e ricadendo per contro l'onere probatorio di segno contrario sulla stazione appaltante, stante l'impossibilità di prova negativa; ciò senza mancare di rilevare che la mancata messa a disposizione si evince *a contrario*, secondo quanto indicato dal verificatore, dal citato paragrafo 12.5. del capitolato di gara che fa riferimento alla sola messa a disposizione dell'appaltatore dei certificati energetici.

22. In considerazione di tali superiori rilievi l'appello va accolto, con assorbimento del secondo motivo formulato in via meramente subordinata, con conseguente accoglimento del ricorso di primo grado e annullamento del bando di gara e del conseguenziale provvedimento di aggiudicazione.

23. Sussistono nondimeno eccezionali e gravi motivi, avuto riguardo alla complessità delle questioni, per compensare le spese di lite del doppio grado.

23.1. Le spese della disposta verifica vanno per contro poste a carico della Provincia di Verona, avuto riguardo al principio della soccombenza ed al rilievo che la procedura di gara è stata annullata per illegittimità della *lex specialis* di gara.

Le stesse peraltro verranno liquidate con separato decreto, nel rispetto del principio del contraddittorio, non potendosi tenere conto in questa sede della proposta di liquidazione in quanto depositata solamente dopo il passaggio in decisione della causa.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l'effetto, in riforma della sentenza appellata, accoglie il ricorso di primo grado con conseguente annullamento del bando di gara e del provvedimento di aggiudicazione.

Compensa le spese di lite fra le parti, ponendo le spese della disposta verifica, da liquidarsi con separato decreto, a carico della Provincia di Verona.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 21 aprile 2022 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Caringella, Presidente

Federico Di Matteo, Consigliere

Angela Rotondano, Consigliere

Elena Quadri, Consigliere

Diana Caminiti, Consigliere, Estensore

**L'ESTENSORE**

**Diana Caminiti**

**IL PRESIDENTE**

**Francesco Caringella**

**IL SEGRETARIO**

