



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia

(Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 691 del 2022, proposto da

- Carbotermo S.p.A., in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentata e difesa dall'Avv. Paolo Sansone e domiciliata ai sensi dell'art. 25 cod. proc. amm.;

contro

- il Comune di Giussano, in persona del Sindaco pro-tempore, rappresentato e difeso dall'Avv. Francesco Ferrari ed elettivamente domiciliato presso lo studio dello stesso in Milano, Via Turati n. 8;

- la Provincia di Monza e della Brianza, in persona del Presidente pro-tempore, rappresentata e difesa dagli Avv.ti Maurizio Boifava ed Elisabetta Baviera e domiciliata ai sensi dell'art. 25 cod. proc. amm.;

nei confronti

- Ambrogio Moro S.p.A., in proprio e nella qualità di capogruppo mandataria del Raggruppamento temporaneo costituito con la mandante Gelsia S.r.l., in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentata e difesa dall'Avv. Romano Rotelli ed elettivamente domiciliata presso lo studio dello

stesso in Milano, Via Besana n. 4;

- CPL Concordia soc. coop., in persona del legale rappresentante pro-tempore, non costituita in giudizio;

per l'annullamento

- della determinazione dirigenziale del Comune di Giussano n. 138/2022, comunicata alla parte ricorrente con p.e.c. in data 9 marzo 2022 e successivamente pubblicata sul profilo del committente Comune, con cui è stato aggiudicato al R.T.I. tra Ambrogio Moro S.p.A. e Gelsia S.r.l. l'appalto per il servizio di gestione calore, fornitura combustibile e manutenzione degli impianti termici a servizio degli edifici comunali (CIG 810695139A);

- del Bando di gara, pubblicato sulla G.U.U.E. S249 del 27 dicembre 2019 (618779-2019-IT), e di tutti gli atti da esso richiamati e presupposti, quali, in particolare il “*disciplinare di gara*” e il “*capitolato speciale d'appalto*” e relativi allegati tutti (relazione tecnica inclusa);

- della determinazione comunale dirigenziale n. 917/2019 di indizione della procedura.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Giussano, della Provincia di Monza e della Brianza e di Ambrogio Moro S.p.A.;

Vista l'ordinanza n. 1405/2022 con cui è stata dichiarata improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse l'istanza di accesso agli atti formulata in data 13 maggio 2022 dalla ricorrente Carbotermo, ai sensi dell'art. 116, comma 2, cod. proc. amm.;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, comma 10, cod. proc. amm.;

Designato relatore il consigliere Antonio De Vita;

Uditi, all'udienza pubblica del 27 settembre 2022, i difensori delle parti, come specificato nel verbale;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue.

FATTO

Con ricorso notificato in data 7 aprile 2022 e depositato il 15 aprile successivo, la società ricorrente ha impugnato la determinazione dirigenziale del Comune di Giussano n. 138/2022, comunicata con p.e.c. in data 9 marzo 2022 e successivamente pubblicata sul profilo del committente Comune, con cui è stato aggiudicato al R.T.I. tra Ambrogio Moro S.p.A. e Gelsia S.r.l. l'appalto per il servizio di gestione calore, fornitura combustibile e manutenzione degli impianti termici a servizio degli edifici comunali (CIG 810695139A), unitamente al presupposto Bando di gara, pubblicato sulla G.U.U.E. S249 del 27 dicembre 2019 (618779-2019-IT), a tutti gli atti da esso richiamati e presupposti, quali, in particolare il “*disciplinare di gara*” e il “*capitolato speciale d'appalto*” e relativi allegati tutti (relazione tecnica inclusa), e alla determinazione comunale dirigenziale n. 917/2019 di indizione della procedura.

Il Comune di Giussano, previa adozione della Determinazione dirigenziale n. 917 del 29 novembre 2019, cui ha fatto seguito la pubblicazione del bando sulla G.U.U.E. del 27 dicembre 2019, ha indetto una procedura aperta per l'affidamento del servizio di gestione calore, fornitura combustibile e manutenzione degli impianti termici a servizio degli edifici comunali, della durata di sette anni, prorogabili fino a dieci, da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, con un importo a base di gara pari a € 3.845.509,57, oltre I.V.A. La gara è stata svolta dalla Centrale Unica di Committenza della Provincia di Monza e della Brianza per il tramite della piattaforma telematica Sintel. Dopo varie sospensioni del termine per presentare le offerte, alla scadenza del termine da ultimo stabilito (20 luglio 2020), hanno presentato offerta Eurothermo S.p.A., Raggruppamento temporaneo d'impresе tra Ambrogio Moro S.p.A. e Gelsia S.r.l., Energia & Risparmio S.r.l., CPL Concordia soc. coop. e Carbotermo S.p.A. Dopo che il seggio di gara ha escluso dalla procedura Eurothermo S.p.A., la Commissione giudicatrice ha esaminato le offerte presentate dalle restanti concorrenti e ha

