

Pubblicato il 20/03/2023

N. 02795/2023REG.PROV.COLL.
N. 00364/2023 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 364 del 2023, proposto da Carbotermo S.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Paolo Sansone, con domicilio eletto presso il suo studio in Milano, Via Gian Battista Bazzoni, n. 2, e domicilio digitale come da PEC nei Registri di giustizia,

contro

- Azienda Zero della Regione Veneto, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Luigi Garofalo, con domicilio eletto presso lo studio Scafarelli in Roma, Via Giosuè Borsi, n. 4 e digitale come da PEC nei Registri di giustizia;
- la Regione Veneto, in persona del Presidente *pro tempore*, non costituita in giudizio;

nei confronti

- del Consorzio Stabile CMF, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in proprio e nella qualità di capogruppo mandataria del costituendo RTI con le mandanti Certosa Servizi S.r.l, CO.S.FEN. Consorzio Stabile e la

consorziata Miecì S.p.a., rappresentato e difeso dagli avvocati Andrea Zoppini, Giorgio Vercillo, Giorgio Fraccastoro, Domenico Menorello, Stefano Baccolini ed Edward William Watson Cheyne, con domicilio digitale come da PEC nei Registri di giustizia;

- di Siram S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, non costituita in giudizio;

- di Gemmo S.p.a, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Alessandro Moscatelli e Paolo Pettinelli, con domicilio digitale come da PEC nei Registri di giustizia;

- di Engie Servizi S.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, non costituita in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto, Sez. III, 30 novembre 2022, n. 1834, resa tra le parti e notificata il 9 dicembre 2022.

Visti i ricorsi e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Azienda Zero della Regione Veneto, del Consorzio Stabile CMF e di Gemmo S.p.a;

Visti tutte le memorie e gli atti della causa;

Relatore, nell'udienza pubblica del giorno 16 marzo 2023, il consigliere Luca Di Raimondo e viste le conclusioni delle parti come da verbale;

Ritenuto in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con deliberazione del Direttore generale n. 282 del 12 giugno 2019, l'Azienda Zero della Regione Veneto, alla quale sono state trasferite, tra le altre, le competenze in materia di gestione degli acquisti centralizzati del Servizio Sanitario Regionale Veneto, ha indetto una procedura aperta telematica, ai sensi dell'art. 60 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, per la “*Gestione Energetica e Tecnologica Integrata degli impianti delle Aziende Sanitarie della Regione del Veneto (GETIS)*”, finalizzata alla stipula di una convenzione

quadro ai sensi degli artt. 3, comma 1, lett. *cc*), e 58, comma 8, del medesimo decreto legislativo, a cui le Aziende Sanitarie del Veneto potranno aderire tramite successivi ordinativi di fornitura, con previsione di validità della convenzione di 4 anni e durata massima degli ordinativi di fornitura di 9 anni.

La gara ha ad oggetto *“l'affidamento, in ambito regionale, del servizio di conduzione e gestione degli impianti tecnologici, elettrici e speciali delle Aziende Sanitarie aderenti, compresa la produzione e la fornitura del calore, la fornitura di energia elettrica, la fornitura di acqua, la realizzazione di interventi di manutenzione sugli impianti e sulle apparecchiature, così come previsto nel Capitolato Tecnico e nei diversi documenti di gara”*, per un valore totale stimato, IVA esclusa, di € 1.509.890.997, 00 ed è suddivisa in cinque lotti.

La stazione appaltante ha chiesto ad ANAC, al fine di ottenerne un giudizio di compatibilità con la normativa unionale e nazionale, di visionare ciascun atto di gara che Azienda Zero andava via via redigendo prima della sua adozione definitiva.

2. Carbotermo S.p.a. (di seguito anche “Carbotermo”), classificatasi quarta per il lotto 4, ha proposto ricorso dinanzi al Tribunale amministrativo regionale per il Veneto, chiedendo l'annullamento:

“- della deliberazione del direttore generale di Azienda Zero n. 240 del 6 aprile 2022, comunicata con nota datata 8 aprile, prot. n. 10752 trasmessa con pec 8 aprile 2022, avente ad oggetto Procedura aperta telematica per la Gestione Energetica e Tecnologica Integrata degli impianti delle Aziende Sanitarie della Regione del Veneto (GETIS)” che dispone l'aggiudicazione del lotto 4 all'Ati con capogruppo il Consorzio Stabile CMF e approva i verbali di gara, tutti impugnati, le risultanze della procedura e, dunque, la graduatoria finale, nella quale le altre controinteressate precedono la ricorrente;

- del bando di gara (relativamente al lotto 4) - pubblicato da Azienda Zero in G.U. 19 giugno 2019, n. 71, 5 serie, avente ad oggetto la “Procedura aperta telematica, ai sensi dell'art. 60 D.Lgs. 50/2016, per l'affidamento, in ambito regionale, del servizio di conduzione e gestione degli impianti tecnologici, elettrici e speciali delle Aziende Sanitarie aderenti, compresa la produzione e la fornitura del calore, la fornitura di energia elettrica,

la fornitura di acqua, la realizzazione di interventi di manutenzione sugli impianti e sulle apparecchiature;

- del disciplinare di gara relativo alla procedura di cui sopra, tanto in generale che per tutte le disposizioni specificamente contestate nel presente ricorso, come emergenti dai motivi proposti, precisandosi sin d'ora che fra di esse vi è l'art. 9 primo comma del capitolato tecnico a base di gara, nonché dello schema di convenzione a base di gara: atti tutti approvati con Deliberazione del Direttore Generale di Azienda Zero, n. 282 del 12.6.2019, parimenti impugnata;

- dei provvedimenti di nomina della Commissione Giudicatrice (sempre relativamente al lotto 4), adottati con Determinazioni del direttore generale di Azienda Zero n. 116 del 4 marzo 2020;

- della graduatoria e dei verbali della commissione giudicatrice relativi al lotto la cui impugnazione è oggetto del presente ricorso, fra cui il verbale unico della seduta del 20 e del 24 agosto 2021 e relativi allegati A e B per il lotto oggetto di impugnazione e del 3 novembre 2021, con la graduatoria finale;

- nonché, di ogni atto presupposto, conseguente e connesso; per la declaratoria dell'inefficacia del contratto di accordo quadro e successivi contratti attuativi, eventualmente stipulati?.

