

Pubblicato il 15/10/2020

N. 00946/2020 REG.PROV.COLL.
N. 00063/2020 REG.RIC.



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 63 del 2020, integrato da motivi aggiunti, proposto da

Carbotermo s.p.a., rappresentata e difesa dall'avvocato Paolo Sansone, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Provincia di Verona, in persona del Presidente *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Giancarlo Biancardi e Isabella Sorio, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto in Verona, via Franceschine, 10;

nei confronti

Siram s.p.a., rappresentata e difesa dagli avvocati Alfredo Biagini e Andrea Giuman, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il loro studio in Venezia, Ple Roma 466/G;

Rekeep s.p.a., rappresentata e difesa dagli avvocati Stefano Baccolini, Francesco Rizzo e Francesco Gesess, con domicilio digitale come da PEC da

Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Maurizio Trevisan in Venezia, Cannaregio 5677;

per l'annullamento

A) per quanto riguarda il ricorso introduttivo:

- della determinazione n. 3853 del 10 dicembre 2019, comunicata alla ricorrente con PEC trasmessa in data 19 dicembre, che aggiudica in via definitiva all'Ati controinteressata la gara [CIG 7856657E72] per l'affidamento del servizio energia e dei servizi di gestione e manutenzione degli impianti tecnologici afferenti la proprietà degli immobili della Provincia di Verona per il periodo di anni 7, con opzione per ulteriori tre anni, con importo a base d'asta di euro 42.355.829,60, non suddiviso in lotti;
- del relativo bando di gara, pubblicato sulla GURI n. 49 del 26 aprile 2019, e del relativo disciplinare di gara, approvati con determinazione n.1130 del 2 aprile 2019, adottata dal Dirigente del Servizio Edilizia e Tecnologico della Provincia di Verona;
- del provvedimento di nomina della Commissione Giudicatrice adottato con Determinazione n. 2391 del 19 luglio 2019, a firma del Dirigente del dal Dirigente del Servizio Edilizia e Tecnologico della Provincia di Verona;
- dei verbali nn. 1-10 della commissione giudicatrice relativi alla valutazione delle offerte tecniche ed economiche;

B) per quanto riguarda i motivi aggiunti:

- della determinazione n. 3853 del 10 dicembre 2019, comunicata alla ricorrente con PEC trasmessa in data 19 dicembre, che aggiudica in via definitiva all'Ati controinteressata la gara [CIG 7856657E72] per l'affidamento del servizio energia e dei servizi di gestione e manutenzione degli impianti tecnologici afferenti la proprietà degli immobili della Provincia di Verona per il periodo di anni 7, con opzione per ulteriori tre anni, con importo a base d'asta di euro 42.355.829,60, non suddiviso in lotti;
- del relativo bando di gara, pubblicato sulla GURI n. 49 del 26 aprile 2019, e del relativo disciplinare di gara, approvati con determinazione n.1130 del 2

aprile 2019, adottata dal Dirigente del Servizio Edilizia e Tecnologico della Provincia di Verona;

- del provvedimento di nomina della Commissione Giudicatrice adottato con Determinazione n. 2391 del 19 luglio 2019, a firma del Dirigente del Servizio Edilizia e Tecnologico della Provincia di Verona;

- dei verbali nn. 1-10 della commissione giudicatrice relativi alla valutazione delle offerte tecniche ed economiche.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

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

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 16 luglio 2020 il dott. Stefano Mielli e trattenuta la causa in decisione ai sensi dell'art. 4 del decreto legge 30 aprile 2020, n. 28 convertito in legge 25 giugno 2020, n. 70;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

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

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

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

Il quinto ed ultimo classificato, l'odierna ricorrente Carbotermo s.p.a. (d'ora in poi Carbotermo), con il ricorso in epigrafe impugna gli atti della procedura con tre motivi i quali, ove fondati, implicherebbero la necessità di una

rinnovazione dell'intera procedura, con domanda di dichiarazione di inefficacia del contratto *medio tempore* stipulato.

2. Con il primo motivo lamenta la violazione degli articoli 30 e 51 del D.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, nonché dell'art. 46 della direttiva 2014/24/UE, dell'art. 3 della legge 7 agosto 1990, n. 241 per difetto di motivazione e di istruttoria, l'adozione di una motivazione meramente apparente e stereotipata, la contraddittorietà intrinseca ed estrinseca, nonché la violazione dei principi di massima partecipazione e concorrenza, non discriminazione, proporzionalità e ragionevolezza.

Con tale censura la ricorrente sostiene che la procedura di gara è illegittima in quanto l'Amministrazione resistente ha previsto un solo ed unico lotto rispetto ad un contratto di elevato valore economico della durata di 10 anni, a fronte dell'accorpamento di una serie ripetitiva di prestazioni afferenti ad edifici distribuiti sull'intero territorio provinciale, ubicati in comuni differenti anche a consistente distanza, motivando la necessità dell'accorpamento, solo con riguardo ai diversi servizi compresi, senza contemplare la possibilità di una suddivisione in lotti di carattere territoriale.

Secondo la ricorrente in tal modo è stata indebitamente ristretta la concorrenza e la possibilità per la stessa di aggiudicarsi una parte della gara, con un ingiusto vantaggio per la posizione dell'appaltatore uscente. In caso di una suddivisione in lotti la ricorrente avrebbe potuto elaborare una strategia di gara con un maggiore approfondimento degli impianti ed in quanto tale potenzialmente più competitiva.

