

CONTRATTI DELLA P.A.: Pubblica amministrazione - Contratti di servizio di energia - Rinegoziazione - Art. 6, comma 2, lett. b), all.to II, D.lgs. n. 115 del 2008 - Possibilità - Condizioni.

Cons. Stato, Sez. III, 10 novembre 2020, n. 6911

- in *Il Foro amministrativo*, 11, 2020, pag. 2106.

“[...] La proroga contenuta nella delibera [...] e negli atti attuativi è viziata per i motivi evidenziati dal primo giudice.

La delibera menzionata, infatti, è motivata con riferimento alle esigenze impiantistiche, nelle more dell'espletamento della gara centralizzata, facendo ricorso all'art. 16 comma 4, e all. 2 comma 2 lett. d), d.lgs. n. n.115/2008, che – espressamente richiamato nella delibera – prevede che “qualora nel corso di vigenza di un contratto di servizio di energia, le parti concordino l'esecuzione di nuove e/o ulteriori prestazioni ed attività conformi e corrispondenti ai requisiti del presente decreto, la durata del contratto può essere prorogata nel rispetto delle modalità definite dal presente decreto”.

Il dato letterale della norma appare già sufficientemente chiaro nell'esprimere il necessario presupposto che la ‘rinegoziazione’ intervenga nella vigenza di un contratto di servizio di energia.

Va, comunque, richiamata la giurisprudenza della Sezione [...] che ha avuto modo di precisare che “l'art. 6, cit., costituisce previsione derogatoria e come tale non è suscettibile di interpretazione estensiva o analogica”. Esso “... si inserisce in una normativa che mira alla tutela dell'ambiente ed al miglioramento dell'efficienza negli usi finali dell'energia; la sua ratio ha dunque carattere ambientale, ed è legata all'opportunità di conseguire un più rapido adeguamento dei servizi energia ai sopravvenuti parametri di efficienza energetica, senza attendere la naturale scadenza dei contratti e consentendone la rinegoziazione anticipata, incentivandola mediante l'allungamento della durata, con possibilità quindi di spalmare su un periodo più lungo i corrispettivi a fronte degli investimenti necessari per far fronte agli interventi volti al conseguimento dell'efficienza energetica”.

Ne discende che nella specie che occupa è stata fatta erronea applicazione della norma, al di là dello stretto ambito consentito dal carattere derogatorio delle disposizioni attinenti alla naturale scadenza dei contratti ed al regime delle proroghe, nonché delle regole concorrenziali dell'evidenza pubblica [...]”.

FATTO

La controversia in esame concerne la decisione dell'odierno appellante di prorogare ulteriormente il contratto con la società consortile Micenes S.c.ar.l. costituita per la gestione dell'appalto misto di forniture, servizi e lavori relativo alla gestione integrata energetica delle aziende sanitarie liguri

dall'A.T.I. aggiudicataria composta da C.S.I. – Consorzio Servizi Integrati, Consorzio Cooperative Costruzioni C.C.C. Società Cooperativa e Gefi S.p.a..

L'aggiudicazione risale al 2004 (decreto n. 143658); successivamente, il contratto intercorso tra Regione Liguria e Micenes S.c.ar.l. è stato integrato a mezzo di atto aggiuntivo del 2008, che ha determinato in dieci anni, decorrenti dal 1° gennaio 2008, la durata del rapporto. L'Ospedale Policlinico San Martino, poi, ha stipulato con Micenes S.c.ar.l. apposito protocollo di esecuzione (cfr. Atto aggiuntivo al Capitolato Speciale del 2008 allegato alla Determinazione n. 2271 del 1° ottobre 2019).

Scaduto il contratto con Micenes S.c.ar.l., con determinazione n. 19 del 14 gennaio 2019 A.Li.Sa. – Azienda Ligure Sanitaria della Regione Liguria ha indetto la procedura aperta ai sensi dell'art. 60 del d.lgs. n. 50/2016 per l'affidamento del servizio di gestione, manutenzione, ammodernamento degli impianti delle strutture sanitarie liguri, comprensivo della fornitura di vettori energetici e di altre prestazioni accessorie per un periodo di centoventi mesi, con opzione di rinnovo per ulteriori ventiquattro mesi (cfr. Capitolato Speciale del 2019).