Carbotermo ha lamentato l'illegittimità degli atti impugnati, deducendo:

1) violazione dell'articolo 54, commi 1, 2 e 3 del decreto legislativo n. 50/2016 e dell'articolo 33, comma 2, della direttiva 2014/24/UE, in quanto la scelta del ricorso all'istituto dell'accordo quadro, per la sua specifica sagomazione, avrebbe dovuto comportare la previsione della sottoscrizione di esso con più operatori;

2) violazione dell'articolo 216, comma 4, dell'articolo 23, comma 15, dell'articolo 24, comma 8, del codice dei contratti pubblici, e dell'articolo 1, comma 6, del decreto-legge 18 aprile 2019, n. 32, convertito con modificazioni dalla legge 14 giugno 2019, n. 55, perché negli atti di indizione della gara non si rinviene alcun documento di progettazione;

3) violazione dell'articolo 59, commi 1, 1-bis, 1-ter e 1-quater, del decreto legislativo n. 50/2016, perché il bando prevede prestazioni di progettazione

(di fattibilità, definitiva ed esecutiva), ma non prescrive alcun requisito ad esse relativo;

4) violazione degli articoli 30, 34 e 71 del decreto legislativo n. 50/2016, dell'articolo 76, comma 1, della Direttiva 24/14/UE e del decreto "CAM" del Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare 7 marzo 2012, recante *"Adozione dei criteri ambientali minimi da inserire nei bandi di gara della Pubblica Amministrazione per l'acquisto di servizi energetici per gli edifici – servizio di illuminazione e forza motrice – servizio di riscaldamento/raffrescamento"*, per il mancato inserimento negli atti di gara delle diagnosi energetiche e dell'ulteriore documentazione indicata all'articolo 4 del medesimo provvedimento;

5) illegittimità della nomina della Commissione giudicatrice;

6) difetto di motivazione nell'assegnazione dei punteggi.

3. Con sentenza 30 novembre 2022, n. 1834, resa tra le parti e notificata il 9 dicembre 2022, il Tar Veneto, Sezione III, ha respinto il ricorso (in realtà, dichiarandolo in parte inammissibile ed in parte infondato).

4. Con ricorso in appello notificato il 9 gennaio 2023 e depositato il 16 gennaio successivo, Carbotermo ha impugnato, chiedendone la riforma, la citata decisione, affidando il proprio gravame a sei mezzi di doglianza, graduati successivamente in un diverso ordine rispetto a quanto dedotto in prime cure, con i quali ha lamentato violazione della normativa unionale e nazionale in materia di appalti ed eccesso di potere nelle figure sintomatiche, lamentando, nella sostanza, che la stazione appaltante non avrebbe fornito agli operatori economici un quadro completo degli elementi e delle informazioni progettuali, soprattutto in materia di efficientamento energetico, alla corretta predisposizione di un'offerta completa sia dal punto di vista tecnico che economico.

Più in particolare, la società appellante ha dedotto i seguenti motivi di diritto, formulati sulla base di quelli articolati in primo grado e sviluppati anche in chiave critica della pronuncia del Tribunale veneto:

“I MOTIVO - Error in iudicando. Erroneità del capo della sentenza che ha respinto il IV motivo di ricorso. Violazione e falsa applicazione degli articoli 30, 34 e 71 del D.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, del cd. Decreto CAM approvato con D.M. 7.3.2012. Illogicità, erroneità, carenza e contraddittorietà motivazionale. Travisamento dei fatti?”;

“II MOTIVO - Error in iudicando ed in procedendo. Violazione e falsa applicazione dell’art. 120, comma 5, CPA, dell’art. 54 del Codice dei Contratti e dell’art. 33 della direttiva 24/2014”;

“III Motivo - Error in iudicando per violazione e falsa applicazione dell’art. 216, comma 4, e dell’art. 23, comma 15, del Codice dei Contratti e dell’art. 1, comma 6, del DL n. 32/2019, convertito con L. n. 55/2019”;

“IV Motivo - Error in procedendo ed in iudicando. Erroneità dei capi della sentenza che hanno respinto il quinto motivo di ricorso proposto in via subordinata. Irragionevolezza illogicità erroneità e contraddittorietà motivazionale. Travisamento dei fatti. Violazione e falsa applicazione degli articoli 77 Codice dei contratti pubblici e degli articoli 7 e 8 del RR n. 5/2017”.

5. Con atto del 30 gennaio 2023, si è costituita in giudizio la controinteressata Gemmo S.p.a.

6. Con memoria depositata in data 8 febbraio 2023, si è costituita in giudizio Azienda Zero per la Regione Veneto (di seguito anche “Azienda Zero” o “Azienda”), che ha riproposto le eccezioni ritenute assorbite dalla sentenza oggetto di impugnazione ed ha anche proposto appello incidentale, con il quale ha lamentato:

“1) Violazione e falsa applicazione dell’art. 41, co. 2, c.p.a.”;

“2) Violazione e falsa applicazione dell’art. 35, co. 1, lett. b) e c), c.p.a.”;

“3) Violazione e falsa applicazione dell’art. 35, co. 1, lett. c), c.p.a.”;

“4) Violazione e falsa applicazione dell’art. 35, co. 1, lett. b) e c), c.p.a.”.

Nelle predette censure, in estrema sintesi, sono state riproposte le eccezioni preliminari di inammissibilità e/o irricevibilità dell’impugnazione articolate in primo grado, in parte respinte e in parte non esaminate dal primo giudice.

7. Il Consorzio Stabile CMF (di seguito anche “CMF”) si è costituito con atto depositato in data 8 febbraio 2023, con cui ha anche proposto appello incidentale, censurando i capi della sentenza in cui il Tar ha giudicato infondati, anziché irricevibili, i motivi 2 e 4 del ricorso introduttivo, ed ha dedotto *ex* articolo 101, comma 2, c.p.a., le seguenti eccezioni assorbite dichiarate in prime cure:

- 1) *“Sul capo della sentenza in cui non è stata accolta l’eccezione di irricevibilità e/o inammissibilità del secondo motivo del ricorso di Carbotermo (paragrafi 7 e 8 della Sentenza): Error in iudicando et in procedendo per violazione e falsa applicazione degli artt. 34, 35 e 120 c.p.a. e/o per omessa pronuncia. In via subordinata, riproposizione dell’eccezione ex art. 101 c.p.a.”;*
- 2) *“Sul capo della sentenza in cui non è stata accolta l’eccezione di irricevibilità e/o inammissibilità del quarto motivo del ricorso di Carbotermo (paragrafo 6 della Sentenza). Error in iudicando et in procedendo per violazione degli artt. 34, 35 e 120 c.p.a. In subordine, riproposizione dell’eccezione di tardività di cui all’art. 101 c.p.a.”;*
- 3) *“Riproposizione dell’eccezione di carenza di interesse alla coltivazione del primo motivo del Ricorso”;*
- 4) *“Riproposizione dell’eccezione di carenza di interesse alla coltivazione del terzo motivo del Ricorso”;*
- 5) *“Riproposizione dell’eccezione di inammissibilità del Ricorso, nel suo complesso, per carenza di interesse”.*

8. In data 28 febbraio 2023, Carbotermo, CFM e Azienda Zero hanno presentato memorie *ex* articolo 73 c.p.a..

9. CMF ha depositato memoria di replica il 3 marzo 2023 e Carbotermo e Azienda Zero il 4 marzo 2023.

All’udienza pubblica del 16 marzo 2023 l’appello è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

1. Come anticipato nella narrativa in fatto, Carbotermo ha impugnato, chiedendone la riforma, la sentenza del Tar Veneto n. 1834/2022, di cui ha

lamentato l'erroneità da diversi angoli prospettici.

