

APPALTI - LEX SPECIALIS - CRITERI AMBIENTALI MINIMI - MANCATA PREVISIONE - ILLEGITTIMITA'

L'art. 34, d.lgs. 50/2016 impone la inserzione nella legge di gara di tutte le previsioni contenute nei CAM che concretamente incidono sulla libertà negoziale dei contraenti e sugli obblighi di informazione precontrattuale. Di conseguenza, è illegittimo il bando di gara che, in relazione ai contratti di rendimento energetico per i beni immobili comunali, non includa la certificazione energetica degli immobili.

TAR Lombardia, Milano, Sez. I, sentenza n. 685/2020

Pubblicato il 24/04/2020

N. 00685/2020 REG.PROV.COLL.

N. 02042/2019 REG.RIC.

N. 01805/2019 REG.RIC.



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2042 del 2019, proposto da Carbotermo S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Arianna Sansone, Paolo Sansone e Eleonora E.L. Bonsignori, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio fisico eletto in Milano, alla via G.B. Bazzoni, 2;

contro

Comune di Cinisello Balsamo, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Maurizio Boifava, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;
Centrale Unica di Committenza Tra i Comuni di Cinisello Balsamo, Cusano Milanino, Paderno Dugnano, Sesto San Giovanni non costituita in giudizio;

nei confronti

A2a Calore & Servizi S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Giorgio Lezzi e Federica Fischetti, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio fisico eletto in Milano, al corso di Porta Vittoria 9;
Cei S.p.A., Aevv Impianti S.r.l., Tecnoenergy Service S.r.l. non costituite in giudizio;

sul ricorso numero di registro generale 1805 del 2019, proposto da Siram S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Massimiliano Napoli, Laura Pelizzo e Maurizio Zoppolato, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio fisico eletto in Milano, alla via Dante n. 16;

contro

Centrale Unica di Committenza Tra i Comuni di Cinisello Balsamo, Cusano Milanino, Paderno Dugnano, Sesto San Giovanni non costituita in giudizio;
Comune di Cinisello Balsamo, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Maurizio Boifava, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

C.E.I. S.p.A. - Calore Energia Impianti, Aevv Impianti S.r.l., Tecnoenergy Service S.r.l. non costituite in giudizio;
A2a Calore & Servizi S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Giorgio Lezzi e Federica Fischetti, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio fisico eletto in Milano, al corso di Porta Vittoria 9;

per l'annullamento

quanto al ricorso n. 2042 del 2019:

- del bando di gara datato 30 luglio 2018 contestualmente pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale, con cui la centrale di committenza in epigrafe individuata indicava per conto del Comune di Cinisello Balsamo la gara a procedura aperta per l'affidamento del Servizio di Energia termica per beni immobili di proprietà comunale, per il periodo 2019-2029;

- della determina a contrarre n. 778 del 18/7/2019 del Comune di Cinisello Balsamo, con cui è stato disposto di procedersi alla gara e della determina dirigenziale n. 775 del 30/5/2018 della C.U.C. che approvava gli atti di indizione, provvedimenti di cui alla ricorrente sono noti solo gli estremi ma non il contenuto;

- della determinazione dirigenziale n. 893 del 1.8.2019 con cui è stato aggiudicato il servizio all'RTI A2A Calore Servizi srl di Brescia- CEI spa di Milano- AEVV Impianti srl di Monza- Tecnoenergy Service srl di Milano;

e per la declaratoria di inefficacia

del contratto di appalto nelle more eventualmente stipulato.

quanto al ricorso n. 1805 del 2019:

per quanto riguarda il ricorso introduttivo:

per l'annullamento

- della determinazione dirigenziale 1° agosto 2019 n. 893, di aggiudicazione al raggruppamento controinteressato della gara per il servizio di energia termica per beni immobili di proprietà del Comune di Cinisello Balsamo, periodo 2019/2029 e contestualmente della esclusione di Siram Spa; - di tutti gli atti antecedenti, conseguenti e comunque connessi, ivi inclusi tutti i verbali di gara ed in particolare quelli del 20 giugno 2019, 1° luglio 2019 e del 10 luglio 2019, richiamati nella determinazione dirigenziale, non noti nel contenuto; nonché i verbali della Commissione in seduta pubblica n. 1 (seduta 19), n. 2 (seduta 21) e n. 3 (seduta 22); la determinazione dirigenziale del 14 maggio 2019 n. 524 di avvio della procedura di verifica dell'anomalia; nonché, ove occorre possa, in parte qua del Bando integrale; e conseguentemente per il risarcimento in forma specifica del danno subito, con richiesta di subentro nel contratto nelle more eventualmente stipulato, previa declaratoria di inefficacia, ovvero -in subordine- per equivalente economico;

per quanto riguarda il ricorso incidentale presentato da A2A Calore & Servizi s.r.l.:

per l'annullamento

- del provvedimento con il quale, in esito all'apertura delle offerte economiche e alla verifica delle medesime, non è stata disposta l'esclusione di Siram S.p.A. dal prosieguo della procedura, ma si è proceduto al ricalcolo dell'offerta della medesima;

- dei verbali n. 21 e n. 22 relativi alle sedute pubbliche della Commissione giudicatrice del 18 e 26 aprile 2019, nella parte in cui è stato dato corso alla rettifica dell'importo offerto da Siram S.p.A., anziché alla sua esclusione per irregolarità non sanabile della sua offerta o, comunque, per incertezza sul contenuto dell'offerta medesima;

- della determinazione dirigenziale del 14 maggio 2019, n. 524, nella parte in cui la CUC ha approvato i verbali di gara “da cui risulta concorrente con il miglior punteggio l’offerta della società Siram di Milano, che in base alla verbalizzazione delle sedute di verifica dell’offerta economica, ha offerto un importo di € 6.839.793,05” e ha rinviato al Responsabile del Procedimento del Comune di

Cinisello Balsamo la verifica della congruità dell'offerta di Siram S.p.A., ai sensi dell'art. 97, c. 3, del D.Lgs. 50/16, e l'adozione degli atti conseguenti;

- dei verbali delle sedute della Commissione giudicatrice del 20 giugno e 1° luglio 2019, nella parte in cui la Commissione, dopo aver rettificato il valore dell'offerta economica di Siram S.p.A. e rideterminato i punteggi delle offerte economiche, ha confermato la graduatoria finale di cui al verbale del 26 aprile 2019, anziché procedere all'esclusione di Siram S.p.A.;

- del verbale di verifica delle giustificazioni dell'offerta anomala in data 10 luglio 2019, nella parte in cui il responsabile del procedimento non ha proceduto all'esclusione di Siram S.p.A. per irregolarità non sanabile o, comunque, per non univocità, incertezza ed indeterminatezza assoluta del contenuto della sua offerta;

- della determinazione dirigenziale 1° agosto 2019, n. 893, nella parte in cui sono stati approvati i verbali di gara del 20 giugno e 1° luglio 2019, nonché il verbale di verifica delle giustificazioni dell'offerta anomala in data 10 luglio 2019, laddove non è stata disposta l'esclusione di Siram S.p.A. per irregolarità non sanabile o comunque per non univocità, incertezza ed indeterminatezza assoluta del contenuto della sua offerta;

- di ogni altro atto presupposto, consequenziale e comunque connesso, ove occorrendo in *parte qua* del Bando di gara, laddove l'art. 6.3 del Bando medesimo sia interpretato nel senso di consentire alla Stazione appaltante di regolarizzare le difformità rispetto agli atti di gara dell'offerta economica di Siram S.p.A. e, comunque, di rettificare la sua offerta al fine di ricondurla ad univocità, anziché procedere all'esclusione della medesima, in quanto indeterminata e non univoca;

per quanto riguarda i motivi aggiunti presentati da Siram s.p.a. il 4\10\2019:

per l'annullamento

degli atti indicati nell'epigrafe del ricorso introduttivo, nonché, ove occorre possa, in parte qua del bando integrale; e conseguentemente per il risarcimento in forma

specifica del danno subito, con richiesta di subentro nel contratto nelle more eventualmente stipulato, previa declaratoria di inefficacia, ovvero -in subordine- per equivalente economico.