stilato la seguente graduatoria: 1) Energia & Risparmio S.r.l. (punti totali 74,95); 2) Raggruppamento temporaneo d'impresе tra Ambrogio Moro S.p.A. e Gelsia S.r.l. (punti totali 57,65); 3) CPL Concordia soc. coop. (punti totali 56,20); 4) Carbotermo S.p.A. (punti totali 55,83). Dopo aver verificato la congruità dell'offerta presentata dalla prima classificata Energia & Risparmio S.r.l., è stato avviato il procedimento per l'aggiudicazione della gara in suo favore, che tuttavia non ha avuto seguito per la riscontrata carenza in capo alla predetta del requisito di cui all'art. 7.3, lett. e, del Disciplinare di gara. Quindi, si è deciso lo scorrimento della graduatoria, procedendo all'aggiudicazione della gara, per il tramite della Determinazione dirigenziale n. 138 del 1° marzo 2022, in favore del Raggruppamento tra Ambrogio Moro S.p.A. e Gelsia S.r.l., secondo classificato, visto l'esito positivo dei controlli ex art. 80 del D. Lgs. n. 50 del 2016. Il 10 marzo 2022, Carbotermo ha presentato istanza di accesso sia ai verbali della Commissione di gara, che alle offerte dei concorrenti meglio posizionati in graduatoria.

Assumendo l'erroneità nell'impostazione della legge di gara e chiedendone la rinnovazione sia integrale che parziale, la ricorrente ha eccepito la falsa applicazione degli artt. 30, 34 e 71 del D. Lgs. n. 50 del 2016, del D.M. 7 marzo 2012, dell'art. 76, comma 1, della Direttiva 24/2014/UE e l'error in iudicando e in procedendo per violazione e falsa applicazione dell'art. 64, comma 2, cod. proc. amm.

Si sono costituiti in giudizio il Comune di Giussano, la Provincia di Monza e della Brianza e Ambrogio Moro S.p.A., che hanno chiesto il rigetto del ricorso; con successive memorie i difensori del Comune e della Provincia hanno eccepito, in via preliminare, l'irricevibilità del ricorso avverso il bando di gara, stante la mancata tempestiva impugnazione dello stesso e la partecipazione alla gara della ricorrente; la difesa del Comune ha altresì eccepito l'inammissibilità del ricorso per carenza di interesse, non potendo la ricorrente trarre alcun vantaggio dalla ripetizione della gara, e per genericità e scarsa chiarezza espositiva del medesimo.

Con l'ordinanza n. 1405/2022 è stata dichiarata improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse l'istanza di accesso agli atti formulata in data 13 maggio 2022 dalla ricorrente Carbotermo, ai sensi dell'art. 116, comma 2, cod. proc. amm.

In prossimità dell'udienza di trattazione del merito della controversia, i difensori delle parti hanno depositato memorie e documentazione a sostegno delle rispettive posizioni; in particolare, la difesa della ricorrente ha replicato alle eccezioni preliminari formulate dai difensori delle controparti, deducendone l'infondatezza, e ha insistito per l'accoglimento del ricorso.

Alla pubblica udienza del 27 settembre 2022, su conforme richiesta dei difensori delle parti, la controversia è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. In via preliminare, devono essere scrutinate le eccezioni di irricevibilità e di inammissibilità del ricorso formulate dai difensori delle parti resistenti.

2. Con una prima eccezione, sia la difesa del Comune che della Provincia, hanno dedotto l'irricevibilità del ricorso, poiché in presenza di clausole impeditive della formulazione dell'offerta, e quindi immediatamente escludenti, sarebbe stato onere della parte ricorrente procedere all'immediata impugnazione della lex specialis e non attendere il termine del confronto concorrenziale per contestarne i contenuti.