Prima di analizzare i singoli mezzi di gravame, dal punto di vista logico e secondo l'orientamento della giurisprudenza è preliminare l'esame delle eccezioni in rito sollevate dalle parti appellate, sia in quanto riproposizione di quelle ritenute assorbite dal primo giudice, che in quanto oggetto di gravame incidentale, il cui eventuale accoglimento precluderebbe l'esame dei motivi di appello.

2. Azienda Zero contesta all'appellante la mancata notifica anche all'Autorità nazionale anticorruzione (ANAC) del ricorso in prime cure e dell'appello, che, in questa prospettiva, sarebbe inammissibile.

2.1. L'Amministrazione sostiene che oggetto di impugnativa sono anche provvedimenti di ANAC, che erroneamente non sarebbe stata evocata in giudizio.

L'eccezione è infondata.

Innanzitutto, perché tra gli atti oggetti di ricorso non si rinvencono provvedimenti dell'Autorità.

In secondo luogo, perché l'attività collaborativa che ANAC ha prestato alla stazione appaltante nella predisposizione dell'impianto generale della procedura di evidenza pubblica e dei singoli documenti di cui questa si compone non comporta in alcun modo che l'Autorità debba essere considerata parte necessaria del giudizio.

Proprio in ragione della natura del rapporto, non imposto dalla legge, che Azienda Zero ha inteso attivare, al fine di poter essere assistita momento dopo momento nella redazione degli atti di gara, si deve escludere che ANAC assuma la veste di amministrazione co-emanante, posto che il contributo da questa fornito non rientra in un rapporto gerarchico o comunque di sovraordinazione cui corrispondano poteri di annullamento o modifica degli atti della stazione appaltante (cfr. Consiglio di Stato, Sez. VI, 12 settembre 2006, n. 5317, in relazione all'Autorità di vigilanza sui lavori pubblici).

Né la posizione di ANAC può in qualche modo essere assimilata a quella del controinteressato, difettando un suo interesse legittimo eguale e opposto a quello della ricorrente, dal momento che l'Autorità agisce quale portatrice di autonomi interessi di rilevanza pubblicistica.

Gli atti impugnati sono stati emanati soltanto dall'Azienda e la loro (eventuale) lesività deve essere indagata soltanto con riferimento alla sola stazione appaltante.

2.2. Azienda Zero solleva in via incidentale un ulteriore motivo di appello, sostenendo che la delibera di aggiudicazione della gara n. 240/2022 non è stata oggetto di specifica censura, nemmeno in via derivata, essendosi limitata l'appellante a muovere contestazioni agli atti precedenti, facenti complessivamente parte della *lex specialis*.

Anche tale eccezione si rivela infondata per due ordini di ragioni:

- 1) a ben vedere, il provvedimento di aggiudicazione, in cui confluiscono tutte le attività e gli atti di Azienda Zero censurati da Carbotermo, è stato da questa ritualmente impugnato, essendo indicato tra gli atti oggetto dell'atto di gravame;
- 2) l'appellante ha chiaramente inteso ottenere l'annullamento dell'atto finale dell'intero procedimento per illegittimità derivata, in conseguenza dei vizi prospettati, a suo dire idonei a determinare l'integrale annullamento della procedura selettiva, atteso che le censure dedotte avrebbero natura caducante e non soltanto viziante.

2.3. Stesse considerazioni merita l'ulteriore eccezione di inammissibilità del ricorso introduttivo per mancata impugnazione del verbale del RUP del 24 agosto 2022, considerato che si tratta di atto endoprocedimentale non autonomamente lesivo (*ex multis*, Consiglio di Stato, Sezione I, parere n. 3/2023 e parere n. 1023/2022) e destinato sicuramente a essere travolto nell'ipotesi in cui si rivelassero fondate le più radicali censure articolate dall'appellante avverso la disciplina di gara.

2.4. Con ulteriori eccezioni, sia l'Amministrazione intimata che CFM contestano la ricevibilità e l'ammissibilità del ricorso di primo grado per tardività e carenza di interesse.

Da un lato, Carbotermo avrebbe dovuto insorgere immediatamente contro la *lex specialis* e, dall'altro, la sua impugnativa non è sorretta da un interesse concreto ed attuale, non avendo mosso alcuna censura contro gli atti che hanno valutato le offerte dei concorrenti che la precedono nella graduatoria finale, poiché risulterebbe indimostrato che, nel caso di nuova celebrazione della gara secondo la regolare applicazione della normativa unionale e nazionale invocata dall'appellante, l'operatore economico ricorrente potrebbe conseguire l'aggiudicazione.

Ritiene il Collegio che l'eccezione sia da respingere, considerato che, laddove fossero ritenute fondate le censure sollevate nel ricorso dinanzi al Tar, in realtà, si potrebbe, in tesi, giungere alla caducazione di tutta la procedura di gara, risultando così sussistente l'interesse ed ammissibile il gravame.

In particolare, in caso di accoglimento del primo e del quarto motivo di ricorso di primo grado (mancato rispetto del decreto CAM, aggiudicazione di un accordo quadro con un solo operatore economico, anziché con una pluralità di operatori economici, corrispondenti al primo e al secondo motivo di appello) e anche del secondo motivo del ricorso di primo grado (in punto di assenza di documenti di progettazione a base di gara), motivi corrispondenti ai primi tre motivi dell'appello, si imporrebbe la necessità di una totale, integrale rinnovazione del procedimento di gara, previa pubblicazione di nuovo bando, non avente necessariamente ad oggetto un contratto comparabile.

2.4.1. Dal punto di vista della valutazione tempestività del gravame, l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato ha fissato il principio di diritto, secondo cui *“le clausole del bando di gara che non rivestano portata escludente devono essere impugnate unitamente al provvedimento lesivo e possono essere impugnate unicamente dall'operatore economico che abbia partecipato alla gara o manifestato formalmente il*

proprio interesse alla procedura”, dovendosi poi precisare che rientrano “nel genus delle “clausole immediatamente escludenti” le fattispecie di:

a) clausole impositive, ai fini della partecipazione, di oneri manifestamente incomprensibili o del tutto sproporzionati per eccesso rispetto ai contenuti della procedura concorsuale (si veda Cons. Stato sez. IV, 7 novembre 2012, n. 5671);

b) regole che rendano la partecipazione incongruamente difficoltosa o addirittura impossibile (così l’Adunanza plenaria n. 3 del 2001);

c) 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 (cfr. Cons. Stato sez. V, 24 febbraio 2003, n. 980);

d) condizioni negoziali che rendano il rapporto contrattuale eccessivamente oneroso e obiettivamente non conveniente (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 21 novembre 2011 n. 6135; Cons. Stato, sez. III, 23 gennaio 2015 n. 293);

e) clausole impositive di obblighi contra ius (es. cauzione definitiva pari all’intero importo dell’appalto: Cons. Stato, sez. II, 19 febbraio 2003, n. 2222);

f) bandi contenenti gravi carenze nell’indicazione di dati essenziali per la formulazione dell’offerta (come ad esempio quelli relativi al numero, qualifiche, mansioni, livelli retributivi e anzianità del personale destinato ad essere assorbiti dall’aggiudicatario), ovvero che presentino formule matematiche del tutto errate (come quelle per cui tutte le offerte conseguono comunque il punteggio di ‘0’ pt.);

g) atti di gara del tutto mancanti della prescritta indicazione nel bando di gara dei costi della sicurezza ‘non soggetti a ribasso’ (cfr. Cons. Stato, sez. III, 3 ottobre 2011 n. 5421)” (Adunanza plenaria, 26 aprile 2018, n. 4; cfr. altresì Adunanza plenaria, 10 gennaio 2013, n. 1).