Visti i ricorsi e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Cinisello Balsamo e di A2a Calore & Servizi S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 12 febbraio 2020 Rocco Vampa e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con bando pubblicato sulla GUCE in data 31 luglio 2018, la Centrale Unica di Committenza tra i Comuni di Cinisello Balsamo, Cusano Milanino, Paderno Dugnano, Sesto San Giovanni, indicava procedura di evidenza pubblica preordinata alla aggiudicazione, con il criterio della offerta economicamente più vantaggiosa, del servizio di energia termica per beni immobili di proprietà del Comune di Cinisello Balsamo, comprensivo della fornitura di beni, servizi e lavori necessari a mantenere *“le condizioni di comfort degli edifici”*, per il periodo 2018/2028 (successivamente diventato 2019/2029, a causa del protrarsi delle operazioni di gara). Il valore stimato, a base di gara, era di € 16.800.000,00, oltre € 100.000,00 per oneri di sicurezza e oltre IVA.

1.1. L'offerta presentata da Siram s.p.a. risultava la migliore, sia sotto il profilo tecnico che per quanto attiene all'offerta economica, e veniva sottoposta a verifica di anomalia, all'esito della quale con determinazione dirigenziale n. 893 dell'1 agosto 2019:

- Siram veniva esclusa dalla gara, in ragione della anomalia della propria offerta economica, rideterminata in € 6.836.502,46 dalla Commissione giudicatrice “*la quale ha utilizzato la medesima metodologia di calcolo per tutti i concorrenti partecipanti alla procedura di gara*”;

- il servizio veniva assegnata al costituendo raggruppamento A2A Calore e Servizi Srl, mandataria, con C.E.I. S.P.A. Calore Energia Impianti, AEVV Impianti Srl e Tecnoenergy Service Srl mandanti.

1.2. Avverso tale ultimo provvedimento nonché, principalmente, avverso gli atti di indizione della procedura, insorgeva la società Carbotermo collocatasi al quarto posto della graduatoria di merito, ad unico, articolato, mezzo di gravame (RG 2042/19) essenzialmente deducendo:

- violazione e falsa applicazione degli art. 34 e 71 del Codice dei contratti e del DM 7 marzo 2012, in G.U. n. 74 del 28 marzo 2012; violazione e falsa applicazione dell’art. 30 del D.vo 50/2016 per violazione dei principi di trasparenza, libera concorrenza, parità di trattamento e buon andamento, adeguatezza, proporzionalità, efficacia; violazione e falsa applicazione dell’art. 76, comma 1 della Direttiva 241/24/UE e dei principi di trasparenza e parità di trattamento; violazione e falsa applicazione dell’art. 1, comma 1 della Legge 241/1990; risulterebbero, invero, violati i criteri ambientali minimi di cui all’articolo 34 d.lgs. 50/16, rinvenibili nella fattispecie nel DM 7 marzo 2012, avendo la stazione appaltante fissato per il servizio oggetto di gara la durata di anni 10, senza già avere a disposizione “*una diagnosi energetica o certificazioni energetiche (men che meno recenti) e senza metterle a disposizione dei concorrenti?*” come previsto per il “*caso B*” di cui al citato DM (all. 1, art. 2); la legge di gara avrebbe, altresì, violato i criteri previsti per il caso B (art. 5.4.5.1. , che vieta la fornitura di combustibili fossili solidi o liquidi, fatta eccezione per il gpl nei luoghi non raggiunti da gasdotti); tale ultima censura, veniva tuttavia abbandonata dalla ricorrente in corso di giudizio, a seguito delle difese delle parti resistenti (pag. 11,

memoria conclusionale Carbotermo); sarebbe stato infranto, ancora, il punto 4.3. dell'all. 1 al DM, e gli obblighi informativi ivi previsti a carico delle stazioni appaltanti (che devono mettere a disposizione dei partecipanti tutti i dati aggiornati relativi alle gestioni precedenti, siccome rivenienti anche dal libretto di impianto o di centrale); sotto tale ultimo profilo, la violazione degli obblighi informativi avrebbe altresì leso la “*par condicio di gara*” determinando un vantaggio per il RTI aggiudicatario, di cui fa parte CEI s.p.a. che, in qualità di gestore uscente (dall'1.7.2018 al 30.4.2019, in forza di un “appalto ponte”) sarebbe stato a conoscenza di dette informazioni, ritraendone un “*vantaggio competitivo*”.

1.3. Si costituiva il Comune di Cinisello Balsamo, instando per la irricevibilità per tardività, la inammissibilità per acquiescenza -e in ogni caso per la mancata dimostrazione di una effettiva *chance* di successo (con regole legittime di gara)- nonché per la infondatezza del gravame.

1.4. Si costituiva, altresì, il RTI aggiudicatario, che pure concludeva per la irricevibilità e inammissibilità del ricorso –per i profili invocati anche dal Comune, oltre che per la mancata dimostrazione della effettiva lesività delle previsioni del bando impugnate- nonché, in ogni caso per la sua infondatezza.

1.5. Avverso la determinazione di aggiudicazione della gara *de qua* insorgeva con autonomo ricorso (RG 1805/19) la Siram s.p.a. – la cui offerta, inizialmente collocatasi al primo posto della graduatoria, era di poi stata esclusa all'esito della verifica di anomalia- ponendo a sostegno del gravame i motivi che in appresso si compendiano:

- Violazione degli artt. 94, 95 e 97 del d.lgs. 50/2016; violazione di principi generali in materia di procedimenti ad evidenza pubblica e di verifica di anomalia; violazione degli artt. 6 del bando integrale e 41.11 e 41.13 del capitolato speciale d'appalto; eccesso di potere per illogicità manifesta, travisamento dei presupposti, sviamento; erronea sarebbe stata la rideterminazione dell'importo offerto dalla ricorrente,

operata dal seggio di gara sul falso presupposto che nella colonna 9 della tabella offerta economica andassero inseriti (non già i costi di manutenzione e gestione degli impianti, quale componente del prezzo) bensì i corrispettivi unitari, al netto di oneri per ammortamento e oneri di sicurezza; ciò che rileverebbe, di contro, sarebbe il corrispettivo complessivo offerto, dato dal prodotto tra il prezzo unitario offerto (PRU) per il volume da riscaldare, per le quantità di ore di utilizzo degli edifici e per i gradi giorno, cui sommare le ulteriori voci;

- violazione sotto diverso profilo degli artt. 94, 95 e 97 d.lgs. 50/2016; violazione degli artt. 6 del bando integrale e 41.11 e 41.13 del capitolato speciale d'appalto; eccesso di potere per illogicità manifesta, travisamento dei presupposti, sviamento, contraddittorietà - violazione dei principi di conservazione degli atti e di interpretazione sistematica delle dichiarazioni negoziali; la Commissione giudicatrice avrebbe valutato l'offerta di Siram sulla base di una formula non prevista dalla disciplina di gara, manipolandone il contenuto *“senza rispettare la volontà negoziale che la società ha espresso in adesione all'art. 41.13 del CSA”*, peraltro utilizzando una formula *“intervenuta a punteggi tecnici già assegnati, a buste economiche aperte e, quindi, a proposte contrattuali dei singoli concorrenti note”*; per tale via, il PRU indicato da Siram in funzione dei metri cubi di volume della colonna 6 della tabella sarebbe stato applicato non a metro cubo –così come era negli intendimenti di Siram- bensì con riferimento ad una unità di misura di mille volte superiore (mille metri cubi); di qui l'*“abnorme riduzione rispetto all'offerta complessiva espressa dalla società”*;

- violazione degli artt. 94, 95 e 97 d.lgs. 50/2016; violazione dei principi generali in materia di evidenza pubblica; violazione dell'art. 97 Cost.; violazione dei principi di legalità, buon andamento, *par condicio* e trasparenza, violazione dei principi di *favor participationis*, di conservazione degli atti e di interpretazione sistematica delle dichiarazioni negoziali – contraddittorietà; anche a voler accedere all'impostazione della Commissione giudicatrice, in ogni caso, *“per applicare la formula ai dati espressi da*

Siram senza effetti distorsivi in danno della società, sarebbe stato sufficiente moltiplicare per mille ciascun PRU indicato da Siram; così da riferirlo, come da formula, a mille metri cubi e non ad ogni singolo metro cubo di volume”.

1.6. Il ricorso veniva altresì arricchito da motivi aggiunti, formulati all’esito della produzione in giudizio dei verbali relativi alla verifica di anomalia.