3. Con il secondo motivo la ricorrente lamenta la violazione dell'art. 77 del D.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, la violazione dei principi di libera concorrenza, non discriminazione, imparzialità, trasparenza, e proporzionalità di cui all'art. 30 dello stesso decreto legislativo, in quanto il dirigente del servizio energia e tecnologico della Provincia di Verona ha approvato il progetto tecnico di gara, ha nominato il responsabile unico del procedimento e il direttore dell'esecuzione del contratto, ha approvato gli atti di indizione della gara

contenenti i criteri di aggiudicazione dando atto, nella medesima delibera, che il bando e il disciplinare di gara nonché i relativi allegati sono stati redatti in collaborazione con il servizio gare e contratti, ha nominato la commissione giudicatrice indicando sé stesso come presidente, ha disposto l'aggiudicazione definitiva approvando l'operato della commissione, nel frattempo ha disposto tre proroghe tecniche all'appalto in favore di un'associazione temporanea di imprese la cui mandataria e due mandanti coincidono con la mandataria e due delle tre mandanti dell'associazione temporanea di imprese aggiudicataria dell'appalto in esame.

Nel caso di specie secondo la ricorrente si assiste pertanto ad un fascio complesso di attività e funzioni compiute dal dirigente che al contempo è anche presidente della commissione giudicatrice, che integra la violazione della disposizione di cui all'art. 77, comma 4, del D.lgs. n. 50 del 2016

4. Con il terzo motivo la ricorrente lamenta la violazione degli articoli 30, 34 e 71 del D.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, del DM 7 marzo 2012, la violazione dei principi di trasparenza, libera concorrenza, parità di trattamento e buon andamento, adeguatezza, proporzionalità, ed efficacia nel cui rispetto le stazioni appaltanti devono affidare gli appalti pubblici, nonché la violazione dell'art. 76, comma 1 della Direttiva 241/24/UE e dei principi di trasparenza e parità di trattamento ed infine la violazione dell'art. 1, comma 1 della Legge 241/1990.

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

Tale decreto divide i criteri ambientali minimi in due classi, denominate A e B, la prima delle quali riguarda le ipotesi in cui la stazione appaltante non disponga di dati ed informazioni sugli impianti ed edifici interessati, e limita in tre anni la limitazione della durata del contratto d'appalto. La seconda ricorre

quando la stazione appaltante dispone già di diagnosi e certificazioni energetiche degli impianti e degli edifici, e solo in questo caso la durata del contratto può corrispondere a dieci anni.

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

Con una seconda censura denuncia la violazione dell'art. 4.3 del citato decreto ministeriale perché viene richiesto all'aggiudicatario di ottenere entro il primo anno di vigenza contrattuale una riduzione stimata dell'indice di energia primaria per la climatizzazione invernale di almeno il 5%, senza tuttavia aver messo a disposizione dei concorrenti la documentazione necessaria e prescritta dal predetto art. 4.3 e, in particolare, la certificazione e le diagnosi energetiche, i dati tecnici relativi almeno ai precedenti due anni, il libretto di impianto o di centrale con annotati i principali dati dell'impianto e i risultati delle prove di efficienza della combustione; i dati relativi alle gestioni precedenti, possibilmente in formato elettronico, comprese le fatture di fornitura dei vettori energetici. Tutto ciò genera un indebito vantaggio concorrenziale a favore del gestore uscente che è l'unico in grado di conoscere nel dettaglio gli elementi necessari a formulare un'offerta competitiva e basata su dati tecnici attendibili.

Si sono costituiti in giudizio la Provincia di Verona, la controinteressata aggiudicataria Siram e, a seguito di un atto di integrazione del contraddittorio, anche Rekeep s.p.a., in proprio e quale mandataria della costituenda associazione temporanea di imprese con Energy System (d'ora in poi Rekeep), eccependo l'inammissibilità o tardività delle censure proposte e concludendo per la reiezione del ricorso. Rekeep è stata chiamata in giudizio in quanto possibile controinteressata, perché, seconda classificata, ha presentato un autonomo ricorso r.g. n. 97 del 2020, il cui accoglimento potrebbe comportare l'aggiudicazione in suo favore.

All'udienza del 16 luglio 2020, la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. In via preliminare devono essere esaminate le eccezioni in rito che hanno ad oggetto l'intero ricorso.

Con una prima eccezione la Provincia di Verona sostiene che il ricorso è inammissibile per carenza di interesse, in quanto, anche se le censure proposte sono volte ad ottenere una riedizione della procedura, dovrebbe comunque essere data la prova di un'effettiva e concreta chance di successo in caso di svolgimento di una nuova gara, evenienza da escludere nel caso di specie, in ragione del rilevante distacco di 93,52 punti che separano la ricorrente dalla prima classificata.

L'eccezione non può essere condivisa.