Nell’alveo della citata pronuncia dell’Adunanza plenaria, la giurisprudenza della Sezione ha stabilito che *“in forza di uno stabile indirizzo giurisprudenziale, che il Collegio condivide, la non conformità della legge di gara agli articoli 34 e 71 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, in tema di criteri ambientali minimi (C.A.M.) non è vizio tale da imporre un’immediata e tempestiva impugnazione del bando di gara, non ricadendosi nei*

casi eccezionali di clausole escludenti o impeditive che, sole, consentono l'immediata impugnazione della lex specialis di gara (cfr. Cons. Stato, sez. V, 3 febbraio 2021, n. 972)” (Consiglio di Stato, Sezione III, 14 ottobre 2022, n. 8773; sulla stessa linea, cfr. Consiglio di Stato, Sezione V, 5 agosto 2022, n. 6934, e 3 febbraio 2021, n. 972), con la conseguenza che “la partecipazione alla gara in un’ipotesi del genere non può considerarsi acquiescenza alle regole di gara, essendo l’impugnazione proponibile solo all’esito della procedura e avverso l’aggiudicazione, senza che ciò possa qualificarsi come un venire contra factum proprium”.

Inoltre, già in precedenza era stato stabilito, per profili coincidenti con quelli che emergono in rilievo nel presente contenzioso, che “*nel caso in esame le contestate previsioni di gara per un verso non riguardavano requisiti soggettivi di partecipazione immediatamente escludenti, concernendo invece la struttura del contratto, e per altro verso si riferivano agli obblighi informativi violati gravanti in capo alla stazione appaltante, senza connotarsi per essere impositive di oneri incomprensibili oppure sproporzionati, tali da impedire la partecipazione della impresa, secondo quanto ordinariamente esigibile da un operatore professionale*” (Consiglio di Stato, Sezione V, n. 972/2021 cit.).

Anche in quella vicenda l’attuale appellante si era classificata quarta, ma il Consiglio di Stato ha ritenuto che, una volta escluso che le clausole contestate avessero natura immediatamente lesiva in quanto escludente, fosse fondata la censura con cui era lamentata la “*violazione e falsa applicazione dei CAM e la violazione degli obblighi informativi*”, che, “*lungi dall’impedire o rendere estremamente difficoltosa la partecipazione alla gara, l’aveva falsata non consentendo alla Carbotermo la presentazione di produrre un’offerta adeguata e concorrenziale; ciò anche con riferimento alla stessa previsione della durata decennale del servizio da aggiudicare, durata anch’essa fissata in violazione delle previsioni del D.M. 7 marzo 2012, previsione di durata sicuramente illegittima, ma avente portata immediatamente escludente o impeditiva della partecipazione alla gara*”.

In questo quadro ermeneutico, perde consistenza l’eccezione di inammissibilità anche con riferimento alla censura con cui Carbotermo

lamenta l'illegittimità dell'indizione di una gara per la stipula di un accordo quadro con un solo operatore economico, anziché con una pluralità di essi, trattandosi di opzione che – se certamente riduce le *chances* di aggiudicazione per ciascun singolo operatore – non è in sé preclusiva della partecipazione.

2.4.2. Per quanto concerne il secondo profilo (inammissibilità del gravame) sollevato in via incidentale, osserva il Collegio che la giurisprudenza si è attestata sulla distinzione dei diversi interessi che possono muovere l'operatore economico che si lamenti dell'illegittimità della procedura di evidenza pubblica.

Da un lato, al fine di conseguire l'aggiudicazione, il ricorrente posizionatosi in una posizione lontana dal primo classificato deve muovere censure che, se accolte, riescano a travolgere il punteggio attribuito ai concorrenti che lo precedono.

Nel caso in cui, come nella fattispecie, le censure tendano invece ad invalidare l'intera procedura, poiché, attraverso di esse, è coltivato un interesse diverso da quello all'aggiudicazione, strumentale alla riedizione dell'intera gara, il gravame deve ritenersi assistito da un interesse concreto ed attuale ed il ricorso ammissibile (il principio è assodato in giurisprudenza: tra le tante, cfr. Consiglio di Stato, sez. III, 22 giugno 2018, n. 3861, e Sezione V, 10 febbraio 2015, n. 687).

Si tratta, in sostanza, di *“censure prospetticamente intese a sovvertire gli esiti del confronto concorrenziale, ovvero a inficiare in radice la gara espletata, facendosi così valere l'interesse strumentale all'integrale ripetizione della procedura”* (*ex multis*, Consiglio di Stato, Sezione V, 27 febbraio 2023, n. 1986; cfr. altresì Sezione III, 23 febbraio 2023, n. 1887, e Sezione V, 5 agosto 2022, n. 6934), non essendo tenuto il ricorrente tenuto a superare la cosiddetta prova di resistenza (Consiglio di Stato, Sezione III, 2 marzo 2018, n. 1312).

Gli appelli incidentali e le eccezioni preliminari in rito con essi sollevate dalle parti appellate devono, pertanto, essere respinti.

3. Per quanto concerne il merito, osserva il Collegio che la questione al suo esame attiene all'affidamento, in ambito regionale, del servizio di conduzione e gestione degli impianti tecnologici, elettrici e speciali delle Aziende Sanitarie aderenti, compresa la produzione e la fornitura del calore, la fornitura di energia elettrica, la fornitura di acqua, la realizzazione di interventi di manutenzione sugli impianti e sulle apparecchiature.

3.1. Passando all'esame dei motivi di censura, deve essere analizzato il primo mezzo di appello, con il quale Carbotermo lamenta l'erroneità della sentenza appellata laddove il Tar ha respinto il quarto motivo del ricorso di primo grado (deciso per primo, in ragione della diversa gradazione attribuita alle censure dalla ricorrente, in conformità a quanto stabilito dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato 27 aprile 2015, n. 5, secondo cui tale scelta è nella disponibilità della parte, con la sola eccezione dei motivi di ricorso da considerarsi di carattere assorbente *ex lege*, come ad esempio il motivo prospettante un vizio di incompetenza nelle sue varie accezioni).