1.7. Si costituivano in giudizio il Comune di Cinisello Balsamo e il RTI aggiudicatario, instando per la reiezione del gravame; il RTI controinteressato spiegava, altresì, apposito ricorso incidentale avverso gli atti di gara, nella parte in cui non si era sancita l’esclusione dalla gara di Siram per irregolarità insanabile e, comunque, per incertezza e non univocità del contenuto dell’offerta economica, a motivi di gravame deducendo:

- violazione e/o falsa applicazione degli artt. 6.3 e 8 del bando di gara e degli artt. 41.11 e 41.13 del csa - violazione e/o falsa applicazione degli artt. 59, c. 3, lett. a) e 83, c. 9, d.lgs. 12 aprile 2016, n. 50 - violazione dei principi di par condicio, concorrenza, imparzialità e buon andamento dell’azione amministrativa - eccesso di potere per illogicità manifesta, per carenza di istruttoria e difetto di motivazione; la errata compilazione della tabella economica da parte della ricorrente principale avrebbe dovuto essere sanzionata –ben prima della verifica di anomalia- con la esclusione dalla gara, per essere stata l’offerta “*redatta con modalità diverse da quelle indicate*” (art. 8, bando), irregolarità insuscettibile di soccorso istruttorio;
- violazione e/o falsa applicazione dell’art. 6.3 del bando di gara e degli artt. 41.11 e 41.13 del csa - violazione e/o falsa applicazione degli artt. 83, c. 9, 95 e 97 16 d.lgs. 12 aprile 2016, n. 50 - violazione dei principi di par condicio tra i concorrenti, concorrenza, imparzialità e buon andamento dell’azione amministrativa - violazione del principio di immodificabilità dell’offerta - eccesso di potere per illogicità e contraddittorietà manifeste, carenza di istruttoria e difetto di motivazione, errore sui presupposti di fatto e di diritto, ingiustizia manifesta, sviamento di potere; in ogni

caso l'errore di Sirma nella compilazione della tabella 9 avrebbe reso ambigua, incerta e assolutamente indeterminato l'offerta economica, “*incertezza che, lungi dal poter essere sanata, avrebbe dovuto condurre all'esclusione della ricorrente*”.

1.8. Illustrate le rispettive posizioni con memorie e atti di replica, le cause venivano discusse nella pubblica udienza del 12 febbraio 2020 e, al fine, introitate per la decisione.

DIRITTO

Va preliminarmente disposta la riunione dei giudizi a' sensi dell'art. 70 c.p.a., stante la evidente connessione soggettiva ed oggettiva che li avvince.

2. Può indi procedersi ad una disamina piana dei gravami, principiando dal ricorso esperito da Carbotermo (RG 2042/19) a cagione della peculiare natura della impugnazione ivi veicolata, sorretta dall'*interesse strumentale* alla rinnovazione della procedura, comechè indirizzata alla stessa conformazione della *lex specialis* e alla emersione di vizi implicantis *radicitus* la illegittimità delle complessive scelte contenute negli atti di indizione della procedura concorsuale *de qua agitur* e, indi, di portata tale da determinare –in caso di positiva delibazione- la integrale caducazione della gara, con valenza assorbente delle censure che connotano il giudizio (RG 1805/19) che sono preordinate, per contro, al soddisfacimento dell'*interesse finale* delle due imprese ivi coinvolte (Siram e RTI aggiudicatario) al conseguimento della commessa.

2.1. Il ricorso esperito da Carbotermo (RG 2042/19) è fondato, nei sensi di cui in appresso.

All'uopo, con inversione dell'ordine logico di trattazione, si procederà dapprima a valutare nel merito le doglianze di parte ricorrente chè, all'esito di tale scrutinio, più agevolmente si disvelerà la infondatezza delle eccezioni preliminari di rito (irricevibilità e inammissibilità) proposte dalla perti resistenti.

2.2. Va, in via liminare, rammentato l'impianto normativo che governa la fattispecie per cui è causa, iniziando dalle disposizioni foggiate all'art. 34 del d.lgs. 50/16, a tenore delle quali:

- *“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”* (comma 1);
- *“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”* (comma 2);
- *“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”*.

2.2.1. All'uopo viene in rilievo il DM 7 marzo 2012, recante giustappunto 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”*, che opera una *summa divisio* tra criteri (CAM) applicabili per:

- *“Caso A”*, id est 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”*;
- *“Caso B”*, relativo alla ipotesi in cui *“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”*.

2.2.2. La diversità tra le due situazioni sopra riportate –oltre che determinare, specularmente, la diversità della disciplina recata dal DM- è tale da riverberarsi, altresì, sullo *spatium temporis* del rapporto contrattuale, così che:

- per il “*caso A*”, tenuto conto della *manca*za di *puntuali dati ed informazioni* necessari alla progettazione e alla realizzazione di interventi di riqualificazione energetico-ambientale degli edifici, il contratto d’appalto avrà “*durata limitata (non superiore a 3 anni)*”, proprio al fine di: *i)* onerare la impresa appaltatrice del compito –unitamente a quello afferente allo svolgimento dell’ordinario servizio di fornitura di energia elettrica/termica e/o combustibili e di gestione e manutenzione degli impianti- di raccogliere ed informatizzare i dati storici disponibili sugli impianti, di redigere analisi, certificazioni e diagnosi energetico-ambientale, nonché un progetto definitivo di interventi di riqualificazione energetico-ambientale di impianti ed edifici; *ii)* consentire alla Amministrazione committente, proprio sulla base di quanto realizzato dall’appaltatore nell’ambito del contratto, di “successivamente” procedere alla realizzazione di “*interventi di riqualificazione atti a ridurre gli impatti ambientali dei propri impianti*”;

- per il “*caso B*” - di contro caratterizzato dalla disponibilità di informazioni, di diagnosi e di certificazioni energetiche degli impianti e degli edifici – la durata del contratto, logicamente superiore al limite massimo triennale contemplato per il “*caso A*”, dovrà essere tale da consentire all’appaltatore –non già di provvedere alla mera fornitura di energie e/o combustibili, ovvero alla gestione e manutenzione degli edifici, alla raccolta di informazioni ovvero alla redazione di analisi, certificazioni e progetti di riqualificazione- bensì di espletare le ben più complesse incombenze di *realizzazione* degli “*interventi necessari alla riduzione degli impatti ambientali*”.

2.3. Orbene, la procedura concorsuale *de qua agitur* è stata ideata e predisposta dalla stazione appaltante facendo riferimento al *genus* tratteggiato *sub* “*caso B*”, siccome reso evidente:

- dall'art. 1.2. del bando, per cui oggetto della commessa è il “*servizio energia termica*”, comprensivo delle attività indirizzate ad un miglioramento del processo di trasformazione e di utilizzo dell'energia, di guisa che “*Il contratto che sarà stipulato si configurerà come ‘contratto di rendimento energetico’ ai sensi dell'art. 2 del D.lgs. 102/2014 e sarà qualificato come ‘Servizio Energia’ ai sensi del D.lgs. 115/2008*” (cfr., altresì, art. 1 del capitolato speciale);
- dalla durata del rapporto contrattuale oggetto dell'appalto, pari a dieci anni;
- dalle previsioni del capitolato speciale, puntualmente specificanti l'oggetto del rapporto e il nucleo delle prestazioni gravanti in capo all'appaltatore, in esse ricomprendendo (cfr. art. 2): *i*) il servizio di gestione energia, con fornitura beni – tra cui il combustibile – e servizi, nonché manutenzione ordinaria e straordinaria (art. 41 CSA); *ii*) la realizzazione di interventi minimali di riqualificazione energetica (art. 43 CSA); *iii*) la realizzazione di interventi migliorativi proposti in sede di gara (art. 45 CSA); sulle opere di riqualificazione, di poi, lo stesso art. 2 del bando contemplava l'onere per i partecipanti di presentare proposte di opere migliorative, un progetto per ogni singolo impianto o edificio oggetto degli interventi di riqualificazione, uno studio di fattibilità per le opere migliorative di cui all'art. 45 del capitolato, oltre ad una relazione riepilogativa sull'entità complessiva del risparmio energetico annuale derivante dalle opere di riqualificazione;
- dalla delibera di giunta del Comune resistente, n. 156/17, di approvazione del progetto e prodromica alla indizione della pubblica gara, ove è testualmente dato leggere che “*il progetto si propone di ottenere, dalla gestione del ‘servizio energia termica’, i seguenti risultati: la riqualificazione energetica del sistema edificio/impianto al fine di ottimizzare il processo di gestione con l'obiettivo di perseguire il risparmio energetico; la riqualificazione tecnologica volta al risparmio energetico con l'utilizzo anche di fonti rinnovabili; l'ottimizzazione delle risorse e la minimizzazione dell'impatto sull'ambiente; la riduzione delle emissioni nocive in atmosfera; L'obiettivo minimo di risparmio non dovrà essere inferiore al 5% di energia primaria*”

rispetto all'attuale fabbisogno complessivo dell'appalto, considerando gli interventi di riqualificazione sia minimali che migliorativi. L'obiettivo sopraddetto, unitamente ad altre misure, permetterà di qualificare il contratto come un "Servizio Energia" ai sensi del d.lgs. 115/2008";