Come recentemente affermato dalla sentenza del Consiglio di Stato, Sez. V, 5 novembre 2019, n. 7557 (che sul punto ha riformato la sentenza Tar Veneto, Sez. I, 15 febbraio 2019, n. 507, richiamata dalla sentenza Tar Abruzzo, Pescara, 15 gennaio 2020, n. 22, su cui fonda le proprie argomentazioni la Provincia di Verona) *“la giurisprudenza ha condivisibilmente posto in risalto come debbano <<ritenersi ammissibili le censure volte a contestare il procedimento di nomina della Commissione giudicatrice anche quando non sia stato dimostrato che la procedura, ove governata da una Commissione in differente composizione, avrebbe avuto un esito diverso, essendo pacifico che la prova di resistenza non debba essere offerta da colui che deduca vizi diretti ad ottenere l'annullamento e la successiva rinnovazione dell'intera procedura>> (Cons. Stato, III, 3 luglio 2018, n. 4054).*

Tali conclusioni s'inscrivono nel più ampio indirizzo secondo il quale <<allorché le censure proposte sono dirette ad ottenere l'annullamento dell'intera procedura e non il conseguimento di una immediata collocazione utile nella graduatoria impugnata, non sussiste in capo al deducente l'onere di fornire alcuna prova di resistenza>> (inter multis, cfr. Cons. Stato, III, 16 aprile 2018, n. 2258; 2 marzo 2018, n. 1312; VI, 1 aprile 2016, n. 1288); è stato anche aggiunto che <<nelle gare pubbliche l'annullamento della nomina di un componente della commissione giudicatrice (...), comporta per illegittimità derivata, la

caducazione di tutti gli atti successivi della procedura di gara, fino all'aggiudicazione, e impone quindi la rinnovazione dell'intero procedimento>> (Cons. Stato, V, 4 novembre 2014, n. 5441; già Ad. Plen., 7 maggio 2013, n. 13), con la precisazione che <<l'espressione 'rinnovazione della gara', cui fa menzione l'art. 122 c.p.a., evocato dall'anzidetta pronuncia dell'Adunanza Plenaria 7 maggio 2013, n. 13, è compatibile con la sola rinnovazione delle valutazioni discrezionali>> (Cons. Stato, III, 6 agosto 2018, n. 4830; V, 21 novembre 2014, n. 5732)'.

Tali considerazioni seppur relative ai vizi di composizione della commissione giudicatrice, devono essere estese a tutti i motivi di ricorso che, ove accolti, comporterebbero l'obbligo di rinnovare la gara.

2. Con il primo motivo Carbotermo sostiene l'illegittima mancata previsione di una suddivisione in lotti.

Rispetto a tale motivo le controparti eccepiscono l'inammissibilità della censura perché la ricorrente non è una piccola o media impresa, e pertanto non rientra nel novero dei soggetti alla cui tutela è preordinata la normativa che prevede la necessità di suddivisione in lotti, come è dimostrato dalla circostanza che ha partecipato alla gara presentando un'offerta ammissibile, anche se poco competitiva.

Con una seconda eccezione sostengono che il predetto motivo deve considerarsi tardivo, perché formulato a seguito dell'aggiudicazione. Poiché secondo la prospettazione della ricorrente la mancata suddivisione in lotti le ha impedito di formulare un'offerta consapevole e ponderata, avrebbe dovuto essere impugnato fin dal principio il bando.

Il Collegio, dando atto dell'esistenza di orientamenti diversi in giurisprudenza su tali questioni, ritiene di poter prescindere dall'esame di tali eccezioni, perché il motivo è infondato nel merito (propendono nel senso che la censura possa essere proposta solo da piccole e medie imprese Tar Abruzzo, Pescara, 15 gennaio 2020, n. 22; Consiglio di Stato, Sez. III, 22 novembre 2018, n. 6611, punto 9 in diritto; propendono invece nel senso dell'ammissibilità delle censure anche se proposte da un soggetto che ha i comunque i requisiti per

partecipare alla gara Tar Veneto, Sez. III, 27 novembre 2019, n. 1288; Consiglio di Stato, Sez. III, 26 febbraio 2019, n.1350, paragrafo 2.1 ove si afferma che il partecipante può lamentare *“che avrebbe avuto una maggiore chance di aggiudicazione nel caso in cui la gara fosse stata impostata rispettivamente: su una maggiore articolazione dei lotti, sull’eliminazione della opportunità di conseguire l’aggiudicazione di tutti i lotti da parte di un unico concorrente,...”*).

Come è stato recentemente osservato (cfr. Consiglio di Stato, Sez. III, 3 luglio 2020, n. 4289) benché la suddivisione in lotti rappresenti *“uno strumento posto a tutela della concorrenza sotto il profilo della massima partecipazione alle gare, è altrettanto indubbio che tale principio non costituisca un precetto inviolabile né possa comprimere eccessivamente la discrezionalità amministrativa di cui godono le Stazioni Appaltanti nella predisposizione degli atti di gara in funzione degli interessi sottesi alla domanda pubblica, assumendo, piuttosto, la natura di principio generale adattabile alle peculiarità del caso di specie (Cons. Stato, sez. V, 11/01/2018, n.123; Sez. III, 12/02/2020, n. 1076) e derogabile, seppur attraverso una decisione che deve essere adeguatamente motivata (cfr. Consiglio di Stato, Sez. VI, 12 settembre 2014, n. 4669, Sez. III, n. 1076/2020 cit.)”*.

Orbene, nel caso di specie l’Amministrazione nel disciplinare ha indicato elementi sufficienti a giustificare la scelta di articolare la gara in un unico lotto coincidente con il territorio provinciale, che è in linea con quanto avviene in altre Province (a titolo esemplificativo vengono indicate Mantova, Campobasso e Cremona) nonché nelle procedure indette da Consip che, nei singoli lotti aventi ad oggetto il medesimo servizio della gara in esame, ricomprendono anche più Province.