L'appellante ha dedotto l'illegittimità degli atti di indizione della procedura di gara per violazione del combinato disposto di cui gli articoli 34 e 71 del codice dei contratti pubblici e degli articoli 4 e seguenti del decreto del Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare 7 marzo 2012 (di seguito anche "decreto CAM").

Viene lamentata la mancanza nella documentazione di gara delle diagnosi e delle certificazioni energetiche relative agli impianti e agli edifici, nonché tutte le informazioni previste dal citato decreto relativo ai "*criteri ambientali minimi*", che la stazione appaltante avrebbe dovuto mettere a disposizione dei concorrenti, sul presupposto, deduce l'appellante, che l'appalto posto in aggiudicazione rientri pacificamente tra quelli di cui al "Caso B" del decreto CAM.

Sostiene Carbotermo che i CAM Servizi Energetici, per quanto riguarda il servizio di riscaldamento/raffrescamento, prevedono una suddivisione dei contratti in due classi, definite (o rubricate) come "Caso A" e "Caso B",

secondo quanto previsto all'articolo 2 dell'allegato 1 al predetto decreto ministeriale.

Solo nella seconda ipotesi la stazione appaltante deve disporre di diagnosi energetiche degli edifici, prima dell'indizione della gara, e può, conseguentemente, affidare anche la realizzazione di interventi di efficientamento energetico ed affidare appalti di durata superiore a tre anni (per consentirne la realizzazione e remunerare gli interventi di efficientamento).

Nella fattispecie, non sussisterebbero dubbi, neanche da parte del giudice di primo grado, che si verta su un appalto che rientra nel caso B (sul punto, cfr. Consiglio di Stato, Sezione III, 28 ottobre 2020, n. 8440), avendo ad oggetto, tra l'altro, servizi di gestione dei patrimoni immobiliari, della manutenzione e della sostenibilità energetica, sulla base di un contratto EPC, ai sensi del decreto legislativo 4 luglio 2014, n. 102, e mirando a realizzare interventi di efficientamento energetico per raggiungere obiettivi di risparmio, che i candidati dovevano indicare in offerta, attraverso la stipula di contratti che possono avere durata fino a 9 anni: è richiesta ai concorrenti il possesso di attestazione SOA in categoria OG 11 ed è previsto l'obbligo di conseguire i Titoli di Efficienza Energetica di cui al d.m. 24 luglio 2004 e/o gli altri incentivi ottenibili.

Il Tribunale ha respinto il motivo, ritenendo che non sarebbe stata necessaria la fornitura di tutti i dati, compresi i CAM, fin dal momento dell'indizione della gara, considerato che si tratta di una procedura *“che, essendo preordinata alla sottoscrizione di una convenzione quadro, non richiedeva la presentazione di un'offerta tecnica specifica, idonea a dettagliare la proposta contrattuale per ogni presidio incluso nel lotto, ma demandava al concorrente la descrizione dell'organizzazione dei servizi oggetto di gara con riguardo a ciascun lotto: ragione per cui non era necessario fornire, allo stato, alcuna documentazione relativa ai CAM”*.

In buona sostanza, il puntuale rispetto della normativa sui criteri ambientali minimi è rimandato alla successiva fase di affidamento del singolo servizio

sulla scorta della convenzione stipulata con l'aggiudicatario, vale a dire *“prima della sottoscrizione del contratto per la singola fornitura, ovvero nel momento in cui sarà definito il contenuto del contratto d'appalto che si andrà di volta in volta a stipulare dando applicazione alle condizioni previste dalla convenzione”*.

3.2. Parte appellante critica tali statuizioni, assumendo:

a) che le stesse si pongono in frontale contrasto con le disposizioni normative dianzi richiamate, le quali non autorizzano alcuna deroga all'obbligo di inserire i CAM nella disciplina di gara, che discende *de plano* dal semplice fatto che l'affidamento abbia a oggetto interventi rientranti nel caso B del d.m. 7 marzo 2012;

b) che, peraltro, la *lex specialis* della gara contiene già l'indicazione, ai fini della predisposizione delle offerte tecniche ed economiche da parte dei concorrenti, dei prezzi unitari dei servizi offerti (anche per singolo edificio), degli obiettivi di efficientamento energetico da garantire e delle percentuali di riduzione progressiva da riconoscere a partire dal terzo anno sui corrispettivi unitari offerti, in ragione degli obiettivi di risparmio dichiarati, in modo da rendere le offerte di fatto immodificabili;

c) che, nel sostenere che l'indicazione dei CAM sarebbe stata rimessa alla successiva fase dei singoli affidamenti, il Tribunale non ha tenuto conto che nella specie, trattandosi di accordo quadro con un solo operatore, la fase di aggiudicazione dell'accordo quadro è l'unica oggetto di confronto concorrenziale fra i concorrenti.

3.3. Il motivo è fondato.

3.4. Osserva al riguardo preliminarmente la Sezione che, nell'ottica del perseguimento di obiettivi per uno sviluppo sostenibile, il legislatore ha introdotto principi immanenti al sistema delle procedure di evidenza pubblica, che ogni stazione appaltante ha l'obbligo di rispettare (Consiglio di Stato, Sezione III, n. 8773/2022).

L'articolo 34 del decreto legislativo 28 aprile 2016, n. 50, stabilisce quanto segue:

“1. 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 e conformemente, in riferimento all'acquisto di prodotti e servizi nei settori della ristorazione collettiva e fornitura di derrate alimentari, anche a quanto specificamente previsto nell'articolo 144.

2. 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. Nel caso dei contratti relativi alle categorie di appalto riferite agli interventi di ristrutturazione, inclusi quelli comportanti demolizione e ricostruzione, i criteri ambientali minimi di cui al comma 1, sono tenuti in considerazione, per quanto possibile, in funzione della tipologia di intervento e della localizzazione delle opere da realizzare, sulla base di adeguati criteri definiti dal Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare.

3. 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”.

Le procedure di scelta del contraente sono indette mediante bandi di gara, che, redatti in conformità di quelli tipo adottati da ANAC, devono contenere, ai sensi dell'articolo 71 del codice dei contratti pubblici, *“altresì i criteri ambientali minimi di cui all'articolo 34”.*

In questa prospettiva, indipendentemente dalla classificazione *sub A* o *B* del modello contenuto nel decreto CAM, non residua alcun dubbio che i criteri ambientali minimi debbano *ab origine* essere contenuti nei bandi di gara, data la natura cogente delle disposizioni che ne impongono l'introduzione.

Non assume rilievo, infatti, la circostanza che il d.m. 7 marzo 2012, nel dettare i criteri ambientali minimi da inserire nei bandi di gara della Pubblica

Amministrazione per l'acquisto di servizi energetici per gli edifici, abbia anche introdotto una individuazione differenziata tra criteri applicabili, distinguendo un "caso A", ricorrente quando *"la stazione appaltante pubblica non dispone di dati e informazioni, sugli impianti e gli edifici che utilizzano, sufficienti a stabilirne la conformità alle leggi vigenti ed i livelli di prestazione energetica ed a consentire la valutazione tecnico-economica di interventi di riduzione dei consumi di energia e più in generale degli impatti ambientali"* ed un "caso B", che ricorre quando *"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"*.

