

N. 10473/2024REG.PROV.COLL.

N. 06656/2024 REG.RIC.



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 6656 del 2024, proposto dal Consorzio Stabile CMF, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in relazione alla procedura CIG 965786959F, rappresentato e difeso dagli avvocati Francesco Rizzo, Francesco Gesess e Edward William Watson Cheyne, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Azienda Sanitaria Locale Taranto, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Mariangela Carulli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Edison Next Government S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Giovanni Bruno, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Savoia 31;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia, sezione staccata di Lecce (Sezione Terza) n. 00815/2024, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Edison Next Government S.r.l. e di Azienda Sanitaria Locale Taranto;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120 cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 12 dicembre 2024 il Cons. Giovanni Tulumello, e uditi per le parti gli avvocati Edward William Watson Cheyne, Mariangela Carulli e Carlo Giuseppe Terranova (su delega dell'Avv. Giovanni Bruno);

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con sentenza n. 815/2024 il T.A.R. della Puglia, sezione staccata di Lecce, ha respinto il ricorso proposto dal Consorzio Stabile C.M.F., in proprio e quale capogruppo mandatario del R.T.I. con COMAT S.p.A., per l'annullamento dell'aggiudicazione a Edison Next Government S.r.l. della procedura aperta di gara per l'affidamento dell'appalto del servizio integrato di manutenzione del patrimonio immobiliare della Azienda Sanitaria Locale di Taranto, attinente a tutte le attività afferenti all'esercizio, gestione, conduzione, manutenzione, verifica e miglioramento degli immobili, impianti e macchine, il servizio energia, prestazioni integrative e lavori a misura, per un periodo di cinque anni.

L'indicata sentenza è stata impugnata con ricorso in appello dalla ricorrente in primo grado.

Si sono costituite in giudizio, per resistere al ricorso, la stazione appaltante e l'aggiudicataria (controinteressata).

Il ricorso è stato trattenuto in decisione alla pubblica udienza del 12 dicembre 2024.

2. La sentenza impugnata:

2.1. ha respinto la censura relativa al mancato possesso del requisito di capacità tecnico - professionale previsto, a pena di esclusione, dall'art. 5.2.3 del Disciplinare, consistente nel possesso dell'attestazione S.O.A. per un valore di Euro 5.750.000,00 per la categoria OG1, Classe VI (che l'aggiudicataria ha dichiarato di possedere grazie a contratto di avvalimento con Edison Next s.p.a): qualificato il contratto come avvalimenti tecnico-operativo, la sentenza ha ritenuto che esso *“possiede - a ben vedere - tutte le caratteristiche necessarie al raggiungimento dell'attestazione S.O.A. per la Categoria OG1 Classe VI dell'importo di Euro 5.750.000,00, alla luce della valutazione complessiva del regolamento negoziale di che trattasi?”*;

2.2. ha respinto la censura con cui *“il Consorzio ricorrente si duole che la aggiudicataria avrebbe omesso di rendere la dichiarazione circa la sussistenza dei gravi illeciti, di cui all'art. 80, comma 3, del D. Lgs. n. 50/2016, con riferimento ai Consiglieri di amministrazione (Alonso Inigo Bertrand; Piergiuseppe Biandrino; Maurizio Malusardi; Ronan Lory), nonostante gli stessi sarebbero stati -secondo la tesi della parte ricorrente - muniti di poteri gestori. Analogamente, tale omissione avrebbe riguardato la posizione del Socio Unico (Edison Next S.p.A.)”*: il T.A.R. ha ritenuto in proposito che *“la dichiarazione di cui all'art. 80, comma 3, del D. Lgs. n. 50/2016 e ss.mm. non possa che riguardare - come testualmente previsto dalla legge - (soltanto) i membri del Consiglio di amministrazione cui sia stata conferita la legale rappresentanza della Società di capitali mentre, nel caso di specie, i predetti soggetti non avevano alcun potere in tal senso,*

essendo (soltanto) previsto - tra i poteri del Consiglio di Amministrazione - che costoro potevano (eventualmente) essere chiamati a rappresentare la Società di fronte ai terzi per l'esecuzione delle delibere assunte dal Consiglio di Amministrazione di cui siano specificatamente incaricati. Quanto, poi, alla ulteriore dedotta omessa dichiarazione circa gli eventuali illeciti commessi dal socio unico, lo stesso art. 80, comma 3, del D. Lgs. n. 50/2016 e ss.mm. precisa che tale obbligo riguarda il caso in cui il predetto socio unico sia costituito da una persona fisica mentre, nel caso di specie, è emerso che la Edison Next S.p.A. è, per l'appunto, una persona giuridica”;