Infatti il disciplinare di gara a pag. 4 afferma che l’esigenza *“di prevedere un unico lotto comprendente i diversi servizi affidati in appalto e i lavori è correlata da un lato alla tipologia di impianti che risultano interferenti tra loro sia per quanto attiene la manutenzione che per le caratteristiche e funzioni e dall’altro dalla esigenza di avere un interfaccia unico per gli utenti in modo che le eventuali condizioni di pericolo siano gestite in modo univoco e riducendo i tempi connessi all’attivazione del personale.*

L'individuazione di un unico operatore economico quale Assuntore dell'appalto garantisce pertanto sia l'ottimizzazione degli interventi, evitando interferenze, disservizi e diseconomie, che la gestione da parte degli utenti di anomalie che possono pregiudicare la sicurezza all'interno delle strutture'.

Dagli atti della procedura è possibile evincere più nel dettaglio a quali elementi si riferisca la stazione appaltante nell'affermare l'opportunità di prevedere un unico lotto. Infatti il paragrafo 11.14 del capitolato speciale d'appalto relativo al “*sistema informativo con registrazione attività e reporting*”, fa riferimento all'esistenza di un unico sistema di telecontrollo e telegestione che avviene da un'unica sede. Una suddivisione in più lotti affidati a diversi gestori renderebbe antieconomica un'eventuale moltiplicazione degli spazi e del personale provinciale addetto come referente sia per i controlli che competono all'Amministrazione, sia per curare i rapporti con le imprese aggiudicatrici. Inoltre, specifica la Provincia nelle proprie difese per meglio illustrare l'ultimo periodo della motivazione con cui ha giustificato la previsione di un lotto unico, spesso il personale scolastico opera in più sedi, ed è opportuno mantenere la possibilità di far riferimento ad un'unica ditta per segnalare eventuali esigenze o disfunzioni manifestatesi nelle diverse scuole, circostanza che non sarebbe garantita nel caso della presenza di più lotti territoriali affidati a diversi gestori.

Peraltro, sottolinea ancora la Provincia, la stessa ricorrente nell'offerta non ha mancato di evidenziare che gli obiettivi prefissati dalla stazione appaltante possono essere meglio perseguiti nell'ambito di una gestione unitaria (cfr. l'offerta sub criterio A.1 sulle modalità di svolgimento del servizio di cui al doc. 12 allegato alle difese della resistente, ove si afferma che il “*processo di gestione di un servizio complesso ed articolato come quello oggetto della presente offerta necessita di una serie di competenze, esperienze, strumenti tecnologici di supporto ed azioni che consentono di gestire unitariamente e con efficacia ed efficienza le attività affinché si possano raggiungere gli obiettivi che si è posto l'Ente Appaltante*”).

Il primo motivo è pertanto infondato.

3. Con il secondo motivo Carbotermo sostiene che la procedura è illegittima perché la commissione giudicatrice è stata presieduta dal dirigente del servizio energia e tecnologico della Provincia di Verona contravvenendo al precetto di cui all'art. 77, comma 4, del D.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, secondo cui *“i commissari non devono aver svolto né possono svolgere alcun'altra funzione o incarico tecnico o amministrativo relativamente al contratto del cui affidamento si tratta. La nomina del RUP a membro delle commissioni di gara è valutata con riferimento alla singola procedura”*.

Secondo la ricorrente costituisce violazione della norma la circostanza che il predetto dirigente abbia:

- approvato il progetto tecnico di gara;
- nominato il responsabile unico del procedimento e il direttore dell'esecuzione del contratto;
- approvato gli atti di indizione della gara contenenti i criteri di aggiudicazione dando atto, nella medesima delibera, che il bando di gara, il disciplinare di gara e relativi allegati sono stati redatti in collaborazione con il servizio gare e contratti;
- nominato la commissione giudicatrice indicando sé stesso come presidente;
- disposto l'aggiudicazione definitiva approvando l'operato della commissione;
- disposto tre proroghe tecniche all'appalto in favore di un'associazione temporanea di imprese la cui mandataria e due mandanti coincidono con la mandataria e due delle tre mandanti dell'associazione temporanea di imprese aggiudicataria dell'appalto in esame.

La censura, alla luce di una corretta lettura della norma e del ruolo effettivamente ed in concreto svolto dal dirigente, non è fondata.

Sul punto è opportuno richiamare per esteso, per la completezza nella ricostruzione dei diversi orientamenti giurisprudenziali e l'esposizione delle ragioni per le quali è preferibile un'interpretazione di carattere sostanziale e non formale volta a sindacare l'effettivo apporto del componente della

commissione nella predisposizione degli atti di gara, una parte della sentenza del Consiglio di Stato, Sez. III, 26 ottobre 2018, n. 6082, la quale, benché riferita specificatamente alla figura del responsabile unico del procedimento, enuncia dei principi valevoli anche nel caso di specie, con cui si è osservato che: *“2.3. Una parte della giurisprudenza di primo grado ha così inteso il comma 4, cogliendone il portato innovativo, rispetto alle corrispondenti e previgenti disposizioni del d.lgs. 163/2006, proprio nella scelta di introdurre una secca incompatibilità tra le funzioni tipiche dell'ufficio di RUP (o ruoli equivalenti) e l'incarico di componente e finanche di presidente della commissione.*

Ad integrazione e supporto di questa impostazione si è altresì evidenziato che la nuova regola del comma 4 è di immediata applicazione, non essendo condizionata dall'istituzione dell'albo dei commissari previsto dall'articolo 77, comma 2 (in questo senso T.A.R. Latina, sez. I, 23 maggio 2017, n. 325; T.A.R. Brescia sez. II, 4 novembre 2017, n. 1306).