2.1. L'eccezione è infondata.

Secondo un consolidato orientamento giurisprudenziale, non deve essere immediatamente impugnato un bando di gara che non contenga clausole impeditive della partecipazione alla gara, sorgendo tale onere soltanto alla conclusione della procedura in capo ai concorrenti non aggiudicatari. L'impugnazione immediata del bando rappresenta pertanto l'eccezione, visto che al momento dell'avvio della procedura, di regola, la lesione per il soggetto concorrente è potenziale, assumendo la stessa i caratteri della concretezza e dell'attualità, di norma, soltanto a conclusione della gara (Consiglio di Stato, III, 4 marzo 2019, n. 1491; 26 febbraio 2019, n. 1350). Pur essendo stata

fornita dalla giurisprudenza una nozione alquanto ampia di clausola di natura escludente – ovvero, (i) clausole impositive, ai fini della partecipazione, di oneri manifestamente incomprensibili o del tutto sproporzionati, (ii) regole che rendano la partecipazione incongruamente difficoltosa o addirittura impossibile, (iii) disposizioni abnormi o irragionevoli che rendano impossibile il calcolo di convenienza tecnica ed economica, (iv) condizioni negoziali che rendano il rapporto contrattuale eccessivamente oneroso e obiettivamente non conveniente –, nondimeno ne è stata ribadita la portata tassativa, al fine di non snaturare i presupposti necessari per poter avviare un’azione giudiziale, caratterizzata, in linea generale, dalla personalità e dal principio dispositivo, nonché dall’attualità e dalla concretezza dell’interesse azionato (Consiglio di Stato, Ad. plen., 26 aprile 2018, n. 4; 25 febbraio 2014, n. 9). Di recente, con riguardo a una fattispecie pressoché identica a quella oggetto di scrutinio, originata da un ricorso della stessa Carbotermo, è stato 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” (Consiglio di Stato, V, 5 agosto 2022, n. 6934, che richiama il proprio precedente del 3 febbraio 2021, n. 972).

2.2. Ne discende il rigetto della scrutinata eccezione.

3. Con una seconda eccezione, la difesa comunale ha eccepito la carenza di interesse della ricorrente, la quale non potrebbe ottenere alcun vantaggio da una eventuale ripetizione della gara.

3.1. L’eccezione è infondata.

Nella specie, la società ricorrente mira alla riedizione di una gara illegittima, poiché la stessa è stata bandita in violazione delle prescrizioni di cui al D.M. 7 marzo 2012 (Decreto C.A.M.); per la consolidata giurisprudenza 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 (cfr. Consiglio di Stato, V, 5 agosto 2022, n. 6934; III, 22 giugno 2018, n. 3861; V, 10 febbraio 2015, n. 687; V, 22 marzo 2012, n. 1641; V, 20 febbraio 2012, n. 892).

3.2. Anche tale eccezione deve essere respinta.

4. Con una ulteriore eccezione, la difesa del Comune ha contestato l’eccessiva genericità e la scarsa chiarezza espositiva del ricorso, in violazione del disposto di cui all’art. 40 cod. proc. amm.

4.1. L’eccezione non è fondata.

Dalla lettura del ricorso si ricavano perfettamente sia il contenuto della domanda che le ragioni fattuali e giuridiche poste a fondamento dello stesso, avuto riguardo alla tecnicità degli argomenti trattati. Attiene, poi, al merito del gravame la questione relativa alla fondatezza o meno delle pretese ivi formulate, unitamente alla verifica della compiuta ed esaustiva dimostrazione degli elementi costitutivi dello stesso. La giurisprudenza ha affermato, difatti, che i motivi di ricorso non devono essere necessariamente rubricati in modo puntuale, né devono essere espressi con formulazione giuridica assolutamente rigorosa, bastando che siano esposti con specificità sufficiente a fornire almeno un principio di prova utile alla identificazione delle tesi sostenute a