2.3. ha respinto la censura con la quale si deduceva la “*violazione e/o falsa applicazione dell’art. 95 del D. Lgs. n. 50/2016 e ss.mm. e la violazione e/o falsa applicazione dell’art. 9 del Disciplinare, violazione e/o falsa applicazione del principio di trasparenza, dal momento che vi sarebbe stata, nel caso di specie, una asserita illegittima attribuzione da parte di tutti i Commissari di un punteggio identico con riferimento a ciascuno dei criteri e sottocriteri di valutazione*”;

2.4. ha, infine, respinto il motivo con cui si censurava la legge di gara per mancato inserimento nella stessa dei criteri ambientali minimi previsti dal d.m. 7 marzo 2012, relativi agli “*interventi di razionalizzazione, riqualificazione e di efficientamento energetico del sistema edificio – impianti*”: la sentenza precisa che “*l’oggetto dell’appalto di che trattasi riguarda esclusivamente il servizio di manutenzione del patrimonio immobiliare e degli impianti presenti all’interno delle strutture sanitarie della A.S.L. di Taranto, dovendo considerarsi il predetto richiamo operato nella lex specialis come un mero refuso*”.

3. Il ricorso in appello:

3.1. censura il rigetto del primo motivo del ricorso di primo grado, deducendo che la sentenza sarebbe “*fondata su di un travisamento della normativa di riferimento e, soprattutto, sulla non corretta interpretazione del contratto di avalimento*”, in quanto:

3.1.1. “*l’avalimento non si concretizza nella messa a disposizione di tutti quei fattori della produzione e di tutte le risorse che hanno consentito all’ausiliaria di conseguire l’attestazione SOA*

OG1 per la classe V” (si tratterebbe di tre operai un contract manager ed alcuni mezzi e attrezzature), irrilevante risultando l’impegno dei supervisor dell’ausiliata;

3.1.2. *“l’inidoneità del contratto consegue dal fatto che le risorse ed i mezzi de quibus non saranno messi a disposizione di ENG in maniera costante e continuativa, ma continueranno a svolgere la propria attività lavorativa per Edison Next intervenendo a supporto dell’ausiliata solo “a chiamata”;*

3.1.3. il corrispettivo contrattuale, pari a 10.000 €, *“sarebbe del tutto irrisorio laddove Edison Next mettesse effettivamente a disposizione di ENG risorse, mezzi ed attrezzature per colmare la carenza di qualificazione SOA OG1 per un controvalore di 2.250.000€”;*

3.1.4. in relazione ad una lettura integrata e non parcellizzata del contratto:

3.1.4.1. dalla lettura combinata delle clausole contrattuali emergerebbe che *“non vi sarà un’effettiva integrazione dei complessi aziendali e che le risorse effettivamente messe a disposizione, peraltro in maniera occasionale e prevalentemente a distanza, sarebbero soltanto i 3 operai ed il contract manager, esattamente come censurato da CMF”;*

3.1.4.2. il riferimento alla clausola con cui l’ausiliaria concede «in godimento tutte le attrezzature necessarie a garantire l’esecuzione delle prestazioni di cui al requisito prestato e quindi strutture, personale qualificato, *know how*, tecniche operative, come sistematica formazione delle risorse e verifica del livello di apprendimento» non muterebbe le cose;

3.1.4.3. le clausole con le quali si prevede che il contratto *«avrà efficacia per tutta la durata dell’appalto di cui alla precedente premessa 1 comprensiva di eventuali proroghe e/o rinnovi, sino all’estinzione di tutte le obbligazioni pendenti tra ENG e Edison Next e/o nei confronti della Stazione Appaltante in base al contratto di appalto»* e che *«le imprese, Ausiliata e Ausiliaria, saranno responsabili in solido nei confronti della Stazione Appaltante in relazione alle prestazioni oggetto dell’appalto»* non muterebbero il giudizio di inidoneità del contratto

di avvalimento a “*garantire l’effettiva integrazione tra organizzazioni aziendali (dell’ausiliaria e dell’ausiliata) e la messa a disposizione dei mezzi e delle risorse effettivamente necessarie per il conseguimento della qualificazione SOA*”.

3.1.5. Il principio per cui il contenuto del contratto di avvalimento non debba essere analitico va riferito ad una fattispecie in cui comunque il contratto indica delle risorse, laddove nel caso di specie le risorse indicate risulterebbero inadeguate;

3.1.6. la dichiarazione resa da Edison Next nel modello 10 prodotto all’organismo di attestazione sarebbe inidonea ad integrare le carenze negoziali, perché generica;

3.1.7. quanto al personale il richiamo della sentenza all’art. 79, co. 10, del d.P.R. n. 207/2010 “*appare tuttavia ultroneo, poiché in questa sede non si discute se l’ausiliaria Edison Next aveva i requisiti per conseguire la qualificazione, ma piuttosto se i mezzi (e quindi anche il personale) messo a disposizione dell’ausiliata ENG sia idoneo a soddisfare le esigenze sottese all’avvalimento operativo*”.