2.4. Per meglio intendere l'effetto innovativo dell'art. 77 comma 4, si consideri che l'art. 84, comma 4, dell'abrogato d.lgs. n. 163 del 2006 si limitava a sanzionare le situazioni di incompatibilità dei soli membri della commissione di gara diversi dal presidente (<<i>commissari diversi dal Presidente non devono aver svolto né possono svolgere alcun'altra funzione o incarico tecnico o amministrativo relativamente al contratto del cui affidamento si tratta>>); viceversa, l'incompatibilità prevista dall'art. 77 comma 4 del d.lgs. n. 50/2016 - discendente anch'essa dall'aver svolto in passato o dallo svolgere <<alcun'altra funzione o incarico tecnico o amministrativo relativamente al contratto del cui affidamento si tratta>> - non fa distinzione tra i componenti della commissione di gara implicati nel cumulo di funzioni e, pertanto, si estende a tutti costoro indistintamente.

2.5. In favore di una lettura preclusiva del cumulo di funzioni si era espressa anche l'ANAC nel primo schema delle Linee Guida n. 3 che così recitava: <<il ruolo di RUP è incompatibile con le funzioni di commissario di gara e di presidente della commissione giudicatrice (art. 77, comma 4 del Codice)>>.

L'indirizzo dell'ANAC è mutato nel testo definitivo delle Linee Guida (poi approvate con determinazione dell'ANAC n. 1096 del 26 ottobre 2016) rielaborato, alla luce del parere del Consiglio di Stato n. 1767/2016, nel senso che "Il ruolo di RUP è, di regola,

incompatibile con le funzioni di commissario di gara e di presidente della commissione giudicatrice (art. 77, comma 4 del Codice), ferme restando le acquisizioni giurisprudenziali in materia di possibile coincidenza" (punto 2.2., ultimo periodo).

2.6. Un secondo e opposto orientamento giurisprudenziale ha invece interpretato l'art. 77 comma 4 in continuità con l'indirizzo formatosi sul codice antecedente, giungendo così a concludere che, nelle procedure di evidenza pubblica, il ruolo di RUP può coincidere con le funzioni di commissario di gara e di presidente della commissione giudicatrice, a meno che non sussista la concreta dimostrazione dell'incompatibilità tra i due ruoli, desumibile da una qualche comprovata ragione di interferenza e di condizionamento tra gli stessi (T.A.R. Veneto, sez. I, 7 luglio 2017, n. 660; T.A.R. Lecce, sez. I, 12 gennaio 2018, n. 24; T.A.R. Bologna, sez. II, 25 gennaio 2018, n. 87; T.A.R. Umbria, sez. I, 30 marzo 2018, n. 192).

2.7. Il Collegio ritiene di dare séguito a questo secondo orientamento, a ciò indotto dalle seguenti considerazioni.

2.7.1. Innanzitutto, vi è ragione di dubitare che l'art. 77 comma 4, nella sua versione ante correttivo, intendesse precludere al RUP la partecipazione alla commissione. Una tale lettura era stata avversata da questo stesso Consiglio di Stato nel parere n. 1767, del 2 agosto 2016, reso ad ANAC sullo schema di Linee Guida n. 3, nel quale la Commissione speciale aveva così censurato l'impostazione espressa nel documento all'esame: <<...la disposizione che in tal modo viene interpretata (e in maniera estremamente restrittiva) è in larga parte coincidente con l'articolo 84, comma 4 del previgente 'Codice' in relazione al quale la giurisprudenza di questo Consiglio aveva tenuto un approccio interpretativo di minor rigore, escludendo forme di automatica incompatibilità a carico del RUP, quali quelle che le linee-guida in esame intendono reintrodurre (sul punto ex multis: Cons. Stato, V, n. 1565/2015). Pertanto, non sembra condivisibile che le linee-guida costituiscano lo strumento per revocare in dubbio (e in via amministrativa) le acquisizioni giurisprudenziali...>> (vedasi il punto "Pag. 3, par. 1.2., terzo periodo" del parere 1767/2016).

A seguire, la stessa ANAC era giunta ad affermare l'inesistenza di una tale automaticità allorché, nel testo delle Linee Guida licenziato il 26 ottobre 2016, aveva fatto riferimento

alla circostanza che <<il ruolo di RUP è, di regola, incompatibile con le funzioni di commissario di gara e di presidente della commissione giudicatrice (art. 77, comma 4 del Codice), ferme restando le acquisizioni giurisprudenziali in materia di possibile coincidenza>>.

2.7.2. Un secondo e decisivo elemento esegetico è costituito dall'indicazione successivamente fornita dal legislatore, il quale, integrando il disposto dell'art. 77 comma 4, ha escluso ogni effetto di automatica incompatibilità conseguente al cumulo delle funzioni, rimettendo all'amministrazione la valutazione della sussistenza o meno dei presupposti affinché il RUP possa legittimamente far parte della commissione gara.