Per quanto specificamente interessa ai presenti fini, il Lotto n. 5 di tale ultima procedura riguarda l'insieme delle strutture facenti capo all'Ospedale Policlinico San Martino.

In questo contesto si inseriscono gli atti adottati dal Policlinico ed impugnati avanti al Tribunale Amministrativo Regionale della Liguria da Gi One S.p.a. (R.G. n. 760/2019), S.A.C.C.I.R. S.p.a. (R.G. n. 767/2019) ed Engie Servizi S.p.a. (R.G. n. 770/2019), per i seguenti motivi:

- il Policlinico, in quanto soggetto terzo rispetto al contratto stipulato tra la Regione Liguria e Micenes S.c.ar.l., non sarebbe stato legittimato a prorogarne la durata;
- non sussisterebbero i presupposti richiesti dall'art. 6, comma 2, dell'Allegato II del d.lgs. n. 115/2008 per prorogare il contratto stipulato tra la Regione Liguria e Micenes S.c.ar.l., essendo quest'ultimo ormai esaurito ed in regime di proroga tecnica da quasi un anno;
- la decisione di prorogare il contratto in essere con Micenes S.c.ar.l. si porrebbe in contrasto con la volontà di aderire alla gara regionale precedentemente manifestata dal Policlinico;
- non sussisterebbero i presupposti richiesti dall'art. 106, comma 11, del d.lgs. n. 50/2016 per procedere ad una proroga tecnica del contratto stipulato con Micenes S.c.ar.l., ammessa esclusivamente per il tempo necessario all'individuazione di un nuovo contraente;
- la decisione di prorogare il contratto in ragione dell'urgenza di sostituire l'impianto di condizionamento sarebbe irragionevole e non giustificata da effettivi vantaggi economici, trattandosi di intervento già compreso tra quelli oggetto della gara regionale;

- non sussisterebbero i presupposti previsti dall'art. 7.3 dell'Atto aggiuntivo al Capitolato Speciale del 2008, giacché gli interventi affidati a Micenes S.c.ar.l. non rientrerebbero nella categoria delle attività di “manutenzione straordinaria urgente”;
- in riferimento alla possibilità prevista dall'art. 7.3 dell'Atto aggiuntivo al Capitolato Speciale del 2008 mancherebbe, in ogni caso, la prescritta verifica preventiva da parte dell'A.R.E. – Agenzia Regionale per l'Energia (oggi I.R.E. S.p.a.) in ordine alla sussistenza del requisito dell'urgenza dei lavori;
- in ultimo, la deliberazione n. 2101 del 30 dicembre 2019 (doc. n. 14 del fascicolo di primo grado) rappresenterebbe, in particolare, il tentativo del Policlinico di ottenere il risultato perseguito con gli atti già gravati, nonostante la sospensione cautelare degli stessi frattanto disposta dal Consiglio di Stato.

Il Policlinico, di contro, evidenziava che i provvedimenti impugnati rispondessero alla necessità di far fronte alla situazione emergenziale venutasi a creare per effetto, da un lato, del procrastinarsi dei tempi di conclusione della gara regionale; dall'altro, della vetustà degli impianti di riscaldamento e di raffreddamento della struttura ospedaliera, il cui malfunzionamento – in difetto di onerosi interventi, mirati e di pronta attuazione – era concretamente suscettibile di arrecare seri pregiudizi all'efficiente esercizio dei servizi sanitari.

Il Policlinico sottolineava, poi, che i provvedimenti adottati sulla scorta di quanto disposto sia dall'art. 7.3 dell'Atto aggiuntivo al Capitolato Speciale del 2008 che le attività di manutenzione straordinaria urgente già previste ai punti 6.6 e 7.3 dell'originario capitolato speciale sarebbero state affidate mediante separati atti all'Assuntore sulla base delle esigenze concordate con la preventiva verifica di A.R.E. sulla necessità degli interventi, ove non siano conseguenti a carenza di manutenzione ordinaria e che non rientrino negli investimenti sia dall'art. 9.7 del Capitolato Speciale del 2019, secondo cui sussisterebbe la possibilità per l'Ospedale, nelle more della conclusione della procedura e dell'attivazione dei relativi contratti, di realizzare uno o più ammodernamenti obbligatori di impianto ove risulti urgente ed indifferibile ad insindacabile motivato giudizio dell'Ospedale medesimo, con il limite di un importo massimo pari al 25% della Q.I. a base d'asta.