supporto della domanda finale, come altresì previsto dall'art. 40 cod. proc. amm. nel quale si richiede l'esposizione “*dei motivi specifici su cui si fonda il ricorso*” (cfr. Consiglio di Stato, III, 25 ottobre 2016, n. 4463; VI, 9 luglio 2012, n. 4006; T.A.R. Lombardia, Milano, II, 18 giugno 2018, n. 1532; anche Consiglio di Stato, III, 7 luglio 2022, n. 5650; V, 17 dicembre 2020, n. 8101). Difatti, sempre secondo una condivisibile giurisprudenza, lo scopo dell'art. 40, comma 1, lett. d), cod. proc. amm. “*è quello di incentivare la redazione di ricorsi dal contenuto chiaro e di porre argine alla prassi dei ricorsi non strutturati secondo una esatta suddivisione tra ‘fatto’ e ‘motivi’, con il conseguente rischio che trovino ingresso i c.d. ‘motivi intrusi’, ossia i motivi inseriti nelle parti del ricorso dedicate al fatto, che, a loro volta, ingenerano il rischio della pronuncia di sentenze che non esaminino tutti i motivi per la difficoltà di individuarli in modo chiaro e univoco e, di conseguenza, incorrano in un vizio revocatorio (Cons. Stato, V, 31 ottobre 2016, n. 4561; 31 marzo 2016, n. 1268; VI, 4 gennaio 2016, n. 8). Si è altresì rilevato che l'art. 40, comma 1, lett. d), Cod. proc. amm., non prescrive che il ricorso sia necessariamente articolato in una parte ‘in fatto’ e in una ‘in diritto’, graficamente distinte, sicché, per quanto tale distinzione sia preferibile e auspicabile per una maggiore chiarezza espositiva dell'atto, l'articolazione di un unico motivo, senza distinzione tra ‘fatto’ e ‘diritto’, non determina la ‘indistinzione’ dell'unico motivo, inteso e proposto quale continuum nel corpo dell'atto introduttivo del giudizio, anche di appello, purché esso soddisfi, ovviamente, il requisito della specificità (Cons. Stato, III, 10 aprile 2019, n. 2369; 21 luglio 2017, n. 3621)” (Consiglio di Stato, V, 9 aprile 2020, n. 2343).*

Nella specie, l'unica censura in diritto è stata articolata descrivendo dapprima il quadro normativo ritenuto pertinente rispetto alla fattispecie – ossia richiamando le prescrizioni del Decreto C.A.M. (punti a, b.1, b.2, b.3, b.4 e b.5) –, cui ha fatto seguito il riferimento ai precedenti giurisprudenziali – punti c.1 e c.2 –, e concludendo con le specifiche contestazioni riferite alla gara oggetto di controversia – punto d –; da una tale strutturazione si ricava la sussistenza dei “*motivi specifici su cui si fonda il ricorso*”, come richiesti dall'art. 40, comma 2, cod. proc. amm. a pena di inammissibilità del gravame, ciò essendo

indirettamente dimostrato anche dalle compiute ed esaustive difese delle parti resistenti e dalla piena comprensibilità da parte del Collegio giudicante delle questioni dedotte in giudizio. Pertanto, nella specie deve ritenersi che la redazione del ricorso, anche in ragione del principio delle libertà delle forme degli atti processuali, risulti ammissibile, non essendo predicabile avvalersi di una formalistica ed eccessivamente rigida applicazione della richiamata disposizione codicistica, tale da imporre un unico modello nella redazione degli atti processuali, la cui inosservanza ne determinerebbe l'inammissibilità (T.A.R. Lombardia, Milano, II, 3 novembre 2021, n. 2410); una interpretazione maggiormente rispettosa degli aspetti sostanziali, oltre a garantire anche nel processo amministrativo un'effettiva ottemperanza all'art. 24 Cost., non sacrificherebbe eccessivamente il diritto di difesa delle parti resistenti, né renderebbe più incerta la perimetrazione del thema decidendum, risultando altresì più coerente con i principi generali dell'ordinamento processuale, all'interno del quale, salve le peculiarità dei vari plessi giurisdizionali, deve essere garantita una comunanza di regole in grado di permettere una comunicabilità e un coordinamento tra di essi, anche per rendere effettivo l'istituto della translatio iudicii (cfr. Corte costituzionale, sentenza n. 77 del 12 marzo 2007; sull'unità funzionale, sebbene non organica, delle giurisdizioni, Corte costituzionale, sentenza n. 6 del 18 gennaio 2018).

4.2. Ne discende il rigetto anche di tale eccezione.

5. Passando all'esame del merito del ricorso, lo stesso è meritevole di accoglimento.

6. Con l'unica complessa censura del gravame si assume l'illegittimità della gara posta in essere dal Comune di Giussano, poiché la stessa, diversamente da quanto avvenuto, avrebbe dovuto essere strutturata come un appalto riconducibile al caso B del decreto C.A.M., come risulterebbe con evidenza dai contenuti prestazionali, dall'oggetto e dalla durata del servizio.