Sembra difficile negare che il correttivo normativo introdotto nel 2017 abbia svolto una funzione di ausilio ad una esegesi della disposizione che era già emersa alla luce della prima versione dell'art. 77.

La soluzione così avallata, sebbene astrattamente opinabile se riguardata in relazione al tenore testuale della prima versione dell'art. 77, sembra tuttavia costituire l'esito ermeneutico maggiormente coerente con l'opzione che il legislatore ha inteso consolidare in via definitiva. A ciò aggiungasi che una lettura funzionale ad una uniforme applicazione della disposizione (pur nel mutamento della sua formulazione testuale) è da preferirsi anche sotto il profilo del riflesso che tale soluzione può assumere sulla continuità e sul buon andamento degli indirizzi della prassi amministrativa.

2.7.3. In questi stessi termini si è di recente espressa l'ANAC, con il parere di cui alla deliberazione n. 193/2018, ove - proprio con riguardo ad una fattispecie riconducibile alla prima versione dell'art. 77 comma 4 d.lgs. 50/2016 - si è chiarito che <<al fine di evitare forme di automatica incompatibilità a carico del RUP, l'eventuale situazione di incompatibilità, con riferimento alla funzione di commissario di gara e Presidente della commissione giudicatrice, deve essere valutata in concreto dalla stazione appaltante verificando la capacità di incidere sul processo formativo della volontà tesa alla valutazione delle offerte, potendone condizionare l'esito>> (e nello stesso senso si pone la precedente delibera ANAC n. 436 del 27 aprile 2017).

2.8. Dando seguito, pertanto, alla qui condivisa impostazione secondo la quale non può essere ravvisata nessuna automatica incompatibilità tra le funzioni di RUP e quelle di

componente della commissione giudicatrice, a meno che essa non venga dimostrata in concreto - nell'ottica di una lettura dell'art. 77 comma 4 del d.lgs. n. 50/2016 che si ponga in continuità con l'indirizzo interpretativo formatosi sul comma 4 dell'art. 84 del previgente d.lgs. n. 163/2006 (cfr., ex multis, Cons. Stato, sez. III, 18.1.2018, n. 695) occorre ulteriormente evidenziare che:

- la garanzia di trasparenza ed imparzialità nella conduzione della gara impedisce la presenza nella commissione di gara di soggetti che abbiano svolto un'attività idonea a interferire con il giudizio di merito sull'appalto di che trattasi (cfr. Cons. Stato, sez. VI, 21.7.2011, n. 4438, parere n. 46 del 21 marzo 2012);

- la situazione di incompatibilità deve ricavarsi dal dato sostanziale della concreta partecipazione alla redazione degli atti di gara, al di là del profilo formale della sottoscrizione o mancata sottoscrizione degli stessi e indipendentemente dal fatto che il soggetto in questione sia il funzionario responsabile dell'ufficio competente (Cons. Stato, sez. V, 28.4.2014, n. 2191);

- per predisposizione materiale della legge di gara deve quindi intendersi <<non già un qualsiasi apporto al procedimento di approvazione dello stesso, quanto piuttosto una effettiva e concreta capacità di definirne autonomamente il contenuto, con valore univocamente vincolante per l'amministrazione ai fini della valutazione delle offerte, così che in definitiva il suo contenuto prescrittivo sia riferibile esclusivamente al funzionario>> (Cons. Stato, sez. V, 22.1.2015, n. 255 e 23.3.2015, n. 1565);

- ad integrare la prova richiesta, non è sufficiente il mero sospetto di una possibile situazione di incompatibilità, dovendo l'art. 84, comma 4, essere interpretato in senso restrittivo, in quanto disposizione limitativa delle funzioni proprie dei funzionari dell'amministrazione (Cons. Stato, sez. V, 22.1.2015, n. 255);

- detto onere della prova grava sulla parte che deduce la condizione di incompatibilità (cfr. Cons. Stato, sez. V, 25.1.2016, n. 242 e 23.3.2017, n. 1320; Id., sez. III, 22.1.2015, n. 226);

- in ogni caso, la predetta incompatibilità non può desumersi ex se dall'appartenenza del funzionario - componente della Commissione, alla struttura organizzativa preposta, nella fase preliminare di preparazione degli atti di gara e nella successiva fase di gestione,

all'appalto stesso (cfr. T.A.R. Lazio, sez. III, 6.5.2014, n. 4728; T.A.R. Lecce, sez. III, 7.1.2015, n. 32)''.

Pertanto appare corretto affermare che, anche dopo l'entrata in vigore del D.lgs. 18 aprile 2016 n. 50, abbia conservato validità l'orientamento giurisprudenziale per il quale il cumulo di funzioni tra dirigente della struttura organizzativa competente e di presidente della commissione di gara non si ponga in contrasto automaticamente, ed in termini di principio, con le regole di imparzialità che governano le pubbliche gare, fatta salva la valutazione nel singolo caso concreto (cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, 11 settembre 2019, n. 6135; id. 14 gennaio 2019, n. 283; id. 20 novembre 2015 n. 5299, id., 17 novembre 2014, n. 5632).