- dalla stessa linea difensiva dal medesimo contegno processuale quivi tenuto dalla Amministrazione resistente e dal RTI controinteressato, strenuamente volti al riconoscimento della riconducibilità dell'appalto che ne occupa nel paradigma di cui al "caso B"; e ciò in quanto la stazione appaltante già "disponeva dei dati necessari a valutare la conformità degli impianti alle leggi vigenti e ad effettuare la valutazione tecnica ed economica degli interventi di riduzione dei consumi energetici" (pagg. 14 e ss. memoria controinteressato), per cui l'opus concorsuale "ha quale sua primaria finalità anche della riqualificazione energetica degli immobili al fine del contenimento energetico, tant'è che gli elementi quotabili "b.1", "b.2", "c.1" e "c.2" hanno proprio questo fine, con derivata piana sussunzione dello stesso nel CASO B, non essendo revocabile in dubbio che il CASO A ha, di contro, lo scopo di fare fornire dall'appaltatore alla stazione appaltante tutte le informazioni necessarie per indire una successiva gara per realizzare gli interventi di riqualificazione" (pag. 11, memoria di replica della Amministrazione civica).

2.3.1. *In claris non fit interpretatio.*

Dal chiaro ed inequivocabile tenore testuale delle previsioni della *lex specialis*, circostanza del resto pacificamente *confirmata* nella odierna sede giurisdizionale, traspare la *voluntas* della stazione appaltante di procedere alla stipulazione di un contratto di appalto riconducibile al "caso B" di cui al DM 7 marzo 2012.

2.3.2. E, tuttavia, va rimarcato che, *al di là degli intendimenti* della stazione appaltante siccome manifestati nella *lex specialis* in guisa di divisamento e conformazione del successivo rapporto negoziale con la impresa aggiudicataria della gara, la *retta individuazione dei criteri minimi ambientali* applicabili -e conformanti la *potestas* della stazione appaltante in sede di redazione "della documentazione progettuale e di gara" a' sensi dell'art. 34 d.lgs. 50/16- è ineluttabilmente condizionata:

- dapprima, alla *certazione* della sussistenza dei *presupposti di fatto* contemplati dalla norma (contenute nell'allegato al DM), nel caso che ne occupa di quelli rispettivamente connotanti il “*caso A*” e il “*caso B*”; trattasi di un *munus* preliminare di acclaramento gravante in capo alla Amministrazione, e che si colloca nella cd. “*zona del fatto*” della disposizione ministeriale recante i CAM;
- di poi, alla *ricostruzione della disciplina* che è propria dei due diversi “*cas*”; trattasi della cd. “*zona dell'effetto*” delle regole portate dal DM, in relazione alla quale la Amministrazione non ha *veruna possibilità di incidenza* e/o ingerenza.

2.3.3. In altre parole, nell'esercizio della *potestas* di individuazione e determinazione delle regole di gara, *in parte qua*, all'Autorità amministrativa non spetta la effettuazione di scelte, espressione di discrezionalità amministrativa, bensì:

- la *certazione* di presupposti di fatto contenuti nel DM 7 marzo 2012;
- la *applicazione necessitata*, nell'*an* come nel *quid*, della disciplina che –giusta le previsioni del DM- effettivamente discende dalla situazione fattuale siccome sussunta nel paradigma colà tratteggiato.

2.3.4. La applicazione della disciplina cristallizzata nel DM, rispettivamente per il “*caso A*” e per il “*caso B*”, conforma in guisa irrefragabile l'*actio* della stazione appaltante che si appalesa, indi e in questa parte, affatto vincolata, comechè deprivata di qualsivoglia scelta volitiva volta a regolare e a divisare interessi; regolazione e divisamento, per contro, già previamente contenuti nella norma, *id est* nel DM e nell'art. 34 del d.lgs. 50/2016 che alle disposizioni di tale DM, recante i criteri ambientali minimi, rinvia.

2.4. Va, dunque, scrutinata *in primis* la sussistenza dei presupposti di fatto invocati dalla stazione appaltante –e dal RTI controinteressato- e condizionanti la sussumibilità dell'appalto *de quo* nel *tipo* “*caso B*”.

2.4.1. All'uopo, non può non rilevarsi che, a fronte delle allegazioni della società ricorrente circa la assenza dei presupposti di fatto indicati nell'*incipit* del "caso B", stante la mancanza di "diagnosi energetica o certificazioni energetiche":

- il Comune resistente replica con il richiamare le previsioni del capitolato speciale, ove si fa riferimento alle diagnosi energetiche e/o APE degli edifici/impianti, ovvero alle classi energetiche degli edifici siccome indicate in una tabella redatta in sede di chiarimenti (quesito n. 7; doc. 8, produzione Comune), versando in atti attestazioni di prestazione energetica (APE) relativi soltanto a 7 edifici;

- il RTI controinteressato si limita ad affermare, in guisa apodittica in quanto sfornita di appigli probatori, che il Comune "aveva acquisito le necessarie informazioni e i dati in merito ad edifici ed impianti nell'ambito del precedente contratto di servizio energia" (pag. 14, memoria conclusionale), invocando di poi –non già, come sarebbe stato necessario, elementi comprovanti la effettiva esistenza dei presupposti di fatto condizionanti la sussunzione dell'appalto nel "caso B", *id est* la esistenza di "diagnosi e certificazioni degli impianti e degli edifici"- bensì la disciplina che la stessa Amministrazione ha forgiato negli atti di gara (sull'asserito, e non dimostrato, presupposto della riconducibilità dell'appalto al "caso B"); di qui il vizio logico che inficia un tale argomentare, comechè afferente non già alla cd. "zona del fatto" delle disposizioni *de quibus (prius)* bensì alla "zona dell'effetto" (*posterius*), su cui, come sopra esposto, la Amministrazione non aveva potestà alcuna di disposizione.

2.4.2. Ne discende la inesistenza della *condicio causam dans* per la applicazione dei CAM relativi al "caso B", stante:

- la sostanziale *assenza di contestazione* da parte del resistente Comune, oltre che del RTI aggiudicatario –che si sono limitati a mere allegazioni sfornite di supporto probatorio- ciò che assume particolare significanza, a' sensi dell'art. 64 c.p.a., trattandosi di elementi rientranti nella sfera di signoria della Amministrazione, in

capo alla quale gravava, anche in ossequio al principio di vicinanza della prova, l'onere di una puntuale replica (TAR Lombardia, I, 4 dicembre 2018, n. 2732);

- la palese inidoneità, alla bisogna, dei documenti (APE, *sub* doc. 7) versati in atti dal Comune, in quanto relativi soltanto a 7 impianti (rispetto ai 73 indicati nella legge di gara), di cui 2 relativi ad immobili oggetto di interventi di riqualificazione minimale (sui 24 indicati in capitolato).

2.5. Dalla sussunzione dell'appalto in esame nella *dictio* "caso A" del DM 7 marzo 2012, discende il primo, e già di per sé dirimente, profilo di illegittimità che affligge gli atti impugnati stante la prefigurazione da parte della stazione appaltante di un rapporto contrattuale:

- avente ad oggetto anche interventi di riqualificazione energetica ed ambientale e connotato, pertanto, da uno *spatium temporis* decennale;

- la violazione, indi, della disciplina contemplata per il "caso A", che prevede un diverso "oggetto" del contratto e, per quel che qui più rileva nel prisma delle doglianze formulate dalla società ricorrente, contempla un *periodo massimo di durata* dell'impegno contrattuale *pari a 3 anni*.