6.1. La doglianza è complessivamente fondata.

L'appalto di cui alla presente controversia, come stabilito dalla lex specialis, riguarda il “*servizio di gestione degli impianti termici degli edifici comunali per il condizionamento estivo ed invernale e la fornitura di acqua calda sanitaria, comprensivo di fornitura combustibile, al fine di ottimizzare il comfort ambientale, migliorare il benessere percepito negli ambienti interni, razionalizzare e ridurre i consumi energetici, favorire l'utilizzo di fonti rinnovabili di energia, ridurre l'inquinamento atmosferico.*”

L'Amministrazione mira a conseguire un modello di gestione di tipo globale integrato che consenta l'innovazione tecnologica e la messa a norma dei sistemi impiantistici e di controllo del sistema immobiliare utilizzato dall'Ente.

Gli obiettivi fondamentali del sistema sono:

- l'economia di gestione del servizio di erogazione dell'energia termica;
- l'innovazione e riqualificazione tecnologica degli impianti termici comunali nonché la loro messa a norma;
- l'adeguamento della documentazione prevista dalle normative vigenti, compresa la predisposizione e sottoscrizione dell'Attestato di Prestazione Energetica (APE);
- il risparmio energetico e il controllo ambientale;
- il comfort e la sicurezza negli ambienti di lavoro;
- l'implementazione della gestione telematica, informatica e automatica, dei processi manutentivi degli impianti termici comunali?” (art. 1.1 del Capitolato: all. 3 al ricorso).

In particolare, “*costituiscono oggetto dell'appalto le seguenti attività:*”

- a) *l'esercizio degli impianti termici e di climatizzazione;*
- b) *la fornitura di energia termica di riscaldamento e climatizzazione e la produzione di acqua calda ad uso sanitario;*
- c) *la manutenzione ordinaria degli impianti termici e di climatizzazione;*
- d) *la manutenzione straordinaria degli impianti termici e di climatizzazione;*
- e) *l'incarico di Terzo responsabile;*
- f) *il pronto intervento (reperibilità);*
- g) *la predisposizione e sottoscrizione della documentazione, per quanto di competenza, fino ad ottenimento delle autorizzazioni richieste dalle norme vigenti (Comune, APE, INAIL*

(EX ISPEL), VV.FF., ATS, ecc), per quanto attiene all'eventuale messa a norma delle centrali termiche oggetto dell'appalto e di tutti gli interventi, qualora necessaria di cui ai commi precedenti;

b) lo smaltimento dei rifiuti prodotti nello svolgimento dell'appalto in conformità alle leggi in vigore e la pulizia costante dei locali e accessori diretti (atri, scale, corridoi ecc.).

i) il rispetto dei criteri ambientali minimi (c.d. CAM) come descritti ed indicati ai punti 5.3 e 5.4 del DM 7 Marzo 2012 in particolare la riduzione dell'impatto ambientale e dei consumi energetici nonché del DM 11 Ottobre 2017;

j) la corretta compilazione dei libretti di centrale e/o di impianto;

k) la rendicontazione delle prestazioni degli impianti su particolari riferimenti ai consumi di energia.

l) l'esecuzione di interventi di riqualificazione tecnologica degli impianti termici e di condizionamento estivo destinati alla climatizzazione degli ambienti ed alla produzione di acqua calda ad uso sanitario, finalizzati all'uso razionale dell'energia e al contenimento dei consumi con ricorso all'utilizzo delle energie rinnovabili, nonché di interventi finalizzati alla valorizzazione del patrimonio tecnico-immobiliare di proprietà dell'Amministrazione Appaltante;

m) la progettazione esecutiva per i lavori di riqualificazione tecnologica, finalizzata all'ottenimento di tutte le certificazioni di legge (CPI INAIL (EX ISPEL), VV.FF, COMUNE, ATS);

n) il finanziamento iniziale delle opere di cui al punto precedente con il recupero dell'investimento attraverso rate annuali di ammortamento" (art. 1.2 del Capitolato: all. 3 al ricorso).

La durata dell'appalto è stata stabilita dal Bando di gara in sette (7) anni, prorogabili per ulteriori tre (3) anni, specificandosi altresì che "è onere dell'OE predisporre le diagnosi energetiche ad oggi non disponibili" (chiarimenti 1 e 2: all. 7 al ricorso).

6.2. L'art. 34, comma 1, del D. Lgs. 50 del 2016 stabilisce che "le stazioni appaltanti contribuiscono al conseguimento degli obiettivi ambientali previsti dal Piano d'azione per la sostenibilità ambientale dei consumi nel settore della pubblica

amministrazione attraverso l'inserimento, nella documentazione progettuale e di gara, almeno delle specifiche tecniche e delle clausole contrattuali contenute nei criteri ambientali minimi adottati con decreto del Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare", mentre il comma 2 prevede che "i criteri ambientali minimi definiti dal decreto di cui al comma 1, in particolare i criteri premianti, sono tenuti in considerazione anche ai fini della stesura dei documenti di gara per l'applicazione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ai sensi dell'articolo 95, comma 6".