Ulteriormente evidenzia che con l'Atto Aggiuntivo del Protocollo Attuativo approvato con determinazione n. 2546 del 30 ottobre 2019 (a seguito delle delibere di Giunta regionale n. 677 e 808 del 2019) la Regione Liguria, attesa la necessità di assicurare la conclusione della procedura di gara per la selezione del nuovo fornitore, prorogava il contratto in essere con la società Micenes S.c.ar.l., sino al 31 ottobre 2020 per le medesime ragioni.

Al fine di conformarsi alle disposizioni della Regione Liguria, pertanto, con deliberazione n. 2101 del 30 dicembre 2019 il Policlinico stabiliva di prorogare “ *il contratto originario con la Società Micenes, con decorrenza dall’01/11/2019 e fino al 31/10/2020 al fine di garantire la continuità del servizio di gestione e manutenzione degli impianti ospedalieri, tutto ciò nel rispetto di quanto disposto dalla Delibera regionale n. 808 del 14/10/2019*”.

Il primo giudice con la pronuncia appellata accoglieva i ricorsi previa loro riunione.

Nelle more del giudizio di appello sopravvenivano i seguenti atti:

la nota di I.R.E. S.p.a. – Infrastrutture Recupero Energia Agenzia Regionale Ligure prot. n.

1910 del 6 aprile 2020, avente ad oggetto la “*Convenzione Regionale per il Multiservizio Tecnologico – Valutazione del prev. SIRAM 20- 2020*”, con cui IRE S.p.a. avrebbe – secondo parte appellante - condiviso l’appropriatezza del progetto presentato da Micenes S.c.ar.l. sotto il profilo tecnico e la sua congruità sul piano economico, confermando i criteri adottati dal Policlinico per misurare la capienza del c.d. quinto d’obbligo di cui all’art. 7.3 dell’Atto aggiuntivo al Capitolato Speciale del 2008 rispetto all’importo dei lavori oggetto di affidamento;

l’Argomento di Giunta n. 399 dell’8 maggio 2020 (doc. C), con cui la Regione Liguria prendeva atto della procedura seguita dall’Ospedale e della sua non interferenza con la gara regionale.

Avverso la sentenza di primo grado l’odierno appellante deduce i motivi di seguito indicati.

1. Illegittimità della sentenza impugnata nella parte in cui non ha dichiarato l’inammissibilità e/o l’improcedibilità dei ricorsi per difetto di interesse ad agire. La decisione del primo giudice sarebbe illegittima in quanto le odierne appellate avrebbero ricondotto il proprio interesse all’impugnazione degli atti alla propria partecipazione alla gara a procedura aperta indetta da A.Li.Sa. per l’affidamento del servizio di gestione, manutenzione e ammodernamento degli impianti delle Strutture Sanitarie Liguri, non già alla loro posizione di operatori economici presenti sul mercato.

Tale interesse, tuttavia, non risulterebbe minimamente inciso dagli atti impugnati, considerato che l’Atto Aggiuntivo del Protocollo Attuativo approvato con Determinazione n. 2546 del 30 ottobre 2019 farebbe espressamente salvi gli esiti della procedura ad evidenza pubblica regionale, con la conseguenza che, avvenuta l’aggiudicazione, gli effetti dell’affidamento verrebbero – asseritamente - meno, potendo la società aggiudicataria concludere un nuovo contratto con l’Amministrazione

2. Illegittimità della sentenza impugnata nella parte in cui non ha dichiarato l’improcedibilità dei ricorsi per sopravvenuto difetto di interesse ad agire con riferimento alle deliberazioni regionali n. 1457 dell’11 settembre 2019, n. 2271 del 1° ottobre 2019 e n. 2546 del 30 ottobre 2019, a seguito delle quali il Policlinico, con deliberazione n. 2101 del 30 dicembre 2019, stabiliva di prorogare il

contratto originario fino al 31 ottobre 2020 al fine di garantire la continuità del servizio di gestione e manutenzione degli impianti ospedalieri.