2.6. Né, all'uopo, possono accogliersi le osservazioni delle resistenti per cui la durata del contratto non rientrerebbe nelle "condizioni/clausole contrattuali" espressamente indicate nel DM, rispettivamente al punto 5.3.5. per il "caso A" e al punto 5.4.5. per il "caso B", atteso che:

- la previsione della durata massima triennale per il "caso A", oltre a connotare strutturalmente detta ipotesi (e, dunque, espressamente riportata alla pag. 6 dell'allegato al DM) è, di poi, espressamente reiterata giustappunto al punto 5.3.1, in sede di puntuale individuazione *dell'oggetto e della durata del contratto*; analogamente, e specularmente, al punto 5.4.1., per il "caso B" è previsto che "il contratto d'appalto deve avere una durata tale da consentire la realizzazione delle attività sopracitate e in ogni caso è opportuno che tale durata non sia inferiore a tre anni";

- è evidente, in ogni caso, che la previsione sulla durata massima del contratto – diversamente modulata proprio in ragione della diversa situazione “conoscitiva” di partenza e delle correlate prestazioni deducibili *in obligatione*- integra la individuazione di un *dies ad quem* di efficacia del negozio che vale per certo ad integrare un *elemento fondamentale* del contratto (benchè “*accidentale*”, impattando sul termine finale del negozio) e, dunque, *a fortiori* rientrante nelle “*clausole contrattuali*” da inserire nella documentazione di gara a’ sensi dell’art. 34 del d.lgs. 50/16.

2.7. E tanto basta ad inficiare *ab imis* la procedura concorsuale che ne occupa, comechè in concreto foggata avendo come riferimento un “*tipo contrattuale*”, siccome riveniente dai CAM di cui al DM 7 marzo 2012, che per contro non poteva essere in concreto adottato dalla stazione appaltante, in quanto tutt’affatto differente:

- per quanto attiene all’oggetto del contratto e alle prestazioni in concreto gravanti sulla impresa appaltatrice, oltre che per quanto attiene ai correlati obblighi informativi e di collaborazione spettanti alla Amministrazione;

- nonchè, che è quel che qui più rileva avuto riguardo alla censura mossa dalla società ricorrente, in punto di concreta *modulazione temporale* del contratto, fissato su di un orizzonte decennale a fronte del termine massimo triennale previsto per una situazione del tipo “*caso A*” che ne occupa.

2.8. Dalla radicale diversità del “*tipo*” prescelto dalla stazione appaltante (“*caso B*”), rispetto a quello nel quale, di contro, avrebbe dovuto essere sussunta la fattispecie *de qua agitur* (“*caso A*”), discende *naturaliter*:

- l’ontologico inadempimento da parte di essa stazione appaltante degli specifici criteri ambientali minimi che tale “*caso A*” risultano connotare (in particolare, punto 5.3. dell’allegato al DM 7 marzo 2012), e che presuppongono giustappunto che l’oggetto dell’appalto (di durata non superiore ai tre anni) sia limitato alla sola progettazione di interventi di riqualificazione energetica ed ambientale degli impianti

e degli edifici, e *non anche alla loro realizzazione, munus deducibile in obligatione* solo nella diversa ipotesi (“*caso B*”, criteri ambientali contemplati al punto 5.4.) in cui la stazione appaltante disponga della certificazione e delle diagnosi energetiche, sulla scorta delle quali giustappunto l'appaltatore potrà procedere alla esecuzione dei ridetti interventi di riqualificazione;

- la correlata violazione dell'art. 34 del d.lgs. 50/16.

2.9. Fondata è, altresì, la censura relativa alla violazione degli obblighi informativi che, in via generale, gravano sulla Amministrazione (al di là delle diverse tipologie di appalto, senza distinzione, cioè, tra “*caso A*” e “*caso B*”) in forza del punto 4.3. dell'allegato al DM *de quo*, ove testualmente p dato leggere della “*fondamentale*” necessità di *inserire nella documentazione di gara* una serie di dati tecnici ed informazioni ivi partitamente enumerati.

2.9.1. Sul punto, è sostanzialmente non puntualmente contestata dalle parti resistenti la allegazione della società ricorrente per cui la stazione appaltante non avrebbe messo a disposizione dei concorrenti –oltre che le certificazioni e le diagnosi energetiche, necessitate soltanto per un appalto rientrante nel “*caso B*”, ciò che nella fattispecie era da escludere alla luce delle superiori considerazioni- altresì: *i*) il libretto di impianto o di centrale, nel quale devono essere annotati i principali dati dell'impianto e i risultati delle prove di efficienza della combustione, e gli altri dati tecnici riferiti quanto meno agli ultimi due anni; *ii*) nè tampoco i dati relativi alle gestioni precedenti, comprese le fatture di fornitura dei vettori energetici e ogni altro dato disponibile utile a conoscere la situazione degli impianti e le relative prestazioni.

2.9.2. Né può accedersi alla tesi del resistente Comune che, non contestando la mancata inserzione nei documenti di tali informazioni, tenta in sostanza di derubricarne la rilevanza in concreto, in quanto asseritamente funzionali solo alla previsione dell'obbligo per l'appaltatore di quantificare, in corso di contratto, la riduzione degli impatti ambientali del servizio rivenienti da un erigendo impianto di

teleriscaldamento, da eventualmente realizzare nell'area (cfr., quanto previsto nell'ultimo periodo del punto 4.3.), atteso che:

- si tratta, invero, soltanto di una delle funzioni a cui gli obblighi informativi *de quibus* potrebbero in concreto assolvere; i dati e le informazioni che ne occupano, di contro, sono teleologicamente preordinate a garantire in generale la piena *conoscenza ovvero conoscibilità*, da parte della impresa concorrente, delle effettive esigenze della stazione appaltante, al fine di consentire una consapevole formazione della offerta, in guisa maggiormente aderente alla “*effettiva consistenza del fabbisogno*” della Amministrazione (e alle “*eventuali possibilità di ridurlo e comunque razionalizzarlo*”);
- la stessa rubrica del punto 4.3., assume una valenza omnicomprensiva, riferendosi giustappunto alla “*analisi dei fabbisogni e aspetti organizzativi*”, da effettuarsi “*prima della definizione di una procedura di appalto*” al fine di realizzare “*appalti sostenibili*”, all'uopo provvedendo: *i*) in via generale ed *ex ante*, ad “*informare periodicamente gli operatori economici*”; *ii*) in sede di predisposizione degli atti di gara, ad inserire informazioni puntuali (tutte enumerate nel terzo periodo del punto 4.3.) nella *lex specialis*.

E ciò al fine dichiarato di garantire i principi di “*parità di trattamento, massima partecipazione, proporzionalità e trasparenza*”.

2.9.3. Né tampoco la irrilevanza delle lacune informative e documentali potrebbe inferirsi a cagione della necessità per il partecipante (prevista nella legge di gara) di procedere al sopralluogo, stante all'evidenza la 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.

2.9.4. Trattasi, indi, di 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*, siccome è reso palese

dalla stessa *dictio* del citato punto 4.3., per cui “è fondamentale che la stazione appaltante fornisca, nei documenti di gara, la corretta descrizione (...)”.

2.9.5. D'altra parte:

- i reciproci obblighi di *buona fede, correttezza e solidarietà* (artt. 2 e 97 Cost., art. 1175 c.c.) connotanti il rapporto tra consociati dal momento del loro primo contatto sociale qualificato, all'istesso modo ed *a fortiori* caratterizzano il rapporto tra la stazione appaltante e gli aspiranti aggiudicatari, sin dal momento degli atti prodromici alla emanazione del bando;
- la *tutela dell'affidamento* legittimo, su cui fonda il diritto dell'Unione, parimenti deve improntare l'azione amministrativa (art. 1, l. 241/90; cfr., nella giurisprudenza dei Giudici di Lussemburgo, CGUE 3 maggio 1978, C-12/77, Topfer; da ultimo, sulla valenza di regola generale, fondante il diritto dell'Unione, da attribuire al principio della tutela dell'affidamento, CGUE, 20 dicembre 2017, C-322/16, Global Starnet; cfr., CGUE 14 marzo 2013 C-545/11, Agrargenossenschaft Neuzelle) *in vista* –con la predisposizione della legge di gara- e nel corso della procedura di evidenza pubblica (TAR Lombardia, I, 15 novembre 2019, n. 2421);
- il dovere di correttezza, *a fortiori* gravante in capo alla Amministrazione comechè riveniente dal suo status di soggetto “professionalmente qualificato” (art. 97 Cost.), è strumentale alla “*tutela della libertà di autodeterminazione negoziale, cioè di quel diritto (espressione a sua volta del principio costituzionale che tutela la libertà di iniziativa economica) di autodeterminarsi liberamente nelle proprie scelte negoziali*” (CdS, a.p., 5/18);
- il bando di gara costituisce uno degli atti attraverso cui si snoda e si dispiega la *voluntas* negoziale della Amministrazione (offerta al pubblico *ex art. 1336 c.c.*) di guisa che le previsioni in esso contenute ben valgono ad assumere una valenza negoziale e, di più, come nel caso degli obblighi di informazione *de quibus*, direttamente incidenti sulla stessa autonomia privata dei partecipanti, comechè preordinati a consentire loro una formulazione della offerta -e, dunque, della propria

volontà di partecipazione e di determinazione del *quid, quomodo e quantum* del rapporto contrattuale- *plena cognitio*.