Né, da questo punto di vista, può indurre a conclusioni differenti il rilievo che, nel caso in esame, la gara sia stata bandita sulla base dell'articolo 3, comma 1, lettera *cc*), del decreto legislativo n. 50/2016, a mente del quale *"rientrano tra gli strumenti di acquisto:*

- 1) le convenzioni quadro di cui all'articolo 26 della legge 23 dicembre 1999, n. 488, stipulate, ai sensi della normativa vigente, da CONSIP S.p.A. e dai soggetti aggregatori;*
- 2) gli accordi quadro stipulati da centrali di committenza quando gli appalti specifici vengono aggiudicati senza riapertura del confronto competitivo;*
- 3) il mercato elettronico realizzato da centrale di committenza nel caso di acquisti effettuati a catalogo"*.

Proprio la natura di soggetto aggregatore che la sua *mission* istituzionale attribuisce ad Azienda Zero consente di ritenere applicabili alle gare che essa indica l'articolo 26 della legge n. 488/1999, secondo il quale *"Il Ministero del tesoro, del bilancio e della programmazione economica, nel rispetto della vigente normativa in materia di scelta del contraente, stipula, anche avvalendosi di società di consulenza specializzate, selezionate anche in deroga alla normativa di contabilità pubblica, con procedure competitive tra primarie società nazionali ed estere, convenzioni con le quali l'impresa prescelta si impegna ad accettare, sino a concorrenza della quantità massima complessiva stabilita dalla convenzione ed ai prezzi e condizioni ivi previsti, ordinativi di fornitura di beni e servizi deliberati dalle amministrazioni dello Stato anche con il ricorso*

alla locazione finanziaria. I contratti conclusi con l'accettazione di tali ordinativi non sono sottoposti al parere di congruità economica. Ove previsto nel bando di gara, le convenzioni possono essere stipulate con una o più imprese alle stesse condizioni contrattuali proposte dal miglior offerente. Il quarto periodo si applica anche agli accordi quadro stipulati dalla Consip S.p.A. ai sensi dell'articolo 4, commi 3-ter e 3-quater, del decreto-legge 6 luglio 2012, n. 95, convertito, con modificazioni, dalla legge 7 agosto 2012, n. 135".

Osserva al riguardo il Collegio che, in disparte la natura di accordo quadro o convenzione quadro da attribuire alla gara bandita da Azienda Zero (su questo aspetto le posizioni dell'appellante e delle parti appellate sono confliggenti), assume decisiva rilevanza la censura, secondo cui, in ogni caso, dovevano essere inseriti nel bando i criteri ambientali minimi di cui al d.m. 7 marzo 2012, della cui applicabilità nessuna delle parti dubita.

3.5. Il mancato inserimento della relativa documentazione nella documentazione di gara fin dal momento della sua indizione costituisce un obbligo indefettibile per la stazione appaltante, il cui mancato assolvimento determina l'illegittimità del bando e dell'intera procedura.

Sulla base di tali considerazioni, ad escludere l'applicabilità della disposizione che introduce l'obbligo in parola, non è decisivo il rilievo del primo giudice, secondo il quale *"l'aggiudicatario non sarà chiamato alla sottoscrizione di un accordo quadro che disciplina in toto il rapporto negoziale, ma alla presentazione di un "Piano Tecnico Economico dei Servizi" (PTE), redatto a seguito del Servizio di Audit [ossia un sopralluogo] preliminare alla fornitura e necessario per la definizione tecnica, economica e gestionale dei Servizi che formeranno oggetto dell'Ordinativo Principale di Fornitura dopo l'approvazione del PTE"*.

La Sezione ha già osservato che la *ratio* dell'intero impianto normativo risiede nel duplice obiettivo di consentire agli operatori economici di formulare un'offerta consapevole ed adeguata sulla base di tutti gli elementi, compresi i CAM, che la stazione appaltante deve mettere a disposizione, e di garantire, al contempo, che la norma di cui all'articolo 34 del codice dei contratti pubblici e l'istituto da essa disciplinato contribuiscano *"a connotare l'evoluzione del*

contratto d'appalto pubblico da mero strumento di acquisizione di beni e servizi a strumento di politica economica: in particolare, come affermato in dottrina, i cc.dd. green public procurements si connotano per essere un <segmento dell'economia circolare>” (Consiglio di Stato, Sezione III, 14 ottobre 2022, n. 8773), atteso che, come rilevato da questo Consiglio con la citata sentenza n. 972/2021, le disposizioni in materia di C.A.M., “lungi dal risolversi in mere norme programmatiche, costituiscono in realtà obblighi immediatamente cogenti per le stazioni appaltanti, come si desume plasticamente dal terzo comma dell’art. 34, il quale sancisce che “L’obbligo di cui ai commi 1 e 2 si applica per gli affidamenti di qualunque importo, relativamente alle categorie di forniture e di affidamenti di servizi e lavori oggetto dei criteri ambientali minimi adottati nell’ambito del citato Piano d’azione”” e che “la politica nazionale in materia di appalti pubblici verdi sia incisiva non solo nell’obiettivo di ridurre gli impatti ambientali, ma nell’obiettivo di promuovere modelli di produzione e consumo più sostenibili, “circolari” e nel diffondere l’occupazione “verde”” (Consiglio di Stato, Sezione V, 5 agosto 2022, n. 6934).

3.6. Non valgono a mettere in discussione le conclusioni cui si è giunti le obiezioni delle parti appellate.

Riassumendo le posizioni assunte sul punto, Azienda Zero contesta la censura di erroneità della sentenza del Tribunale veneto, segnalando che nella specie si tratta di procedura di aggiudicazione di un accordo quadro, nella quale gli affidamenti veri e propri avverranno a valle dell’aggiudicazione in relazione ai singoli ordini, ed è in tale sede che sarà consegnata all’appaltatore la documentazione di cui ai CAM.

Nell’economia della procedura prescelta, deduce ancora l’Azienda, nessuna “*indeterminatezza*” degli elementi da porre a corredo dell’offerta si rinverrebbe negli atti di gara, dal momento che i dati completi e comprensivi dei CAM verranno forniti all’aggiudicatario solo in seguito alla richiesta di erogazione della singola prestazione da parte delle varie strutture sanitarie aderenti non ad un accordo quadro, come sostiene CMF, ma alla convenzione quadro di

cui all'articolo 26 della legge 23 dicembre 1999, n. 488, del tutto conforme ai modelli da anni impiegati da Consip S.p.a. e altre centrali di committenza.