3.1.8. non si comprende il richiamo del T.A.R. al fatto che l’aggiudicataria avrebbe potuto partecipare alla gara anche senza fare ricorso all’avvalimento “*Il richiamo all’art. 79, co. 10, del d.P.R. n. 207/2010 appare tuttavia ultroneo, poiché in questa sede non si discute se l’ausiliaria Edison Next aveva i requisiti per conseguire la qualificazione, ma piuttosto se i mezzi (e quindi anche il personale) messo a disposizione dell’ausiliata ENG sia idoneo a soddisfare le esigenze sottese all’avvalimento operativo*”; tale richiamo è comunque infondato perché Edison Next non si è avvalsa di tale facoltà, e che comunque “*la norma del Disciplinare che consente di derogare alla produzione del contratto nel caso di avvalimento infragruppo nulla cambia ai fini della delibazione della censura in esame, posto che sussiste in ogni caso l’obbligo della puntuale individuazione dei mezzi e risorse messi a disposizione dall’ausiliaria e che quelli concretamente messi a disposizione da Edison Next risultano insufficienti per soddisfare le esigenze sottese all’avvalimento necessario a ENG per poter validamente partecipare alla gara*”.

3.2. Il gravame censura poi il rigetto del secondo motivo del ricorso di primo grado, deducendo che *“il potere di “rappresentare la società di fronte ai terzi” concretizza nient’altro se non la “legale rappresentanza” alla quale l’art. 80, co. 3, del d.lgs. 50/2016 ricollega l’obbligo dichiarativo di cui è lamentata da CMF la violazione; obbligo che, peraltro, deriverebbe dall’essere i predetti soggetti comunque riconducibili tra i «membri degli organi con poteri di direzione o di vigilanza o dei soggetti muniti dei poteri di direzione o di controllo ...»”*.

3.3. L’appello contesta anche il rigetto del terzo motivo del ricorso di primo grado, deducendo che il T.A.R. avrebbe frainteso la portata del mezzo: *“l’identità dei punteggi non assumeva rilevanza ex se, ma quale espressione e conseguenza dell’omissione della fase di valutazione individuale che, secondo quanto previsto dall’art. 9 del Disciplinare, doveva precedere la valutazione collegiale”*.

3.4. Il mezzo critica infine il rigetto del quarto motivo del ricorso di primo grado, deducendo che:

3.4.1. *“la lex specialis doveva (e deve) ritenersi soggetta all’obbligo di adeguamento dei CAM anche nell’ipotesi in cui le prestazioni oggetto di affidamento non dovessero essere riconducibili tra quelle qualificabili come servizio energia”; le prestazioni dedotte in contratto “sarebbero state allora riconducibili nell’ambito applicativo del d.m. 23 giugno 2022, recante i Criteri ambientali minimi per l’affidamento del servizio di progettazione di interventi edilizi, per l’affidamento dei lavori per interventi edilizi e per l’affidamento congiunto di progettazione e lavori per interventi edilizi, che ha sostituito il precedente d.m. 11 ottobre 2017, recante i Criteri ambientali minimi per l’affidamento di servizi di progettazione e lavori per la nuova costruzione, ristrutturazione e manutenzione di edifici pubblici. Trattasi, comunque, di CAM di cui la lex specialis avrebbe dovuto tener conto, recependo i criteri ivi dettati (quanto meno), ma così, invece, non ha fatto”*;

3.4.2. in ogni caso il T.A.R. ha equivocato le difese della ASL, confondendo *“la fornitura di energia combustibile con le attività di efficientamento energetico, che sono tra loro due*

cose distinte”. (...) “tra le prestazioni oggetto di affidamento vi è anche quella di redazione dei progetti esecutivi di efficientamento energetico da eseguirsi in coerenza con il CAM di cui al d.m. 7 marzo 2012: sul punto le affermazioni della Stazione appaltante, come sopra richiamate, assumono valenza confessoria e, comunque, il dato risulta per tabulas”;

3.4.3. *“diversamente da quanto ritenuto dal TAR, le attività di manutenzione degli impianti elettrici non hanno affatto carattere accessorio e non riguardano soltanto l’«eventuale riparazione e messa in sicurezza dei generatori elettrici di soccorso», come inequivocabilmente si desume dalla disamina del capitolato tecnico, proprio nell’art. 4, lett. b) richiamato dalla stessa sentenza”: ne consegue la necessità dell’applicazione dei cam “con riferimento a tutte le prestazioni cui i relativi criteri si riferiscono, a prescindere dalla natura principale o (in ipotesi) accessoria nell’ambito dello specifico appalto; e ciò vuoi perché l’applicabilità della disciplina de qua non può essere condizionata dalle modalità con cui la Stazione appaltante decide di organizzare un appalto (potendo altrimenti evitare l’applicazione della normativa CAM semplicemente aggregando le prestazioni che ne formano oggetto ad altre, di maggiore rilevanza economica, che fuoriescono dal suo ambito applicativo), vuoi perché nessuna distinzione in tal senso è rinvenibile nell’art. 34 del d.lgs. 50/2016, risultando, pertanto, del tutto priva di fondamento normativo”.*

3.5. L’appellante domanda, oltre all’annullamento dei provvedimenti impugnati, anche il risarcimento del danno in forma specifica (mediante subentro) o per equivalente.