A fronte della censura formulata in termini formalistici dalla ricorrente senza comprovare sul piano concreto le possibili interferenze realizzate dal dirigente nella preparazione degli atti di gara, la Provincia ha obiettato che l'apporto del dirigente si è limitato alla ratifica ed al recepimento di atti formati da altri soggetti, senza l'esercizio di poteri discrezionali, ovvero all'adozione di atti obbligatori in adempimento dei compiti e delle funzioni allo stesso attribuite dall'art. 107 del D.lgs. 18 agosto 2000, n. 267. In tal senso le proroghe del contratto precedente dopo la scadenza dello stesso e nelle more della stipula di quello nuovo, costituiscono esercizio di un'attività vincolata per assicurare la continuità nell'erogazione di un servizio essenziale, e sono state disposte dal dirigente in quanto preposto all'unità gestionale competente per materia; la predisposizione di tutta la documentazione progettuale, compresa l'elaborazione del bando e del disciplinare di gara nonché l'assistenza alla procedura di gara con predisposizione dei testi per gli eventuali chiarimenti pervenuti dai concorrenti o dalla commissione giudicatrice, nonché il ruolo di direttore dell'esecuzione del contratto, sono stati affidati ad un professionista esterno all'Amministrazione, scelto all'esito di una procedura aperta, di per sé garanzia di imparzialità e trasparenza nella nomina; l'approvazione di tale documentazione è stata effettuata dal dirigente, in quanto unico dirigente in

possesso delle necessarie competenze nell'Ente, previa verifica sul piano istruttorio del responsabile unico del procedimento; la nomina del responsabile unico del procedimento è avvenuta nell'ambito della medesima struttura organizzativa tra i soggetti in possesso delle necessarie competenze professionali in adempimento delle prescrizioni, anch'esse fortemente limitative di ogni discrezionalità, di cui all'art. 31, comma 1, del D.lgs. 18 aprile 2016, n. 50; l'approvazione della documentazione progettuale predisposta dal soggetto esterno all'Amministrazione, del bando e del disciplinare è avvenuta senza interferenze ed in adempimento dell'obbligo in tal senso prescritto dall'art. 107, comma 3, lett. b), del D.lgs. 18 agosto 2000, n. 267 e dell'art. 54, comma 2, lett. d), dello Statuto provinciale; la presidenza della commissione di gara è anch'essa obbligatoria ai sensi dell'art. 107, comma 3, lett. a), del D.lgs. 18 agosto 2000, n. 267.

La ricorrente lamenta che il dirigente abbia anche approvato gli atti di gara. Sul punto va osservato che in giurisprudenza si è condivisibilmente affermata l'irrilevanza anche di tale circostanza, in quanto non è *“possibile riferire le ragioni di incompatibilità ad un incarico anteriore nel tempo alle preclusioni che deriveranno solamente dall'assunzione di un incarico posteriore; si intende dire che, anche a seguire un'interpretazione rigorosa dell'art. 77, comma 4, del d.lgs. n. 50 del 2016, potrebbe al più determinarsi l'incompatibilità all'approvazione degli atti di gara, ma non certo la preclusione ad assumere le funzioni di commissario da parte di chi svolgerà solamente in una fase successiva ulteriori funzioni”* (cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, 11 settembre 2019, n. 6135; id. 4 febbraio 2019, n. 819).

In concreto va inoltre rilevato, come sottolinea la Provincia nelle proprie difese, che il dirigente si è limitato a far propria, senza modifiche o integrazioni, la proposta in proposito formulata dal responsabile unico del procedimento, senza esercitare anche in questo caso poteri discrezionali idonei ad interferire sul contenuto dell'atto, ed ha dovuto procedere in tal senso in quanto unico dirigente della Provincia dotato delle necessarie competenze tecniche (l'altro dirigente in servizio è preposto al settore

Ambiente presso il quale ha da sempre svolto le proprie funzioni sin dal 1997).

Infine il seggio di gara, competente alle ammissioni, è stato composto da altra terna di soggetti (cfr. la determinazione 14 giugno 2019 n. 1966), mentre due commissari su tre della commissione giudicatrice sono soggetti esterni individuati a seguito di una procedura che ha previsto la presentazione di una terna di candidature da parte degli ordini professionali degli ingegneri di Verona, Mantova, Trento e Brescia, da parte diversi Comuni e Province, nonché da parte delle facoltà di Ingegneria di Padova, Vicenza, Trento e Brescia e quindi con il sorteggio in seduta pubblica dei due componenti esperti come illustrato nella determinazione 19 luglio 2019 n. 2391 (cfr. doc. 5 allegato al ricorso).

Pertanto, tenuto conto che la corretta interpretazione della norma di cui al citato art. 77, comma 4, esclude incompatibilità formali e di carattere automatico, e che a fronte delle obiezioni mosse dalla ricorrente la parte resistente ha dimostrato che in concreto il ruolo del presidente della commissione non può aver determinato nella fattispecie in esame interferenze e di condizionamenti sul contenuto degli atti preparatori della gara, che del resto non è comprovata dalla parte che li deduce, il secondo motivo si rivela infondato.

4. Con il terzo motivo la ricorrente lamenta che la stazione appaltante, non avendo messo a disposizione tutta la documentazione necessaria in base ai criteri ambientali minimi di cui al DM 7 marzo 2012, non poteva prevedere una durata del contratto di dieci anni, ma doveva limitarlo a tre, ed ha indebitamente avvantaggiato l'aggiudicatario che è il gestore uscente, l'unico ad essere in possesso di informazioni sufficientemente dettagliate per poter presentare un'offerta competitiva e completa sotto il profilo tecnico.