2.9.6. Di qui la riconducibilità delle prescrizioni afferenti alle necessarie informazioni da fornire con la documentazione di gara (punto 4.3. dell'allegato al DM 7 marzo 2012) nel novero delle "*clausole contrattuali*" di cui all'art. 34 d.lgs. 50/16, la cui generica *dictio*:

- deve poter ricomprendere tutte le previsioni contenute nei CAM e suscettibili di conformare e regolare l'autonomia e la libertà negoziale della stazione appaltante e delle imprese partecipanti, sin dal momento del loro primo contatto pel tramite della indizione della procedura aperta al pubblico (sul contatto sociale qualificato nei rapporti tra privati e P.A. valga il richiamare CdS, a.p., 4 maggio 2018, n. 5; Cass., I, 12 luglio 2016, n. 14188; TAR Lombardia, I, 6 novembre 2018, n. 2501; TAR Lombardia, II, 4 marzo 2020, n. 416);

- va, indi, correttamente intesa nel senso di imporre la inserzione nella legge di gara di tutte le previsioni contenute nei CAM che concretamente incidono sulla piena e consapevole formazione della volontà negoziale e, indi, anche sugli obblighi di informazione *precontrattuale* che –benchè afferenti al segmento prodromico alla aggiudicazione e alla stipulazione del contratto- si inscrivono in una fase in cui particolarmente pregnanti si appalesano in ogni caso i doveri di protezione e di collaborazione della stazione appaltante al fine della tutela dell'affidamento e della libertà negoziale della "aspirante" controparte del contratto.

2.9.7. Del resto, valgono a vieppiù confermare la propugnata "lettura estensiva" della nozione di "*clausole contrattuali*", lo stesso tenore:

- dell'art. 71 del d.lgs. 50/16, che riferisce la valenza di eterointegrazione dei criteri ambientali minimi giustappunto al "*bando di gara*", *id est* ad un documento che è solo prodromico alla conclusione del contratto *stricto sensu* inteso;

- dell'art. 34, comma 1, del d.lgs. 50/16, ove pure è contemplato l'inserimento delle specifiche tecniche e delle clausole contrattuali contenute nei CAM “*nella documentazione progettuale e di gara*”, *id est* in atti lato *sensu* non riconducibili allo stipulando contratto, ma ad esso prodromici ed ineludibilmente connessi.

2.10. Le superiori considerazioni, dalle quali emerge la fondatezza delle censure mosse avverso gli atti di gara, valgono altresì a disvelare la loro *ricevibilità ed ammissibilità*, ad onta di quanto opinato dalle resistenti.

2.10.1. Non fondata, invero, si appalesa la eccezione di intempestività del gravame, basata sull'asserito carattere escludente delle impugnate previsioni della *lex specialis*, foriere pertanto di un onere di immediata impugnazione.

2.10.2. Costituisce dato inveterato del diritto vivente, a far data da CdS a.p. 1/2003 e siccome ancora da ultimo reiterato dalla medesima Adunanza Plenaria (26 aprile 2018, n. 4), quello in forza del quale l'onere di immediata impugnazione delle disposizioni della *lex specialis* è limitato a quelle che rivestono carattere escludente, per tali dovendo intendersi:

- le previsioni che, afferendo ai requisiti soggettivi di partecipazione, escludono già *in nuce* la possibilità dell'operatore di partecipare alla procedura, rendendone *certa* la esclusione, e dunque *inutile* la stessa partecipazione; di qui la possibilità di procedere alla impugnazione anche in assenza di partecipazione alla gara, che si ridurrebbe in realtà ad un *mero simulacro*;
- altre clausole che –benchè non *stricto sensu* ostative “*a latere soggettivo*”- valgano in ogni caso a precludere, *a latere oggettivo*, ogni utile partecipazione alla gara.

2.10.3. In tale ultimo *genus*, la elaborazione euristica della giurisprudenza ha individuato le seguenti *species*:

- clausole impositive, ai fini della partecipazione, di oneri manifestamente incomprensibili, ovvero del tutto sproporzionati rispetto ai contenuti della procedura;

- regole che rendano la partecipazione incongruamente difficoltosa o addirittura impossibile;
- disposizioni abnormi o irragionevoli che rendano impossibile il calcolo di convenienza tecnica ed economica ai fini della partecipazione alla gara; ovvero prevedano abbreviazioni irragionevoli dei termini per la presentazione dell'offerta (CdS, V, 24 febbraio 2003, n. 980);
- condizioni negoziali che rendano il rapporto contrattuale eccessivamente oneroso e obiettivamente non conveniente, come avviene nella ipotesi di importo a base d'asta incongruo o insufficiente;
- bandi contenenti insuperabili carenze nell'indicazione di dati essenziali per la formulazione dell'offerta, ovvero che presentino formule matematiche del tutto errate.

2.10.4. E' proprio il carattere *eccezionale* e straordinario di tale potere-dovere di immediata impugnazione, con la correlata legittimazione da riconoscersi anche in capo all'operatore "*non partecipante*", ad imporre un approccio metodologico ed ermeneutico assai *rigoroso*, teso a *circoscrivere* –piuttosto che ad ampliare- il ventaglio delle clausole cd. "escludenti" (in questo solco, peraltro, si collocano inequivocabilmente le statuizioni di CdS a.p., 4/18).

2.10.5. E, invero, il principio generale è quello per cui le regole del giuoco, in quanto non determinanti una immediata lesione della sfera giuridica perché preclusive *ab imis* della possibilità di partecipare e, quindi immediatamente frustranti la *chance*, intesa quale autonomo bene della vita, di ottenere la commessa:

- assumono attitudine lesiva per l'interessato (che abbia, perciò partecipato alla gara) solo allorquando è definitivamente sfumata la *spes* di conseguimento del bene della vita agognato, in tal guisa rimanendo insoddisfatto l'interesse finale di cui è titolare;
- vanno impugunate contestualmente agli atti di approvazione della graduatoria definitiva e di aggiudicazione della commessa ad "altri", unitamente cioè agli atti che

definiscono la procedura concorsuale e, dunque, identificano il soggetto destinatario della attribuzione patrimoniale e, per converso, il soggetto leso (o i soggetti lesi), rendendo attuale e concreta il nocumento alla sfera soggettiva del partecipante collocatosi in posizione deteriore (CdS, V, 27 ottobre 2014, n. 5282).

2.10.6. E ciò in conformità dei principi generali in tema di interesse a ricorrere, *id est* di *legitimatio ad processum* – la cui *ratio*, comune a quella dell'altra condizione dell'azione costituita dalla legittimazione ad agire (*legitimatio ad causam*), è funzionale ad evitare il compimento di attività inutili e sprechi della risorsa giustizia, in ossequio ad un interesse di ordine pubblico processuale “metaindividuale” volto a garantire efficienza ed efficacia al processo in conformità degli artt. 111 Cost., 6 e 13 CEDU, 47 Carta UE- inteso come concreta possibilità di perseguire un bene della vita, anche di natura morale o residuale, attraverso il processo, in corrispondenza di una lesione diretta ed attuale dell'interesse protetto, a norma dell'art. 100 c.p.c. (CdS, VI, 1156/16; TAR Lombardia, I, 2 aprile 2019, n. 731).

2.10.7. Orbene, alla luce di quanto sopra esposto, non può non rilevarsi la natura *non escludente* delle contestate previsioni di gara, comechè:

- pacificamente *non afferenti ai requisiti soggettivi* dei partecipanti, attenendo alla struttura del contratto nonché agli obblighi informativi gravanti in capo alla stazione appaltante, e non inveranti clausole impedienti o ostative *de iure* alla partecipazione;
- del pari *non impositive* di oneri manifestamente incomprensibili, ovvero del tutto *sproporzionati*, tali da impedire *de facto* la partecipazione della impresa, secondo un metro di giudizio improntato all'*id quod plerumque accidit* e al contegno ordinariamente esigibile da un operatore professionale, il cui agere è improntato a canoni di economicità e di diligenza, e tenendo conto, altresì, dello “*specifico punto di vista dell'impresa e della sua specifica organizzazione*” (CdS, V, 27 novembre 2019, n. 8087; CdS, III, 21 febbraio 2019, n. 513).