3. Illegittimità della sentenza impugnata nella parte in cui non ha dichiarato l'inammissibilità e/o l'improcedibilità dei ricorsi per omessa contestazione della clausola di cui all'art. 9.7 del Capitolato Speciale del 2019, in quanto il giudice di prime cure non avrebbe considerato che le odierne appellate, partecipando alla procedura bandita da A.Li.Sa., hanno accettato tutta la documentazione di gara e le clausole ivi contenute, compreso l'art. 9.7 del Capitolato Speciale, al quale hanno prestato, quindi, acquiescenza; per altro verso, che la citata clausola del Capitolato Speciale non è stata in ogni caso oggetto di impugnazione nei giudizi di primo grado. Tantomeno sarebbe stata in alcun modo posta in discussione la continenza dell'affidamento impugnato entro la soglia del 25% prevista dal Capitolato Speciale della gara regionale.

Nel caso di specie, infatti, gli ammodernamenti obbligatori, analiticamente articolati sulla base del Computo Metrico Estimativo di Gara ammonterebbero complessivamente a € 13.388.204,97. Ebbene, raffrontando tale ultimo documento con l'oggetto dell'affidamento disposto dal Policlinico, emergerebbe che solamente € 2.273.482,40 dell'importo totale dei lavori affidati a Micenes S.c.ar.l., pari ad € 8.900.000,00, sarebbero ricompresi nei predetti € 13.388.204,97, sicché – in coerenza ed armonia con la citata clausola del Capitolato Speciale – la quota che verrebbe sottratta all'oggetto del Lotto n. 5 risulterebbe, in ogni caso, pari al 17% e, dunque, ben inferiore al 25% consentito (cfr. relazione tecnica depositata sub doc. n. 12 del fascicolo di primo grado). Gli originari ricorrenti non avrebbero un interesse giuridicamente tutelato ad ottenere l'affidamento del Lotto n. 5 nella sua iniziale consistenza

4. Illegittimità della sentenza impugnata nella parte in cui non ha ritenuto applicabile al caso di specie la disposizione di cui all' art. 5, comma 2, lett. b), dell'Allegato 2 del d.lgs. n. 115/2008, essendo stato il Policlinico indotto – asseritamente - all'adozione degli atti gravati per garantire l'efficiente gestione del servizio ospedaliero, ed in particolare della rete impiantistica per il riscaldamento ed il condizionamento (come si evincerebbe dalla nota prot. n. 47699/19 del 25 ottobre 2019 allegata alla determinazione n. 2546 del 30 ottobre 2019)

5. Illegittimità della sentenza impugnata nella parte in cui non ha ritenuto applicabile al caso di specie l'art. 7.3 del Capitolato Speciale d'Appalto, che subordinava l'affidamento di prestazioni aggiuntive a due concorrenti condizioni, il trattarsi di attività di “*manutenzione straordinaria urgente*” e la “*preventiva verifica di I R E sulla necessità degli interventi*”.

Quanto al primo punto per manutenzione si dovrebbe far riferimento definizione contenuta nell'art. 6.3 dello stesso capitolato speciale: “*Per manutenzione straordinaria, ivi compresi gli interventi di*

investimento corrispondenti ad ammodernamenti tecnologici, si intendono gli interventi atti a ricondurre il funzionamento dell'impianto a quello previsto dall'offerta, dal progetto e/o dalla normativa vigente".

Erroneamente il primo giudice avrebbe ritenuto che l'affidamento in contestazione fosse precluso dalla pronuncia del Consiglio di Stato, resa in esito all'appello cautelare proposto da SACCIR S.p.a. contro il diniego di sospensione dell'esecutorietà della deliberazione n. 1457 dell'11 settembre 2019, adottato dal medesimo Tribunale Amministrativo Regionale della Liguria.

Sul punto, il decreto cautelare monocratico n. 6020/2019 sospendeva l' *"esecutorietà degli atti impugnati in primo grado, fino alla discussione collegiale cautelare"*, e non avrebbe inibito, invece, qualsiasi ulteriore attività del Policlinico; la deliberazione n. 2101 del 30 dicembre 2019 non incorrerebbe nei vizi denunciati dall'appellante in sede cautelare SACCIR, posto che l'affidamento assentito da tale provvedimento trarrebbe il proprio giuridico fondamento dall'art. 7.3 dell'Atto aggiuntivo al Capitolato Speciale del 2008.

Si sono costituite per resistere SACCIR S.P.A., ENGIE SERVIZI S.P.A. e GI ONE S.P.A.