4. Le parti appellate hanno contestato nei loro scritti difensivi gli argomenti su cui si fondano i motivi di appello.

5. Ritiene il Collegio che nell’ordine logico delle questioni debbano essere prioritariamente esaminati i motivi di appello concernenti i capi della sentenza di primo grado che hanno pronunciato sulle censure – relative all’aggiudicazione disposta nei confronti della controinteressata – proposte in via principale dalla

ricorrente, e solo successivamente possa esser esaminato il motivo – relativo invece alla prospettata invalidità dell'intera gara - concernente la decisione del T.A.R. resa in relazione alla censura relativa all'applicazione dei criteri ambientali minimi, proposta in via subordinata dalla ricorrente nel giudizio di primo grado.

Nel processo amministrativo impugnatorio di legittimità la parte può graduare, esplicitamente ed in modo vincolante per il giudice, i motivi e le domande di annullamento, ad eccezione dei casi in cui, *ex art. 34, comma 2, cod. proc. amm.*, il vizio si traduca nel mancato esercizio di poteri da parte dell'autorità per legge competente (Cons. Stato, Ad. plen., 27 aprile 2015, n. 5): il che vale per il giudizio amministrativo di primo grado, ma ovviamente anche per il giudizio di appello, regolato dal principio devolutivo, ragione per cui l'ordine di esame dei motivi di censura è rimesso, in linea di principio, alla prospettazione di parte (Cons. Stato, sez. IV, 18 febbraio 2016, n. 649; sez. V, 19 febbraio 2021, n. 1497).

6. Quanto al primo motivo di appello, deve anzitutto richiamarsi la più recente giurisprudenza di questo Consiglio di Stato (sez. V, n. 8711/2024: ove anche i riferimenti – cui si rinvia – ai principali arresti in argomento), resa anche in applicazione dei principi espressi dalla sentenza n. 23/2016 dell'Adunanza plenaria, secondo la quale *“Al fine di valutare il livello minimo di specificità e di effettività del contratto di avvalimento, ossia del relativo trasferimento di requisiti e risorse, occorre fare leva sui parametri interpretativi di cui al codice civile in tema di contratti. Allorché tale trasferimento non risulti specifico ed effettivo (vuoi perché le risorse non siano specificamente indicate, vuoi perché know how ed esperienza pregressa siano solo enunciate e non anche concretamente trasferite, ad esempio mediante messa a disposizione della dirigenza tecnica o attraverso un programma di formazione) e dunque nell'ipotesi in cui il contratto si limiti a riportare mere enunciazioni di principio (es.*

ripetizione del dato legislativo oppure di quello del disciplinare di gara) il contratto si rivela inevitabilmente generico e indeterminato, dunque suscettivo di nullità”.

L'applicazione al caso di specie dei richiamati canoni esegetici induce il Collegio a ritenere che la sentenza gravata resista alle critiche formulate con il mezzo in esame.

6.1. La peculiarità che connota la fattispecie dedotta è anzitutto data dalla relazione societaria fra le due imprese, che implica un interesse certamente significativo dell'ausiliaria rispetto alle sorti negoziali dell'ausiliata (nel senso di una cooperazione effettiva in sede di adempimento del contratto di avvalimento, e di interpretazione di quest'ultimo come portante una serie di obblighi di risultato rispetto all'esecuzione del contratto di appalto cui accede), e che incide anche sulla valutazione di congruità del corrispettivo pattuito (dovendosi inquadrare l'operazione nel contesto delle relazioni infragruppo).

L'integrazione aziendale fra le due imprese è in quest'ottica un valore aggiunto e non una modalità sostitutiva rispetto al prestito delle risorse (che non deve essere esclusivo, per rispettare il parametro di cui all'art. 89 d. lgs. n. 50/2016).

6.2. Sul piano testuale (e dunque prescindendo dal superiore rilievo) si giunge peraltro alla medesima conclusione, posto che le deduzioni dell'appellante poggiano per un verso su di una lettura atomistica e parcellizzata delle clausole negoziali, laddove dall'insieme del regolamento contrattuale emerge proprio come al di là del dato formale della proprietà dei mezzi (elemento formale che non è tale da smentire la disponibilità sostanziale degli stessi oggetto dell'avvalimento), l'impegno dell'ausiliaria è nel senso di porre gli stessi a disposizione dell'ausiliata in funzione delle esigenze connesse all'esecuzione del contratto di appalto.