2.10.8. E tuttavia, siccome *supra* ampiamente esposto, le regole di gara in concreto foggiate dalla amministrazione, che pur non assumono carattere escludente:

- risultano infrangere il disposto dell'art. 34 del d.lgs. 50/16 e dei criteri ambientali minimi applicabili consequenzialmente applicabili *in subiecta materia*, tenuto conto delle specifiche circostanze di fatto siccome sopra acclerate;

- assumono, altresì, *valenza lesiva della libertà negoziale* del partecipante di, pienamente ed effettivamente: *i)* concorrere per l'aggiudicazione di un appalto, di durata triennale, rispettoso dei criteri ambientali minimi foggiate per il "caso A" nel DM del 7 marzo 2012; *ii)* disporre di tutti le informazioni necessarie onde poter formulare una offerta *maggiormente aderente* ai fabbisogni ed ai desiderata della stazione appaltante; *iii)* competere, su di un piede di parità, con tutte gli altri concorrenti, ivi compreso il gestore uscente (facente parte del RTI controinteressato) che "*per definizione*" era in possesso di un *privilegium* informativo non goduto dagli altri e, peraltro, non neutralizzato a cagione dell'inadempiente contegno della stazione appaltante; *iv)* godere, indi, di un completo quadro informativo, non assicurato per contro dal contegno della stazione appaltante, in violazione del punto 4.3. dei CAM applicabili, nonché dei principi generali in tema di trasparenza, non discriminazione e parità di trattamento, sì da eliminare *in nuce* "i rischi di favoritismo e di arbitrio da parte dell'Amministrazione aggiudicatrice" (CGUE, 2 maggio 2019, causa C-309/18; CGUE 14 dicembre 2016, causa C-171/15).

2.10.9. Orbene, trattasi di vizio che:

- afferisce alla regolarità della effettiva modulazione della gara e del suo dispiegarsi;

- incide sulla autonomia della impresa e sulla sua possibilità di consapevolmente partecipare e concorrere, pur *non precludendo in radice –de iure aut de facto-* la adesione alla gara;

- assume una effettiva attitudine lesiva della sfera del concorrente, attuale e concreta, solo successivamente all'aggiudicazione dell'appalto nei confronti del terzo (CdS, III, 6 novembre 2019, n. 7595).

2.10.10. Di qui la tempestività delle censure e la infondatezza delle eccezioni delle resistenti, ivi compresa quella circa una pretesa "acquiescenza" prestata dalla ricorrente alla disciplina di gara, stante la rimarcata carenza di lesività immediata di essa disciplina.

2.11. Evanescente, di poi, si appalesa la ulteriore eccezione di inammissibilità, pel tramite della quale le resistenti –che pure, con la prima obiezione di rito, insistono per la immediata attitudine lesiva delle previsioni di gara *de quibus*- allegano, di contro ed in una prospettiva tutt'affatto antitetica (e fors'anche inconciliabile con la immediatamente pregressa linea defensionale) la inammissibilità del ricorso per carenza di interesse, stante la inesistenza di un effettivo *vulnus* per la sfera della ricorrente *causalmente riconducibile* alle contestate previsioni concorsuali.

2.11.1. E, invero:

- la lesione alla sfera giuridica della ricorrente riviene dal provvedimento di aggiudicazione dell'appalto al RTI controinteressato;
- è tale incontestabile nocumento, che depriva la ricorrente del bene della vita agognato, ad *inverare* e *rendere attuale* l'interesse alla rimozione dei vizi di legittimità *quodammodo* inficianti la procedura;
- se i vizi lamentati afferiscono "*atomisticamente*" al segmento finale della procedura e alla posizione di altri concorrenti – "vincitore" della gara ovvero altri partecipanti posti in posizione migliore nella graduatoria- è evidente che l'interesse che sorreggere la domanda giudiziale è quello volto al conseguimento della commessa (*interesse finale*); di qui l'onere di allegare e dimostrare che dalla rimozione del vizio discende la *potiore* collocazione in graduatoria del ricorrente rispetto

all'aggiudicatario, nonché agli altri concorrenti che eventualmente dovessero ancora precedere esso ricorrente (cd. "prova di resistenza");

- di contro, allorché le censure attengano alle modalità di indizione e di svolgimento della procedura e alle regole di gara –volte alla emersione di vizi idonei a *travolgere in toto* la procedura- sarà l'interesse alla *riedizione* della gara a costituire l'indefettibile sostrato, attuale e concreto, della domanda caducatoria (*interesse strumentale*); in tal caso, indi, è giustappunto la necessità di procedere alla rinnovazione della procedura a costituire *ex se* un *vantaggio* per la sfera giuridica del concorrente pretermesso, sostanziandosi in una *chance* di conseguimento della successiva commessa, causalmente riconducibile al richiesto intervento giudiziale.

2.11.2. Valga, all'uopo, il richiamare il pacifico insegnamento per cui la verifica positiva della sussistenza dell'interesse all'impugnativa comporta che l'effettiva *utilitas* per il ricorrente, riveniente dall'invocato annullamento degli atti gravati, possa essere identificata non solo nel conseguimento dell'aggiudicazione dell'appalto pubblico, ma anche nella mera rinnovazione della gara; di talchè non sussiste in capo al ricorrente deducente l'onere di fornire alcuna prova di resistenza quando le censure proposte sono dirette ad ottenere l'annullamento dell'intera procedura; *“ciò è tanto più vero nell'ipotesi in cui oggetto di censura sono le stesse regole fondamentali poste a fondamento della valutazione delle offerte, sulla cui base si è svolta la selezione, e le dette regole siano state il frutto di procedure errate e scarsamente intelligibili che abbiano minato l'intero esito del confronto competitivo. L'utilitas – che in ipotesi siffatte la parte ricorrente in giudizio può ritrarre – è quella della rinnovazione della gara, interesse strumentale che la Corte di Giustizia UE riconosce, nelle controversie relative all'aggiudicazione di appalti pubblici, come meritevole di tutela per esigenze di effettività (cfr. Cons. Stato, sez. III, 16 aprile 2018, n. 2258)”* (CdS, III, 22 ottobre 2018, n. 6035).

2.11.3. Del resto si è riconosciuto sussistente l'interesse a ricorrere del soggetto che:

- originariamente escluso dall'Amministrazione, con provvedimento ritenuto legittimo dal Giudice escluso, faccia valere con motivi aggiunti la mancata esclusione della ditta aggiudicataria, al fine di ottenere la riedizione della gara (CGUE, 10 maggio 2017, in causa C-131/16, *Archus*; Cass., SS.UU., 29 dicembre 2017, n.31226);

- esperendo ricorso principale avverso l'aggiudicazione al terzo, sia stato destinatario di un ricorso incidentale "escludente" positivamente scrutinato dal Giudice; in tal caso, e a prescindere dai concorrenti rimasti in gara e utilmente collocati in graduatoria, l'offerente "*deve vedersi riconoscere un legittimo interesse all'esclusione dell'offerta dell'aggiudicatario*" in quanto "*non si può escludere che, anche se la sua offerta fosse giudicata irregolare, l'amministrazione aggiudicatrice sia indotta a constatare l'impossibilità di scegliere un'altra offerta regolare e proceda di conseguenza all'organizzazione di una nuova procedura di gara*" (CGUE, 5 settembre 2019, in causa C-333/18, § 27).

2.11.4. Di talchè:

- *se è stato reputato meritevole di tutela* con la possibilità di accesso al Giudice (art. 47 Carta di Nizza) -all'uopo recedendo il pur fondamentale principio di *autonomia processuale* degli Stati membri - *l'interesse alla riedizione* della procedura, ancorchè soltanto *potenziale ed eventuale*; di qui l'obbligo di procedere alla disamina: *i)* dei motivi aggiunti esperiti dal partecipante escluso avverso l'aggiudicazione al terzo, anche in caso di riedizione del ricorso principale avverso l'esclusione; *ii)* dei ricorsi intesi alla reciproca esclusione "*quali che siano i numeri dei partecipanti alla procedura di aggiudicazione dell'appalto e il numero di quelli che hanno presentato ricorso*";

- *a fortiori* la idoneità di un tale interesse strumentale non mai può essere disconosciuta nella ipotesi -quale quella che ci occupa- ove la riedizione della procedura della gara, lungi dall'essere aleatoria e potenziale, si attegga di contro quale *conseguenza necessitata* dell'invocato *dictum* giudiziale di annullamento.