Com'è agevole rilevare, la previsione di cui al comma 1 impone alle stazioni appaltanti l'obbligo di perseguire *"gli obiettivi ambientali previsti dal Piano d'azione per la sostenibilità ambientale dei consumi nel settore della pubblica amministrazione"*, indicando quale strumento giuridico adeguato a tale fine *"... l'inserimento, nella documentazione progettuale e di gara, almeno delle specifiche tecniche e delle clausole contrattuali contenute nei criteri ambientali minimi adottati con decreto del Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare"*.

Il *"Piano d'azione"* di cui all'art. 34 del Codice dei contratti pubblici è stato previsto dai commi 1126 e 1127 dell'art. 1 della legge n. 296 del 2006 (legge finanziaria per il 2007). In particolare, 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"*. Secondo il 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?

Pertanto, i criteri ambientali minimi, individuati nel Decreto C.A.M., rappresentano gli strumenti per il perseguimento degli obiettivi ambientali di cui al citato Piano di azione per la sostenibilità ambientale dei consumi nel settore della pubblica amministrazione e devono essere tenuti in considerazione anche ai fini della stesura dei documenti di gara per l'applicazione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa (cfr. Consiglio di Stato, V, 5 agosto 2022, n. 6934).

Tali disposizioni non hanno natura meramente programmatica, ma costituiscono obblighi immediatamente cogenti per le Stazioni appaltanti, come emerge con evidenza dal comma 3 dell'art. 34, il quale stabilisce che *“l'obbligo di cui ai commi 1 e 2 [in precedenza richiamati] 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”* (cfr. Consiglio di Stato, V, 3 febbraio 2021, n. 972).

Il Decreto C.A.M., nel dettare i *“criteri ambientali minimi da inserire nei bandi di gara della Pubblica Amministrazione per l'acquisto di servizi energetici per gli edifici - servizio di illuminazione e forza motrice - servizio di riscaldamento/raffrescamento”* ha anche introdotto una summa divisio tra criteri applicabili, distinguendo un *“caso A”*, allorquando *“la stazione appaltante pubblica non dispone di dati e informazioni, sugli impianti e gli edifici che utilizzano, sufficienti a stabilirne la conformità alle leggi vigenti ed i livelli di prestazione energetica ed a consentire la valutazione tecnico-economica di interventi di riduzione dei consumi di energia e più in generale degli impatti ambientali”* ed un *“caso B”*, allorquando *“la stazione appaltante pubblica dispone già di diagnosi e certificazioni energetiche degli impianti e degli edifici e la procedura d'appalto è finalizzata a stipulare un contratto servizio energia o un contratto servizio energia plus”* (cfr. Consiglio di Stato, V, 3 febbraio 2021, n. 972; anche, V, 5 agosto 2022, n. 6934).

6.3. Nella fattispecie oggetto di esame appare evidente che ci si trovi al cospetto di un appalto relativo a “*illuminazione e riscaldamento*”, contemplato dall’art. 1, comma 1127, lett. e, della legge n. 296 del 2006. Nella sostanza si tratta di un contratto di servizio energia – sebbene non del tutto conforme al modello delineato dalla normativa – tenuto conto che le prestazioni richieste all’appaltatore non si riferiscono al solo servizio di “*gestione calore*”, ma riguardano interventi di natura strutturale sia sugli edifici che sugli impianti e perseguono finalità di risparmio energetico, come previsto dal Decreto C.A.M. Difatti, l’art. 3 del Disciplinare prevede la realizzazione anche di “*interventi di RIQUALIFICAZIONE OBBLIGATORI*”:

1. Sostituzione delle caldaie esistenti (con età superiore ai 15 anni) con nuove del tipo a condensazione, riqualificazione dell’impianto con sostituzione delle elettropompe di circolazione con tipo elettronico e delle tubazioni ammalorate, inserimento di scambiatori a piastre in acciaio inox, in modo da rendere indipendenti i circuiti primari/secondari degli edifici e quant’altro necessario per dare le opere complete ed eseguite a regola d’arte:

a. Scuola Primaria Don Rinaldo Beretta Via Longoni n. 1;

b. Palestra di Via Longoni n. 4;

c. Sala Civica presso Villa Mazenta piazza San Giacomo n. 14;

d. Centro Generazioni Via IV Novembre n. 20;

e. Centro Anziani Via Addolorata n. 32;

f. Caserma Carabinieri Via Prealpi n. 50;

g. Palazzina via Fermi (Via Milano n. 1 / angolo via Fermi);

h. Scuola Primaria ‘Carlo Porta’ via Alessandria.