Per altro verso, esse scontano il vizio logico discendente dal fatto di far derivare la conclusione dell'invalidità del contratto dal giudizio di ritenuta inadeguatezza delle

risorse indicate nello stesso: tale giudizio, tuttavia, non risulta fondato alla luce del contenuto in contratto, avuto riguardo al parametro normativo sopra richiamato.

In particolare, l'individuazione degli obblighi negoziali non solo in assoluto, ma anche in quanto finalizzati a garantire l'effettiva esecuzione delle prestazioni dell'appaltatore, costituisce una adeguata garanzia della idoneità del contratto di avvalimento ad assolvere alla funzione che gli è propria nella specifica fattispecie.

Ad un esame sostanziale e non meramente formale – secondo il parametro giurisprudenziale da ultimo richiamato – il contratto di avvalimento dedotto nel presente giudizio contiene pertanto una sufficiente indicazione delle risorse messe a disposizione, tale da garantire adeguatamente l'interesse della stazione appaltante ad una efficiente esecuzione della prestazione negoziale da parte dell'appaltatore.

In disparte il profilo della necessità o meno per la controinteressata di ricorrere all'avvalimento, il contratto in questione risulta comunque adeguato – per le ragioni fin qui esposte – a soddisfare i requisiti di qualificazione richiesti nel caso di specie.

7. Il secondo motivo di appello è parimenti infondato.

Dalla documentazione versata in atti risulta che i sopra menzionati consiglieri di amministrazione che non hanno reso la dichiarazione *ex art. 80, comma 3, d. lgs. n. 50/2016*, non vi erano tenuti, non avendo poteri di rappresentanza rispetto alla vicenda dedotta.

L'appellante pretende di ancorare l'adempimento alla generale previsione statutaria dei poteri degli amministratori, ritenendo recessiva “la circostanza che quest'ultimi esercitino tale rappresentanza con riferimento alle delibere rispetto alle quali siano specificamente incaricati” (il che non ricorre comunque nel caso di specie).

Dallo Statuto prodotto nel giudizio di primo grado emerge (pag. 8) che la rappresentanza può essere conferita ai “consiglieri delegati” dal Presidente, titolare

di detto potere; dunque i consiglieri per statuto non hanno – in quanto tali - detto potere, e in tanto possono esserne investiti in quanto destinatari di delega (e non, dunque, come attributo proprio della carica): fattispecie, all'evidenza, meramente eventuale e comunque non documentata nel caso di specie.

Il richiamo alla nozione di “legale rappresentanza” contenuto nel comma 3 del citato art. 80 non può pertanto essere ritenuto avulso dallo specifico riferimento alla vicenda dedotta, pena la previsione di un adempimento non proporzionato alla tutela dell'interesse dell'amministrazione contraente, anche nell'ottica della tassatività delle clausole di esclusione (Cons. Stato, n. 5900/2023).

8. Infondato è altresì il terzo motivo del ricorso in appello.

L'appellante lamenta, come detto, che sarebbe stata omessa la fase di valutazione individuale, che avrebbe dovuto precedere quella collegiale.

A tale affermazione l'argomento di censura giunge muovendo dalla premessa maggiore per cui ciascun commissario ha attribuito il medesimo punteggio a ciascun elemento di valutazione, ed arrivando alla conclusione di ritenere che “ciò è indice inequivocabile della mancanza della fase di valutazione individuale, tanto più tenendo conto del numero e della complessità dei giudizi che nella fattispecie in esame sono stati chiamati ad esprimere”.

Si tratta tuttavia di una mera illazione, o al più di una ipotesi, non riscontrabile con obiettività nella documentazione di gara prodotta in atti: non potendosi escludere, con lo stesso livello di probabilità, l'opposta ipotesi di una convergenza valutativa conseguente a confronto dialettico, come correttamente affermato dalla sentenza impugnata, che sul punto resiste dunque alle critiche dell'appellante (consistenti, come detto, nella mera prospettazione di una possibile, diversa eventualità).

9. Deve essere a questo punto esaminato il quarto motivo di appello, relativo al mancato inserimento nella disciplina di gara dei criteri ambientali minimi che, come accennato, la ricorrente ha formulato in via subordinata rispetto alle altre censure, al fine non di ottenere l'aggiudicazione ma la caducazione dell'intera gara.