2.11.5. In ogni caso, sia detto *ad abundantiam*, va rilevato che, siccome già prospettato dalla ricorrente nell'atto introduttivo (in particolare, pagg. 6 e 12), e di poi lumeggiato

nei successivi scritti difensivi, la compressione della libertà di autodeterminazione della ricorrente e del suo buon diritto di concorrere per la aggiudicazione di un appalto rispettoso dei criteri ambientali minimi contemplati per il “*caso A*” di cui al DM 7 marzo 2012 si è sostanziato:

- nella lesione, *radicitus*, della possibilità di partecipare alla assegnazione di un determinato tipo di appalto, peraltro avente durata al massimo triennale;
- nella lesione delle prerogative della ricorrente di formulare una offerta consapevole, aderente ai bisogni della Amministrazione; è di intuitiva evidenza, invero –siccome confermato peraltro, dai medesimi criteri di attribuzione dei punteggi (a.1, b.2, c.2, e d)- che tutte le informazioni omesse dalla stazione appaltante, in dispregio del DM 7 marzo 2012 e, indi, dell’art. 34 del d.lgs. 50/16, hanno certamente compresso le facoltà della ricorrente di presentare una offerta tecnicamente più accurata e rispondente alla bisogna; i criteri di attribuzione del punteggio foggianti nel bando, invero, valorizzavano: analisi e valutazione dello stato di consistenza degli impianti (a.1.); qualità tecnico-funzionale delle opere previste e loro congruità rispetto alle necessità della stazione appaltante, all’adeguamento normativo, al risparmio energetico, alla riduzione delle emissioni in atmosfera e all’incremento del comfort invernale degli edifici (b2); qualità tecnico-funzionale delle opere previste e loro congruità rispetto alle necessità della stazione appaltante, al risparmio energetico, alla riduzione delle emissioni in atmosfera e all’incremento del comfort invernale degli edifici punti qualità tecnico-funzionale delle opere previste e loro congruità rispetto alle necessità della stazione appaltante, al risparmio energetico, alla riduzione delle emissioni in atmosfera e all’incremento del comfort invernale degli edifici (c2); entità complessiva del risparmio energetico annuale derivante dalle opere di riqualificazione minimale e migliorative (d).

2.11.6. Di guisa che le osservazioni delle resistenti –relative in qualche modo alla mancata prova di resistenza ovvero alla mancata dimostrazione dell’asserito

vantaggio informativo di cui avrebbe goduto il RTIO aggiudicatario- obnubilano il di per sé dirimente rilievo per cui i vizi riscontrati sono idonei a *minare nel suo complesso* la procedura, in quanto:

- posta in essere al fine di procedere alla stipulazione di un contratto tutt'affatto diverso, per oggetto e durata, da quello *ex lege* (DM 7 marzo 2012 e art. 34 d.lgs. 50/16) “consentito”; non rileva, all'uopo, neanche la circostanza che nel gravame introduttivo non fosse esplicitata una specifica lesione afferente alla diversità dell'oggetto del contratto, doglianza che, comunque, era connaturata alla ulteriore censura afferente alla violazione degli obblighi informativi e, in particolare, a quelli relativi alle certificazioni e diagnosi energetiche degli impianti/edifici; e, invero, una volta lamentata da parte della ricorrente la erronea sussunzione della fattispecie nel “*caso B*”, anziché nel “*caso A*”, la valenza invalidante della procedura che discende *ex lege* dalla certazione del Giudice - attenendo alla cd. *zona dell'effetto* della regola (giudiziale) – è *ex se* idonea a garantire il soddisfacimento dell'interesse strumentale alla riedizione della gara; chè, naturalmente e come sopra esposto, è anche tale interesse (oltre a quello finale, alla aggiudicazione della commessa) a validamente sorreggere la domanda caducatoria che ne occupa;

- in concreto dispiegatasi in violazione delle necessarie guarentigie spettanti a tutti i partecipanti, in punto di completa informazione e di riduzione delle eventuali *asimmetrie* esistenti con altri partecipanti (come ad esempio il gestore uscente), e dunque lesive del principio di trasparenza e della *par condicio competitorum*.

3. L'accoglimento del gravame esperito da Carbotermo (RG 2042/19) è idoneo a riverberare, naturalmente, i suoi effetti anche nel giudizio intentato da Siram (RG 1805/19) avverso l'atto di aggiudicazione -in cui si è dispiegato altresì ricorso incidentale ad opra del RTI aggiudicatario- in quanto avente ad oggetto un atto, l'aggiudicazione appunto, che:

- pure rientra nel più generale *spettro caducatorio* irradiato dalla pronuncia sul ricorso (RG 2042/19) e deve considerarsi, pertanto –in ragione dell'accoglimento del coevo gravame esperito da Carbotermo- *non più esistente pel mondo del diritto* e, dunque, inidoneo a spiegare qualsivoglia efficacia lesiva nei confronti della ricorrente principale Siram;

- costituisce il segmento conclusivo di una procedura concorsuale annullata *in toto*, a cagione dell'acclarata illegittimità delle generali previsioni di gara *principaliter* impugnate con il ricorso (RG 2042/19) e della radicale connotazione dei vizi riscontrati, afferenti alla stessa disciplina di gara.

3.1. La caducazione del provvedimento di aggiudicazione e, in generale, degli atti della procedura determina:

- il radicale travolgimento dell'assetto di interessi, siccome colà divisato e quivi censurato da Siram;

- un mutamento decisivo della situazione di fatto e di diritto *in allora* esistente, inverando e concretando una causa di sopravvenuta carenza di interesse alla ulteriore coltivazione del gravame e dei motivi aggiunti, comechè funzionali ad una richiesta caducatoria di atti non più esistenti ed efficaci, in quanto annullati dalla coeva pronuncia resa sul ricorso proposto da Carbotermo;

- il sopraggiungere di una causa irrimediabilmente ostativa ad una pronuncia sul merito;

- il venir meno della condizione dell'azione costituita dall'interesse a ricorrere;

- il consequenziale assorbimento del ricorso incidentale esperito dal RTI aggiudicatario.

3.2. Si impone, dunque, la declaratoria di improcedibilità del gravame (RG 1805/19) e dei motivi aggiunti a' sensi dell'art. 35, comma 1, lett. c), c.p.a., con il consequenziale assorbimento del ricorso incidentale.

4. Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate in dispositivo nel giudizio (RG 2042/19) per quanto attiene al Comune, nel mentre possono essere compensate nei rapporti tra la ricorrente principale e il RTI controinteressato in ragione della natura della pronunzia definitiva del giudizio. Per le medesime ragioni va disposta la compensazione delle spese di lite tra tutte le parti costituite nel giudizio (RG 1805/19).

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sui ricorsi, come in epigrafe proposti:

- li riunisce ai sensi dell'art. 70 c.p.a;
- accoglie il ricorso (R.G. n. 2042/19) esperito da Carbotermo s.p.a. e, per l'effetto, annulla gli impugnati provvedimenti, con il correlato obbligo per la stazione appaltante di procedere alla riedizione della gara alla luce dei principi enunciati in parte motiva;
- condanna il Comune di Cinisello Balsamo alla refusione delle spese del giudizio (RG 2042/19) in favore di Carbotermo s.p.a., che liquida complessivamente in € 6.000,00, oltre accessori come per legge e al rimborso del contributo unificato nella misura effettivamente versata dalla ricorrente; compensa le spese di lite tra la ricorrente e il RTI controinteressato;
- dichiara la improcedibilità del ricorso e dei motivi aggiunti (RG 1805/2019) proposti da Siram s.p.a., con assorbimento del ricorso incidentale spiegato da A2A Calore & Servizi s.r.l., nei sensi di cui alle superiori considerazioni;
- compensa integralmente tra tutte le parti costituite le spese di lite nel giudizio (RG 1805/19).

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 12 febbraio 2020 con l'intervento dei signori magistrati:

Domenico Giordano, Presidente

Fabrizio Fornataro, Consigliere

Rocco Vampa, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

Rocco Vampa

IL PRESIDENTE

Domenico Giordano

IL SEGRETARIO