2. Palazzina di via Fermi sostituzione valvole/detentori su tutti i corpi scaldanti ed inserimento di testine termostatiche per controllo temperatura ambiente singolo locale.

3. Nuovo impianto di climatizzazione a servizio dell’Aula Consiliare: sostituzione delle apparecchiature di trattamento aria (fan-coil), smantellamento del gruppo refrigeratore esistente, riqualificazione della sottocentrale esistente, collegamento della sala consiliare con il circuito - gruppo di refrigerazione del municipio.

4. *Riqualificazione palestra Scuola Media Paina - Cappotto, passivazione termica edificio, sostituzione serramenti e nuovo sistema di impianto di riscaldamento.*
5. *Centro pomeridiano ragazzi di via Longoni rifacimento impianto riscaldamento alimentazione radiatori e sostituzione caldaia*
6. *Sistema di contabilizzazione per Scuola Lingue presso 'Ada Negri' a Paina*
7. *In tutti gli edifici provvisti di impianti con produzione acqua calda sanitaria inserire il sistema ANTILEGIONELLA necessariamente dotato di stazione di disinfezione, e con stesura di protocollo di verifica/manutenzione con i responsabili delle varie attività” (all. 2 al ricorso).*

Non assume rilevanza determinante la circostanza che la gran parte degli interventi riguardi la riqualificazione di impianti e non anche di edifici, poiché la previsione del Decreto C.A.M. che richiama la “*progettazione e realizzazione di interventi su impianti ed edifici*” non sembra riguardare soltanto l'intervento congiunto su “*impianti ed edifici*”, ma ricomprende anche gli interventi destinati solo a “*impianti*” o, alternativamente, a “*edifici*”: come ricavabile dallo stesso Decreto – “*La progettazione e la realizzazione di interventi su impianti ed edifici comprendono le seguenti attività:*

- a) *ove necessario, redazione e realizzazione di progetto esecutivo di interventi di adeguamento normativo di impianti ed edifici;*
- b) *ove mancante, redazione e realizzazione di progetto esecutivo di un sistema automatico per la gestione e il monitoraggio degli impianti;*
- c) *redazione di progetto definitivo di riqualificazione energetico-ambientale degli impianti e degli edifici, mirato alla riduzione degli impatti ambientali in un'ottica di ciclo di vita con particolare riguardo al consumo di energia da fonti non rinnovabili” (par. 5.3.1 Decreto C.A.M.)* – assume rilievo preponderante la finalità della riduzione degli impatti ambientali, con particolare riguardo al consumo di energia da fonti non rinnovabili, senza che rilevi la tipologia o le modalità dell'intervento o l'oggetto dello stesso. In ogni caso, nella specie, sebbene con un impatto limitato sul valore complessivo dell'appalto, è comunque previsto un intervento su un edificio, in particolare la riqualificazione della palestra della

Scuola Media Paina, attraverso la realizzazione di un cappotto, la passivazione termica dell'edificio, la sostituzione dei serramenti e la realizzazione di un nuovo sistema di impianto di riscaldamento (art. 3, punto 4, del Disciplinare). Essendo quindi obiettivo della Stazione appaltante (anche) il perseguimento del risparmio energetico, come segnalato pure nel richiamato art. 1.1 del Capitolato – con previsione di accesso agli incentivi previsti dal Conto Termico 2.0 di cui al D.M. 16 febbraio 2016 (imposto dall'art. 2.9 del Capitolato) –, tramite la *lex specialis* è stato di conseguenza richiesto *“il rispetto dei criteri ambientali minimi (c.d. CAM) come descritti ed indicati ai punti 5.3 e 5.4 del DM 7 Marzo 2012 in particolare la riduzione dell'impatto ambientale e dei consumi energetici nonché del DM 11 Ottobre 2017”* (art. 1.2, lett. i, del Capitolato).

A conferma di tale conclusione milita anche la circostanza dell'assunzione in capo allo stesso soggetto sia dell'obbligo di fornitura che del ruolo di terzo responsabile (cfr. art. 1.2 del Capitolato), ammessa soltanto nell'ambito di un contratto di servizio energia (art. 6, comma 7, del D.P.R. n. 74 del 2013).