Inoltre, non vi sarebbe alcuna indeterminatezza delle prestazioni oggetto di affidamento, in quanto la *lex specialis* disciplina in estremo dettaglio l'oggetto e la natura delle prestazioni oggetto dell'affidamento, nonché gli impegni che gli operatori economici partecipanti alla procedura sono tenuti ad assumersi *ab initio*, e la eventuale variabilità dipenderebbe dalla normale “*alea*” connaturata all'istituto dell'accordo quadro (o della convenzione quadro).

3.7. Orbene, merita accoglimento la doglianza riferita alla statuizione del Tribunale veneto, che ha ritenuto che non sarebbe stata necessaria la fornitura di tutti i dati, compresi i CAM, fin dal momento dell'indizione della gara, considerato che si tratta di una procedura, in qualche misura, “a formazione progressiva”, nella quale la puntuale applicazione della normativa sui criteri ambientali minimi è (o, *rectius*, può essere) rimandata alla successiva fase di affidamento del singolo servizio.

Ritiene il Collegio che, in realtà, il predetto obbligo sia applicabile anche nella particolare ipotesi di accordo quadro disciplinata dall'articolo 54 del d.lgs. n. 50/2016, considerato che, contrariamente a quanto sembra ritenere il Tar, molteplici elementi testuali inducono a ritenere che non sia vero che in questa ipotesi, per il solo fatto che l'accordo quadro non integri immediatamente affidamento delle prestazioni oggetto della gara (dando luogo – come concordemente si assume in dottrina e giurisprudenza - a un mero “contratto normativo” destinato a regolare i futuri ed eventuali affidamenti), le stazioni appaltanti siano sempre e in ogni caso esonerate dal rispetto degli obblighi rivenienti dal precitato articolo 34, il cui assolvimento sarebbe sempre devoluto alla fase dei successivi affidamenti.

3.8. In questa direzione militano, innanzi tutto, numerosi argomenti apprezzabili su un piano meramente letterale.

Nel più volte citato articolo 34 viene sancito in via generale l'obbligo di inserire i CAM nei “*documenti di gara per l'applicazione del criterio dell'offerta*

economicamente più vantaggiosa, ai sensi dell'articolo 95, comma 6" (comma 2), senza prevedere eccezioni né differenziare per tipologie di procedure, così come l'articolo 71 prevede che i CAM vadano inseriti nei "*bandi di gara*" per tutte le procedure di affidamento.

La nozione di "*procedure di affidamento*" di cui all'articolo 3, comma 1, lettera *rrr*), d.lgs. n. 50/2016 certamente ricomprende anche le procedure di affidamento degli accordi quadro e delle convenzioni quadro e la nozione di "*stazione appaltante*" di cui alla lettera *o*), del medesimo articolo 3, comma 1, ricomprende tutte le amministrazioni aggiudicatrici, e tali sono certamente anche le centrali di committenza, come Azienda Zero, giusta la testuale definizione della precedente lettera *i*), non potendo al riguardo essere condivisa l'affermazione di CMF, secondo cui vi sarebbe una differenza tra le due nozioni.

3.9. Da un'angolazione più di sistema, osserva il Collegio che, avuto riguardo alla peculiare disciplina dell'accordo quadro contenuta nell'articolo 54 del d.lgs. n. 50/2016, è possibile distinguere tra le due fattispecie ivi disciplinate.

Da un lato, gli accordi quadro "completi", quelli, cioè, in cui tutte le condizioni dell'esecuzione sono "fissate" nell'accordo medesimo.

Dall'altro, gli accordi quadro "incompleti", in cui invece l'esecuzione dovrà essere preceduta dalla riapertura del confronto competitivo ai sensi delle lettere *b*) e *c*) del comma 4 del predetto articolo (si noti che, giusta la previsione del precedente comma 3, l'accordo quadro concluso con un solo operatore economico deve ricadere sempre nella prima tipologia).

Conseguentemente, mentre nel secondo caso potrebbe forse risultare ammissibile che la documentazione afferente ai CAM possa essere fornita dall'Amministrazione in occasione della successiva riapertura del confronto competitivo, ossia allorché insorga una specifica esigenza di intervento e si debba selezionare tra i vari operatori sottoscrittori dell'accordo quello che dovrà eseguire la singola prestazione – pur dovendo tenersi conto che anche in questi casi il comma 5 dell'articolo 54 impone di indicare le "*condizioni*" del

confronto competitivo già *ex ante* nella documentazione di gara, sicché è anche opinabile che un siffatto *modus procedendi* sarebbe legittimo - al contrario nel primo caso detta documentazione dovrà essere resa disponibile *ab initio*, diversamente inverandosi una violazione delle cogenti previsioni di cui agli articoli 34 e 71 del codice.

In nessun caso, infatti, può essere consentito fornire la documentazione relativa ai CAM a valle dell'affidamento, e cioè direttamente al (solo) aggiudicatario, perché in questo modo si tradirebbe la duplice *ratio* della previsione, che è quella di consegnare a tutti i partecipanti gli elementi completi per formulare un'offerta meditata e di imporre che la disciplina stessa della procedura di affidamento sia costruita in modo da assicurare il rigoroso rispetto dei CAM da parte degli operatori economici, tenuti, come la stazione appaltante, alla loro applicazione.

Di qui deriva l'obbligo in capo ad Azienda Zero di indicarli fin dalla *lex specialis*, in modo da consentire ai concorrenti di orientare in tal senso la predisposizione delle proprie offerte tecniche ed economiche.

Conseguentemente, per essere rispettosa delle prescrizioni suindicate, la *lex specialis* della procedura per cui è causa, finalizzata alla sottoscrizione di un accordo quadro con un solo operatore economico (e, quindi, obbligata a seguire il modello dell'accordo quadro "completo" ai sensi del comma 3 dell'articolo 54), avrebbe dovuto contenere fin dal principio tutte le "condizioni" relative all'esecuzione delle future prestazioni, ivi comprese quelle relative ai CAM: pertanto, e contrariamente a quanto assunto dalle parti appellate, non può ritenersi che la "indeterminatezza" delle prestazioni oggetto dei futuri affidamenti sotto tale specifico profilo rientri nella fisiologica incertezza che caratterizza l'esecuzione degli accordi quadro, atteso che nel caso di accordi "completi" tale incertezza può riguardare solo il *quantum* delle prestazioni, le cui modalità e condizioni di esecuzione devono invece essere esaustivamente stabilite fin dal principio (cfr. ANAC, delibera 23 maggio 2018, n. 483).

3.10. Quanto poi all'argomentazione relativa all'impiego dello strumento della convenzione quadro di cui all'articolo 26 della legge n. 488/1999, al di là della questione teorica se tale strumento rientri o meno della nozione di accordo quadro, non v'è dubbio che si tratti di modalità di acquisto centralizzata che deve comunque rispettare le regole e i principi contenuti nell'articolo 33 della direttiva 24/2014/UE e nei relativi *considerando* (*in parte qua*, peraltro, del tutto sovrapponibili a quelli delle direttive precedenti, come rilevato dall'appellante e non contestato *ex adverso*): di qui la necessità di disapplicare qualsiasi interpretazione della ridetta disciplina speciale che vi si ponga in contrasto, ancorché corrispondente a “*prassi*” consolidate degli acquisti centralizzati in Italia, come vorrebbero le parti odierne appellate.