Va anzitutto rilevata, preliminarmente e d'ufficio, l'ammissibilità di un simile gravame, in applicazione – alla fattispecie qui dedotta – dei criteri stabiliti dalla sentenza n. 4/2018 dell'Adunanza plenaria di questo Consiglio di Stato, sotto il profilo dell'insussistenza di un onere di immediata impugnazione delle clausole che si assumo lesive per violazione della disciplina in materia di criteri ambientali minimi (posto che in una fattispecie quale quella dedotta nel presente giudizio l'illegittimità per mancato inserimento di detti criteri non refluisce sulla formulazione dell'offerta: non solo in termini di impossibilità assoluta, ma neppure in termini di condizionamento relativo).

La partecipazione alla gara in un'ipotesi del genere non concreta dunque una forma di acquiescenza alle regole di gara stessa, essendo l'impugnazione proponibile all'esito della procedura e avverso l'aggiudicazione, dovendosi pertanto escludere in tale condotta un *venire contra factum proprium* (in questo senso Cons. Stato, sez. V, n. 972/2021; sez. III, n. 8773/2022, n. 2795/2023, n. 1300/2024 e n. 4701/2024).

D'altra parte, l'interesse principale dell'operatore economico è all'aggiudicazione della commessa, adeguando l'offerta alla domanda pubblica (con il limite della possibilità di formulazione dell'offerta): laddove l'interesse pubblico sotteso al conseguimento degli obiettivi ambientali previsti dal piano d'azione per la sostenibilità ambientale (richiamati dal citato art. 34 del d. lgs. n. 50/2016) si radica – in forza di un preciso obbligo normativo - in capo all'amministrazione che predispone la legge di gara.

9.1. Venendo all'esame del merito, deve osservarsi che nel domandare il rigetto del mezzo la ASL ha, tra l'altro, dedotto in contrario, che:

- la portata cogente dell'art. 34 d. lgs. 50/2016 si rinviene in relazione ai successivi decreti ministeriali che specificano le prestazioni; il d.m. 23 giugno 2022 farebbe riferimento ai servizi di manutenzione solo nell'allegato: "Nelle ipotesi di appalti di servizi di manutenzione di immobili e impianti, i presenti CAM si applicano limitatamente ai criteri contenuti nei capitoli "2.5-Specifiche tecniche per i prodotti da costruzione", "2.6-Specifiche tecniche progettuali relative al cantiere" e ai criteri "3.1.2-Macchine operatrici" e "3.1.3-Grassi ed oli lubrificanti per i veicoli utilizzati durante i lavori"; la tesi della ASL è pertanto nel senso che "tali indicazioni attengono evidentemente a specifiche tecniche relative ad appalti aventi ad oggetto *ab origine* determinate e precise attività di manutenzione e non una generalizzata attività di manutenzione su tutti gli immobili ed impianti della stazione appaltante" (si deduce, in sostanza, che l'accessorietà della prestazione rispetto all'oggetto principale del contratto di appalto non imponesse l'obbligatorio recepimento nella legge di gara dei criteri ambientali minimi);

- "nel disciplinare il riferimento all'efficientamento energetico, attiene alle 'proposte migliorative di efficientamento energetico' che le ditte avrebbero dovuto produrre nelle buste di gara. Si è al cospetto, dunque, di mere illustrazioni di interventi di efficientamento energetico e non di progetti veri e propri. Sarebbe stato dunque impossibile definire i CAM da perseguire non conoscendo nemmeno la natura dei potenziali interventi".

9.2. La controinteressata a sua volta, oltre all'eccezione in rito di cui si dirà appresso, ha tra l'altro controdedotto che:

- sarebbe irrilevante la previsione contenuta all'art. 4 del Capitolato tecnico il quale, nel descrivere le prestazioni oggetto di affidamento, contiene un espresso riferimento al Servizio Energia di cui al d. lgs. n. 115/2008, in quanto "l'affidamento in esame non è affatto preordinato alla stipula di un contratto servizio energia. Basti considerare che nel caso in esame non sono presenti i requisiti e le prestazioni, espressamente richiesti dall'art. 4 dell'Allegato 2 al d. lgs. n. 115/2008, per la qualificazione dell'affidamento in termini di contratto servizio energia";
- comparando il contratto in questione con quello relativo alla precedente procedura, poi annullata, emergerebbe che "non essendo l'affidamento in esame preordinato alla stipula di un contratto servizio energia - per l'evidente assenza dei relativi elementi qualificatori (specificamente indicati dal sopra richiamato art. 4 dell'Allegato 2 al d. lgs. n. 115/2008 rubricato "Requisiti e prestazioni del contratto servizio energia") - la stazione appaltante non era tenuta all'applicazione del d.m. 7 marzo 2012, il quale contiene 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'".

9.3. Tanto premesso, il Collegio osserva che il mezzo risulta fondato, con conseguente riforma sul punto della sentenza impugnata, già con riferimento all'originaria formulazione della censura come prospettata nel ricorso di primo grado.