Le controparti eccepiscono la tardività di questo motivo, affermando che avrebbe dovuto essere impugnato il bando

Il Collegio ritiene di poter prescindere dall'esame dell'eccezione in rito, perché il motivo è infondato nel merito.

Sul punto va premesso che il citato decreto ministeriale per le procedure di affidamento dei servizi di riscaldamento prevede due ipotesi A e B, a seconda del diverso livello di conoscenza energetica della stazione appaltante rispetto ai propri immobili.

La Provincia di Verona deduce che il servizio di gestione e manutenzione impianti termici con approvvigionamento dei combustibili, è esternalizzato da circa un ventennio (dalla stagione termica 2001-2002), mediante appalti ad evidenza pubblica comunitaria, attraverso i quali sono stati acquisiti tutti i dati previsti per l'ipotesi "A" del predetto decreto. E' sulla base di tali dati che sono stati previsti, nell'indire ciascuna gara di appalto, gli interventi di efficientamento energetico mirati al miglioramento del patrimonio immobiliare.

Orbene, alla luce dei chiarimenti forniti dalla Provincia nelle proprie difese, anche le censure proposte con il terzo motivo non colgono nel segno, perché si basano su una lettura formalistica degli oneri posti a carico della stazione appaltante dal citato DM 7 marzo 2012, senza tener conto che, senza violare tali prescrizioni, deve ritenersi possibile provvedere all'obbligo di mettere a disposizione la predetta documentazione in forme equipollenti a quelle espressamente previste in via esemplificativa dal decreto, a condizione che, come è avvenuto nel caso di specie, la stazione appaltante preveda in concreto la possibilità per il concorrente di acquisire comunque tutti i dati necessari alla formulazione dell'offerta. A sostegno delle proprie tesi la ricorrente cita anche la sentenza Tar Lombardia, Milano, 24 aprile 2020, n. 685, che però non sembra sovrapponibile al caso di specie (in quella vicenda il Tribunale ha accertato che l'Amministrazione era in possesso della documentazione necessaria per esperire un affidamento di tipo B solamente con riguardo a soli 7 impianti rispetto ai 73 indicati nella legge di gara: cfr. il punto 2.4.2 in diritto, secondo trattino)

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

Per quanto riguarda le planimetrie, sono state fornite in sede di gara relativamente a tutti gli edifici in formato editabile, consentendo in tal modo la verifica e l'analisi degli edifici, grazie anche ai sopralluoghi, consentiti senza limiti.

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

I libretti di impianto sono invece consultabili mediante la piattaforma denominata CIRCA (catasto impianti termici regionale) accessibile ai concorrenti, e realizzata in adempimento degli obblighi imposti dal DPR 16 aprile 2013, n. 74, che ha prescritto la tenuta dei libretti di impianto in modalità informatica.

Inoltre in allegato al capitolato speciale d'appalto sono state fornite le schede tecniche dettagliate con *report* fotografico dei componenti e delle caratteristiche dei generatori di calore, e descrittive delle dimensioni (superfici lorde e volumi riscaldati) di ciascuna zona termica.

Infine va ricordato che la normativa di gara imponeva ai concorrenti di eseguire almeno un sopralluogo in ciascuna delle strutture impiantistiche ed edilizie oggetto dell'appalto, ferma restando la possibilità per ogni operatore di svolgere maggiori approfondimenti, ove ritenuto opportuno, e la stazione appaltante ha concesso una proroga del termine inizialmente fissato per la presentazione delle offerte, proprio per assicurare in tal modo termini più ampi per prendere visione dei luoghi.

Ne discende che il terzo motivo, con il quale la ricorrente sostiene che la stazione appaltante non possedeva la documentazione necessaria a bandire una gara entro la fattispecie B del DM 7 marzo 2012, e non ha messo a disposizione i dati necessari a formulare un'offerta consapevole e competitiva,

con indebito vantaggio per il gestore uscente, deve essere disattesa, perché priva di riscontri.

In definitiva il ricorso deve essere respinto ed uguale sorte seguono i motivi aggiunti mediante i quali Carbotermo non ha impugnato nuovi provvedimenti, né ha proposto nuove censure avverso gli atti già impugnati, ma – come dalla stessa dichiarato nella memoria di replica depositata in giudizio il 3 luglio 2020 – ha inteso solo dimostrare, alla luce dei documenti relativi alla procedura a cui ha avuto accesso, il “*radicamento dell’interesse*” alla riedizione della gara.

Le peculiarità e la non perspicua formulazione di alcune delle norme rilevanti di alcune delle questioni trattate, giustificano l’integrale compensazione delle spese di giudizio tra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto, Sezione Prima, definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe, lo respinge

Spese compensate.

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

Così deciso nella camera di consiglio tenutasi da remoto il 16 luglio 2020 in modalità videoconferenza, con l’intervento dei magistrati:

Maddalena Filippi, Presidente

Stefano Mielli, Consigliere, Estensore

Filippo Dallari, Referendario

L’ESTENSORE
Stefano Mielli

IL PRESIDENTE
Maddalena Filippi

IL SEGRETARIO