Per questo, può prescindersi dal rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia dell'Unione europea, ai sensi dell'articolo 267 del TFUE, che parte appellante ha chiesto in via subordinata per l'ipotesi in cui si accedesse alle prospettazioni di Azienda Zero e delle controinteressate, condivise dal Tar, circa la compatibilità con la normativa unionale di una normativa interna che consenta di aggiudicare accordi quadro o convenzioni quadro ad un solo operatore economico, per poi procedere ai singoli affidamenti modificando, integrando o revocando in modo significativo le condizioni fissate nell'accordo o nella convenzione quadro.

3.11. Infine, non può condividersi l'assunto di Azienda Zero, secondo cui le peculiarità delle prestazioni oggetto dell'affidamento per cui è causa impedirebbero di ricondurle ad alcuno dei due casi (“A” e “B”) di cui al d.m. 7 marzo 2012.

A ben vedere, non essendo contestato che nella specie si tratti di interventi di manutenzione su edifici con efficientamento energetico, tale affermazione si scontra con quanto stabilito dalla giurisprudenza, secondo cui i casi “A” e “B” individuati dal d.m. 7 marzo 2012 non solo dettano i CAM obbligatori per gli interventi *de quibus*, ma sono anche gli unici due cui essi possono essere inderogabilmente inquadrati (cfr. Cons. Stato, sez. V, n. 972/2021, cit.).

3.12. Osserva in conclusione sul punto la Sezione che l'Amministrazione appellata non ha allegato alcun elemento in fatto che indicasse come eccessivamente oneroso per la stazione appaltante acquisire ed accludere alla *lex specialis* di gara, come preteso da Carbotermo, le “*diagnosi energetiche*” di cui al predetto d.m. relative agli edifici su cui avrebbero potuto dover essere eseguiti gli eventuali futuri interventi oggetto dell'accordo quadro (essendo questi evidentemente in numero limitato per ciascuno dei lotti in cui era suddivisa la procedura), in modo da costruire in modo calibrato su di essi anche la disciplina della valutazione delle offerte tecniche, per le quali sono possibili punteggi premiali, quanto alle misure di efficientamento energetico.

Il primo motivo di appello, pertanto, merita accoglimento.

4. Il secondo mezzo di gravame di Carbotermo ruota attorno alla lamentata erroneità della sentenza del Tribunale territoriale, anche nella parte in cui ha respinto il primo motivo del ricorso introduttivo, volto a lamentare la violazione e falsa applicazione dell'articolo 54 del codice dei contratti pubblici e dell'articolo 33 della direttiva 24/2014, sulla base della censura “*che sia stata prevista la sottoscrizione di un contratto quadro con un solo operatore, anziché con più operatori, nonostante l'indeterminatezza dell'oggetto del contratto*” e le modifiche ammesse in sede di contratti attuativi.

La conseguenza che ne deriva, nella prospettazione di Carbotermo, è che tale lamentata indeterminatezza sia della documentazione di gara che, a più forte ragione, delle prestazioni destinate a formare oggetto dei futuri affidamenti comporta che, sebbene la disciplina della procedura sia costruita come se gli interventi oggetto dell'affidamento ricadessero tutti all'interno del caso “B” di cui al suddetto d.m. 7 marzo 2012 (e, difatti, sono previsti punteggi specifici per le offerte tecniche in relazione agli interventi di efficientamento energetico, che costituiscono il *proprium* di tale caso), è poi prevista, in evidente contraddizione, anche la possibilità che all'affidatario possano essere chiesti interventi rientranti nel diverso caso “A”, di durata inferiore a tre anni e senza efficientamento energetico.

4.1. A questo proposito, premette il Collegio che rimane ferma ed impregiudicata, nell'ambito dell'ampia discrezionalità che connota la sua attività in materia, la scelta della stazione appaltante di ricorrere all'una o all'altra delle due tipologie di accordo quadro regolate dall'articolo 54 (salvo quanto rileva ANAC nei propri provvedimenti in ordine alla maggiore adeguatezza dell'uno e dell'altro modello a seconda delle specifiche esigenze dell'Amministrazione).

Deve, cionondimeno, essere ribadito il principio secondo il quale, nell'ipotesi che l'Amministrazione opti per l'accordo quadro con un solo operatore economico, è obbligatorio che questo sia "completo" ai sensi del comma 3 del medesimo articolo 54.

Ma tale obbligo non è stato rispettato nella specie, quanto meno con riguardo alla mancata individuazione delle "condizioni" di esecuzione in relazione agli interventi rientranti nel caso "B" del d.m. 7 marzo 2012, sotto il profilo del necessario rispetto dei CAM, come evidenziato sopra.

5. Alla luce di tutte le considerazioni che precedono, l'appello deve essere accolto nei sensi e nei limiti indicati, fatti salvi gli ulteriori provvedimenti amministrativi in sede di riedizione del potere.

L'accoglimento dei primi due motivi di appello consente di ritenere assorbito l'esame dei restanti mezzi di gravame.

Va precisato che la presente decisione è stata assunta tenendo altresì conto dell'ormai consolidato "principio della ragione più liquida", corollario del principio di economia processuale (cfr. Consiglio di Stato, Adunanza plenaria, 5 gennaio 2015, n. 5, nonché Cassazione, Sezioni Unite, 12 dicembre 2014, n. 26242), 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, Cassazione Civile, Sez. II, 22 marzo 1995, n. 3260 e, per quelle più recenti, Cassazione Civile, Sez. V, 16 maggio 2012, n.

7663, e per il Consiglio di Stato, Sez. VI, 2 settembre 2021, n. 6209, 13 settembre 2022, n. 7949, e 18 luglio 2016, n. 3176), con la conseguenza che gli argomenti di doglianza non espressamente esaminati sono stati dal Collegio ritenuti non rilevanti ai fini della decisione e comunque inidonei a supportare una conclusione di tipo diverso.

6. La novità e particolarità della vicenda contenziosa consentono di disporre l'integrale compensazione delle spese del doppio grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello (n.r.g. 364/2023) come in epigrafe proposto, lo accoglie nei sensi indicati in motivazione e, per l'effetto, in riforma della sentenza appellata, accoglie il ricorso di primo grado con conseguente annullamento degli atti con lo stesso impugnati.

Spese del doppio grado compensate.

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

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del giorno 16 marzo 2023, con l'intervento dei magistrati:

Raffaele Greco, Presidente

Stefania Santoleri, Consigliere

Nicola D'Angelo, Consigliere

Fabrizio Di Rubbo, Consigliere

Luca Di Raimondo, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Luca Di Raimondo

IL PRESIDENTE
Raffaele Greco

IL SEGRETARIO