Il d.m. 7 marzo 2012, allegato 1 ("Piano d'azione per la sostenibilità ambientale dei consumi nel settore della Pubblica Amministrazione ovvero Piano d'Azione Nazionale sul Green Public Procurement (PAN GPP) Criteri ambientali minimi per l'affidamento di servizi energetici per gli edifici - Servizio di illuminazione e forza

motrice - Servizio di riscaldamento/raffrescamento”) disciplina, tra l’altro, le attività di manutenzione degli impianti relativi ai servizi energetici, ai servizi di illuminazione e forza motrice, e ai servizi di riscaldamento/raffrescamento.

Il capitolato tecnico della gara in questione ha il seguente oggetto: Servizio integrato di manutenzione del patrimonio immobiliare dell’ASL di Taranto attinente a tutte le attività afferenti all’esercizio, gestione, conduzione, manutenzione, verifica e miglioramento degli immobili, degli impianti e delle macchine, il servizio energia ex d.P.R. n. 412/1993 e d. lgs. n. 115/2008.

Ora, anche a voler considerare erroneo il riferimento finale al servizio energia (nel senso che sicuramente la fornitura di energia è esclusa dall’oggetto del contratto), risulta *per tabulas* una sovrapposizione quanto meno parziale fra l’oggetto della gara e l’oggetto del d.m. da ultimo richiamato.

La “manutenzione degli immobili, degli impianti e delle macchine” (di cui al Capitolato) ricomprende evidentemente anche macchine e impianti relativi ai servizi energetici, di illuminazione e forza motrice, e di raffrescamento/riscaldamento; il capitolato disciplina infatti espressamente gli impianti di climatizzazione (art. 45), gli impianti di illuminazione (art. 17), le attività di “efficientamento energetico del sistema edificio-impianto (art. 4), ma soprattutto “le attività di manutenzione preventiva e correttiva o a guasto, necessarie a mantenere in perfetta efficienza gli impianti tecnologici” (art. 3.1.), e la “manutenzione, miglioramento e continuo monitoraggio degli insiemi impiantistici, dei relativi componenti e sottocomponenti afferenti agli impianti elettrici, compresa la realizzazione di interventi di razionalizzazione, riqualificazione e di efficientamento energetico del sistema edificio-impianto” (art. 4, lett. B).

Tali attività, come detto, rientrano nell'ambito della disciplina recata dal d.m. 7 marzo 2012.

Ne consegue che per questa parte della prestazione contrattuale la legge di gara avrebbe dovuto, per risultare conforme al citato art. 34, essere integrata mediante l'inserimento delle specifiche tecniche e delle clausole contrattuali contenuti nei criteri ambientali minimi di cui al richiamato d.m. 7 marzo 2012.

È appena il caso di osservare che, nel caso di specie, non si pone un problema di sufficiente o adeguato richiamo a tali criteri nella disciplina di gara, posto che la stazione appaltante ha escluso la stessa applicazione degli stessi in ragione della loro ritenuta estraneità all'oggetto del contratto.

9.4. Data la superiore premessa, non rileva in contrario la deduzione del carattere accessorio di tale prestazione rispetto al complessivo oggetto del contratto, in ragione dell'opposto e dirimente rilievo della previsione dei cui al terzo comma del citato art. 34 d. lgs. n. 50/2016.

Oltre a tale indubitabile riferimento testuale ciò che impedisce di accogliere un simile argomento di difesa è la considerazione del tratto sistematico della richiamata disciplina dei criteri ambientali minimi, che impedisce una parcellizzazione e relativizzazione del relativo obbligo normativo proprio in ragione della funzionalizzazione dell'uso del contratto pubblico rispetto agli obiettivi del "Piano d'azione per la sostenibilità ambientale dei consumi nel settore della pubblica amministrazione" (art. 34, comma 1, cit.).

9.5. La stazione appaltante ha altresì dedotto che il riferimento, nella legge di gara, all'efficientamento energetico, riguarda solo le "proposte migliorative", sicché si sarebbe al cospetto di "mere illustrazioni di potenziali interventi di efficientamento energetico e non di progetti veri e propri".

Neppure tale argomento risulta fondato, in quanto dalle sentenze n. 972/2021, 8773/2022 e 4701/2024 (quanto a quest'ultima, con particolare riferimento al punto 7.3. della motivazione) di questo Consiglio di Stato [che il Collegio condivide e alle quali si riporta, anche ai sensi dell'art. 88, comma 2, lett. d), cod. proc. amm., in relazione alle ulteriori questioni dedotte dalle parti in relazione al quarto motivo di appello], può ricavarsi il principio per cui tale collocazione sistematica all'interno della legge di gara non esonera la stazione appaltante dal disciplinare le relative attività in conformità ai relativi decreti ministeriali.