Con memoria la SACCIR ha poi precisato quanto di seguito esposto.

A. Sui motivi di gravame del ricorso introduttivo dichiarati assorbiti e/o non esaminati in primo grado:

A.1. I motivo del ricorso introduttivo relativo alla violazione di legge e dei principi in materia di evidenza pubblica di cui all'art. 97 Cost., all'art. 2, d.lgs. n. 153 del 2006 e 30 , d.lgs. n. 50/2016, nonché della nota del Ministero dell'Economia e della Salute n. 20518/2016 e della normativa presupposta di cui all'art. 1, co. 449 della l. n. 296/06 e all'art. 1, co. 548 della l. n. 208/2015, che imporrebbero l'approvvigionamento tramite le centrali regionali di riferimento.

Il Policlinico, al fine di assicurare la continuità del servizio, avrebbe potuto ricorrere, a pena di nullità, unicamente a gare ponte o, al ricorrere dei relativi stringenti presupposti, a proroghe tecniche per il tempo strettamente necessario alla conclusione della gara regionale. Nel caso di specie, la proroga disposta con il provvedimento dell'11 settembre 2019 per ben cinque anni e otto mesi, nonché tutti gli ulteriori provvedimenti oggetto del giudizio di primo grado, risulterebbero nulli o comunque meritevole di annullamento, anche per violazione della normativa sopra citata.

A.2. Il motivo del ricorso introduttivo, violazione della l. reg. n. 41/2014 e del protocollo d'intesa di cui alla delibera n. 464/2017, incompetenza e carenza di potere, eccesso di potere e violazione dei principi in materia di autotutela e dell'art. 21 *nonies* l. n. 241 del 1990.

Alla luce del protocollo predetto, infatti, le Aziende e gli Enti del SSR si impegnavano a stipulare il rispettivo contratto aggiudicato dalla centrale di committenza, mentre nella specie il Policlinico

avrebbe deciso autonomamente e arbitrariamente, con i provvedimenti qui impugnati, di prorogare il contratto in essere con Micenes.

Il disposto dell'art. 2 dell'atto aggiuntivo al protocollo attuativo approvato con determinazione del Policlinico n. 2271 dell'1 ottobre 2019 a nulla rileverebbe – contrariamente a quanto sostenuto dall'appellante – in quanto stabilisce che *“Resta inteso tra le Parti che qualora la procedura di gara bandita dalla Regione Liguria (...) venisse aggiudicata antecedentemente alla scadenza del presente Atto Aggiuntivo, il policlinico potrà recedere dallo stesso qualora il contratto aggiudicato risulti maggiormente vantaggioso per l'amministrazione sotto il profilo tecnico ed economico”*.

La suddetta clausola contrattuale prevedrebbe una mera facoltà di recesso, peraltro subordinato a un giudizio di convenienza, che in nessun modo risulta essere compatibile, da un lato, con l'obbligo *ex lege* di approvvigionamento attraverso il ricorso alle centrali di committenza e, dall'altro, con l'obbligo di stipulazione del contratto relativo al servizio de quo con i soggetti aggiudicatari individuati all'esito della procedura di evidenza pubblica indetta da Alisa. Né le criticità potrebbero dirsi superate dalla deliberazione n. 2546 del 30 ottobre 2020 che ha rettificato solo formalmente la precedente deliberazione n. 2271 del 1 ottobre 2020 (come successivamente precisato al par. B.2).

A.3. III motivo del ricorso introduttivo, violazione di legge e divieto di novazione soggettiva in sede di proroga ai sensi del d.lgs. n. 115/2008, violazione dell'art. 118, co. 1, d.lgs. n. 163/2006 e del divieto di cessione del contratto pubblico, violazione dell'evidenza pubblica che presiede allo svolgimento delle gare e del principio di personalità dell'appalto che vieta sia la cessione del contratto sia il subaffidamento non autorizzato.

A.4. V motivo del ricorso introduttivo, eccesso di potere e travisamento dei fatti, difetto di istruttoria ed illogicità manifesta, con riguardo all'esigenza degli ammodernamenti impiantistici insorta solo dopo oltre 10 anni di gestione condotta da Micenes.