Sulla base di quanto rilevato e in ossequio al dato normativo vigente, deve ritenersi che la Stazione appaltante *“non solo era ed è obbligata in linea generale a perseguire gli obiettivi di sostenibilità ambientale, ma che a tanto doveva e deve procedere secondo le modalità ed i criteri ambientali minimi stabiliti dal più volte citato decreto ministeriale 7 marzo 2012: le due fattispecie alternative ivi delineate (A o B) non rappresentano infatti soltanto due modelli ideali di modalità di perseguimento degli obiettivi, ma anche i due soli modelli concreti che le amministrazioni appaltante dovevano e devono utilizzare”* (cfr. Consiglio di Stato, V, 3 febbraio 2021, n. 972).

6.4. In conseguenza di ciò, è precluso all'Amministrazione ricorrere a una procedura per l'affidamento del servizio energia contenente elementi spuri rispetto a una delle due fattispecie disciplinate dal Decreto C.A.M., oppure dar luogo a una combinazione tra le stesse, creando in tal modo un *tertium genus* (cfr. Consiglio di Stato, V, 3 febbraio 2021, n. 972).

La scelta tra l'una e l'altra tipologia è legata alla presenza o meno della diagnosi energetica degli edifici oggetto del servizio, definita – dalla Direttiva

2006/32/CE (“ESD”, Energy Services Directive) – 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. lett. l delle “*definizioni*”).

Soltanto in presenza di una valida e aggiornata diagnosi energetica è possibile dar corso a una gara ai sensi del caso B del Decreto C.A.M., secondo il quale il contratto d’appalto deve avere una durata tale da consentire la realizzazione delle attività di riqualificazione energetico-ambientale degli impianti e degli edifici e in ogni caso è opportuno che tale durata non sia inferiore a tre anni. In assenza delle diagnosi energetiche, invece, la durata non dovrebbe essere superiore a tre anni. Pertanto, sebbene le Amministrazioni pubbliche non abbiano, in via generale, l’obbligo di dotarsi di diagnosi energetiche per i propri immobili, a differenza delle imprese private energivore, tuttavia laddove le citate Amministrazioni intendano dar corso a una gara ai sensi del caso B dell’indicato Decreto C.A.M., le stesse devono essere in possesso di una valida diagnosi energetica, come previsto dall’art. 8 del D. Lgs. n. 102 del 2014 (cfr. Consiglio di Stato, V, 5 agosto 2022, n. 6934).

6.5. In conclusione, la Stazione appaltante non poteva dar corso a una procedura per l’affidamento del servizio energia della durata complessiva di (almeno) sette anni, in assenza delle diagnosi energetiche relative agli immobili oggetto di riqualificazione energetica, ciò determinando una violazione delle previsioni contenute nel Decreto C.A.M. (parr. 2, 5.3 e 5.4); ciò a prescindere dalla astratta possibilità per tutte le partecipanti, compresa la ricorrente, di poter predisporre un’offerta adeguata e competitiva, in ragione delle informazioni messe a disposizione della Stazione appaltante e del lungo lasso di tempo intercorso tra la pubblicazione del Bando e il termine di scadenza per la presentazione delle offerte.

7. Alla fondatezza della scrutinata censura consegue l’accoglimento del ricorso e l’annullamento del Bando di gara, del Capitolato e del Disciplinare

nelle parti corrispondenti, unitamente agli atti conseguenti, ivi compreso il provvedimento di aggiudicazione in favore del Raggruppamento controinteressato composto da Ambrogio Moro S.p.A. e Gelsia S.r.l.

8. Le spese, da liquidare secondo il principio della soccombenza in favore della ricorrente Carbotermo S.p.A., sono quantificate in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando, accoglie il ricorso indicato in epigrafe, nei sensi specificati in motivazione.

Condanna il Comune di Giussano, la Provincia di Monza e della Brianza e la controinteressata Ambrogio Moro S.p.A. al pagamento delle spese di giudizio in favore della società ricorrente nella misura di € 1.500,00 (millecinquecento/00) ciascuno (pari a complessivi € 4.500,00), oltre oneri e spese generali; dispone altresì la rifusione del contributo unificato in favore della parte ricorrente a carico del Comune di Giussano.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del 27 settembre 2022 con l'intervento dei magistrati:

Gabriele Nunziata, Presidente

Alberto Di Mario, Consigliere

Antonio De Vita, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Antonio De Vita

IL PRESIDENTE
Gabriele Nunziata

IL SEGRETARIO