Dalla richiamata giurisprudenza si ricava inoltre il principio per cui l'obbligo di inserimento dei criteri ambientali minimi è vicenda che attiene alla legittimità della legge di gara, quale elemento condizionante il contenuto negoziale, non potendosi predicare la rilevanza unicamente nella fase di esecuzione del contratto (si vedano in tal senso le sentenze n. 2799/2023, relativa proprio ad "interventi di manutenzione su edifici con efficientamento energetico", n. 8773/2022, e n. 4701/2024, in particolare al punto 8.4. della motivazione).

9.6. La fondatezza della censura come formulata in primo grado, vale a dire con riferimento alla violazione dell'art. 34 d. lgs. n. 50/2106 per mancato inserimento nella legge di gara dei criteri ambientali minimi di cui al d.m. 7 marzo 2012, determina l'accoglimento - per questa parte - del ricorso e l'annullamento degli atti con esso impugnati: segnatamente, della legge di gara, e - in virtù dell'effetto caducante (Cons. Stato, sez. V, n. 3538/2021) - anche dei successivi atti della stessa gara.

Il radicale effetto caducatorio della presente pronuncia rende superfluo l'esame dell'ulteriore argomento sviluppato in appello dalla ricorrente, e ritenuto inammissibile dalla controparte; quest'ultima ha infatti eccepito che nel corrispondente motivo del ricorso di primo grado si sarebbe fatto esclusivo

riferimento ai criteri ambientali minimi in materia di energia di cui al d.m. 7 marzo 2012 e non a quelli di cui al d.m. 23 giugno 2022, che sono stati invece richiamati per la prima volta solo in questo grado di giudizio (peraltro, sempre secondo la controparte, in maniera generica, dal che un secondo profilo di inammissibilità eccetto in memoria).

L'accoglimento della censura come originariamente formulata determina infatti in modo autosufficiente un effetto tale da privare di rilievo l'esame dell'ulteriore profilo di violazione sopra richiamato.

9.8. L'accoglimento, nei limiti e nei sensi sopra specificati, dell'impugnativa proposta dall'odierna appellante non consente, oltre alla richiamata pronuncia di annullamento, di accogliere la domanda risarcitoria pure formulata dall'appellante.

Dall'esito del giudizio non risulta infatti che la ricorrente – in relazione al contenuto dell'offerta dalla stessa presentata - sarebbe risultata aggiudicataria della gara ove fosse stato rispettato l'obbligo di inserimento dei criteri ambientali minimi.

La presente pronuncia determina dunque un effetto conformativo consistente nella riedizione della gara, emendata dai vizi accertati, ma non l'accertamento della c.d. spettanza del bene della vita in capo alla ricorrente.

10. La presente decisione è stata assunta tenendo conto dell'ormai consolidato "principio della ragione più liquida", corollario del principio di economia processuale (cfr. Cons. Stato, Ad. plen., 5 gennaio 2015, n. 5, nonché Cass., sez. un., 12 dicembre 2014, n. 26242), che ha consentito di derogare all'ordine logico di esame delle questioni e tenuto conto che le questioni sopra vagliate esauriscono la vicenda sottoposta alla Sezione, essendo stati toccati tutti gli aspetti rilevanti a norma dell'art. 112 c.p.c., in aderenza al principio sostanziale di corrispondenza tra il chiesto e pronunciato (come chiarito dalla giurisprudenza costante, *ex plurimis*, per le

affermazioni più risalenti, Cass. civ., sez. II, 22 marzo 1995, n. 3260, e, per quelle più recenti, Cass. civ., sez. V, 16 maggio 2012, n. 7663, e per il Consiglio di Stato, sez. VI, 19 gennaio 2022, n. 339), con la conseguenza che gli argomenti difensivi non accolti e ciononostante non espressamente richiamati – in ossequio al principio di sinteticità di cui all'art. 3, comma 2, cod. proc. amm. - sono stati dal Collegio ritenuti non rilevanti ai fini della decisione, in ragione dell'economia della stessa, e comunque inidonei a supportare una conclusione di tipo diverso.

L'accoglimento solo parziale del ricorso di primo grado e del ricorso in appello costituisce giusta causa della compensazione delle spese del doppio grado di giudizio fra le parti.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie nei sensi e nei limiti di cui in motivazione, e per l'effetto, in riforma della sentenza gravata, accoglie in parte il ricorso di primo grado ed annulla i provvedimenti con esso impugnati.

Compensa le spese del doppio grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 12 dicembre 2024 con l'intervento dei magistrati:

Rosanna De Nictolis, Presidente

Nicola D'Angelo, Consigliere

Ezio Fedullo, Consigliere

Giovanni Tulumello, Consigliere, Estensore

Raffaello Scarpato, Consigliere

L'ESTENSORE
Giovanni Tulumello

IL PRESIDENTE
Rosanna De Nictolis

IL SEGRETARIO

LAVORI PUBBLICI