B. Sui motivi di gravame del I ricorso per motivi aggiunti dichiarati assorbiti e/o non esaminati, relativi alla deliberazione n. 2546 del 30 ottobre 2019, unitamente agli altri atti e provvedimenti meglio precisati nell'epigrafe del suddetto ricorso, tra cui la delibera della Regione Liguria n. 808 del 14 ottobre 2019:

B.1. violazione dell'art. 96 d.P.R. n. 554/1999 e dell'art. 93 del d.P.R. 207/2010 in quanto il Policlinico ha disposto la proroga direttamente nei confronti di Micenes, ossia della società consortile.

B.2. illegittimità nella parte in cui modifica l'art. 2 co. 2 del precedente atto aggiuntivo, prevedendo nel caso di esito della gara regione, il mero recesso.

B.3 violazione del principio di buon andamento *ex art. 97 Cost.* e dei principi di efficienza ed economicità dell'azione amministrativa, in considerazione della modifica dell'art. 5 dell'atto aggiuntivo approvato con determinazione del 1 ottobre 2019, ove è previsto che i costi a carico del Policlinico sono pari ad € 3.166.666,00, oltre IVA da corrispondere in unica soluzione con fattura emessa ad avvio del periodo di proroga e pagamento della stessa entro il 15 dicembre 2019.

C. Sui motivi di gravame del II ricorso per motivi aggiunti dichiarati assorbiti e/o non esaminati.

C.1. III motivo del secondo ricorso per motivi aggiunti, illegittimità della n. 2101 del 30 dicembre 2019 per violazione dei principi di evidenza pubblica, dell'art. 30, d.lgs. n. 50 del 2016, della concorrenza e par condicio e dell'art. 97 Cost., in quanto se il rapporto contrattuale non è validamente prorogato, non potrebbe invocarsi la vigenza e l'applicazione dell'art. 7.3 del Capitolato che disciplina lo svolgimento del rapporto contrattuale oggetto della proroga.

C.1.3. L'art. 7.3 del C.S.A., non risulterebbe applicabile poiché volto a regolare il rapporto contrattuale instauratosi tra Regione e ATI e non gli affidamenti a Micenes.

C.1.4. Inoltre, la soglia di cui all'art. 7.3 del Capitolato risulterebbe ampiamente consumata (e forse superata) dai precedenti affidamenti succedutisi nel corso del rapporto e sin dal 2004.

C.1.5. Ancora la deliberazione n. 2101 del 2019 sarebbe illegittima in quanto dispone l'affidamento di lavori per una somma pari a 2.868.852,46 euro (IVA esclusa) sull'asseritamente erroneo presupposto che le opere in questione sarebbero coperte dal finanziamento "concesso" dalla Regione Liguria con la delibera n. 946/2019.

C.2. IV motivo del secondo ricorso per motivi aggiunti violazione dell'art. 118 lco. 1, del d.lgs. n. 163 del 20016 e del divieto di cessione del contratto di appalto, violazione dell'art. 96 d.P.R. n. 554/1999 e dell'art. 93 del d.P.R. 207/2010.

C.2.1 Sotto il primo profilo, si dovrebbe considerare che il contratto di appalto del 2004 non è stato stipulato da Micenes ma da apposita ATI aggiudicataria.

C.2.2 In secondo luogo, Micenes è una società consortile avente ad oggetto l'esecuzione di una commessa e non potrebbe essere titolare di contratti di appalto, non essendo neanche dotata della necessaria qualificazione SOA e del personale necessario per eseguire le prestazioni.

SACCIR ha poi proposto appello incidentale per censurare la sentenza di primo grado per i motivi di seguito indicati.

Omessa pronunzia sulla domanda di nullità dei provvedimenti con cui la Regione ed il Policlinico hanno stipulato il contratto con Micenes e di proroga, omessa pronunzia sul quarto motivo del secondo atto di motivi aggiunti relativo al divieto di cessione dei contratti, violazione dell'art. 96 d.P.R. n. 554/1999 e dell'art. 93 del d.P.R. 207/2010 (verso deliberazione n. 2100/2019

e della Regione n. 808 del 2019) e sui primi motivi aggiunti, e del terzo motivo del ricorso introduttivo per violazione dell'art. 118 co. 1, d.lgs. n. 163/2006 e del divieto di cessione dei contratti avverso la delibera n. 808 del 2019.

Sull'illegittimità della sentenza di primo grado nella parte in cui ha dichiarato inammissibile e comunque infondata la domanda di annullamento della deliberazione del Policlinico n. 2100 del 24 dicembre 2019, per pretesa omessa impugnazione della delibera della Regione Liguria n. 808/2019, in quanto l'espressa impugnazione non sarebbe necessaria in considerazione della nullità che la affliggerebbe, ed in ogni caso sarebbe stata proposta dall'odierna appellante incidentale.

B2. Anche la delibera regionale n. 808/2019, sarebbe da nullità, come tale rilevabile d'ufficio ai sensi dell'art. 30 c.p.a. trattandosi di proroga disposta in favore di un soggetto diverso rispetto all'ATI aggiudicataria

B.3 In ogni caso, la SACCIR avrebbe impugnato il provvedimento in questione anzitutto con i motivi aggiunti del 22 novembre 2019, censurandolo per aver disposto l'affidamento, senza previa procedura selettiva, di prestazioni di rilevantissimo a favore di un operatore privo della necessaria qualificazione.

B.4 Il Tribunale di primo grado, dunque, avrebbe erroneamente ritenuto infondate, in ogni caso, le censure di legittimità sollevate con riguardo alla deliberazione n. 2100 del 2019.

B.4.1 Non sarebbe condivisibile quanto sostenuto in ordine alla non configurabilità della violazione del giudicato e la violazione delle regole in tema di proroghe contrattuali, essendosi limitata a recepire la decisione regionale di protrarre il rapporto con l'originaria contraente fino alla conclusione della gara centralizzata in corso di svolgimento, in quanto il riferimento alla delibera regionale n. 808 non potrebbe valere a legittimare la deliberazione n. 2100 adottata dal Policlinico in asserita violazione dei principi e della disciplina che regolano gli affidamenti pubblici. Il Tribunale di prime cure non avrebbe considerato le censure avverso la delibera dell'Ospedale con cui si censurava la violazione dell'art. 106 co. 11 del d.lgs. 50/2016, laddove prevede che *“La durata del contratto può essere modificata esclusivamente per i contratti in corso di esecuzione se è prevista nel bando e nei documenti di gara una opzione di proroga. La proroga è limitata al tempo strettamente necessario alla conclusione delle procedure necessarie per l'individuazione di un nuovo contraente”*.

A sua volta l'art. 1, comma 550, l. n. 208/2015 stabilisce che *“I singoli contratti relativi alle categorie merceologiche individuate dal decreto di cui al comma 548, in essere alla data di entrata in vigore della presente legge, non possono essere prorogati oltre la data di attivazione del*

contratto aggiudicato dalla centrale di committenza individuata ai sensi dei commi da 548 a 552. Le proroghe disposte in violazione della presente disposizione sono nulle e costituiscono illecito disciplinare e sono causa di responsabilità amministrativa”.

L'appellante incidentale formula, dunque, istanza risarcitoria, dando sin d'ora la disponibilità al subentro nell'affidamento. Chiede altresì il risarcimento del danno per equivalente.

Si è costituita in giudizio la Regione Liguria per resistere.

Esponde la Regione che , esclusa a seguito di approfondita istruttoria condotta dalla Società *in house* IRE, la percorribilità dell'adesione alla convenzione CONSIP MIES 2 e ritenuto necessario mantenere una gestione unitaria del complesso servizio, si era determinata ad optare per l'indizione di una procedura selettiva, sempre a livello regionale, tramite l'Azienda regionale A.Li.Sa., centrale regionale d'acquisto, nel corso del 2019, dopo l'espletamento di una consultazione preliminare di mercato ritenuta necessaria ed opportuna in considerazione della complessità ed importanza dell'appalto.

In particolare, nel nuovo procedimento, secondo il protocollo d'intesa menzionato nella citata d.G.R. n. 808/2019 e approvata con D.G.R. n. 464 del 16 giugno 2017, la Regione si è riservata il ruolo di soggetto coordinatore con il compito di definire, con il supporto tecnico di IRE, il nuovo modello gestionale da condividere con A.Li.Sa. La nuova procedura di gara prevede l'assegnazione delle complesse prestazioni concernenti la gestione del servizio energetico integrato per tutte le strutture del servizio sanitario regionale, Per quanto il lotto 5 relativo all'Ospedale Policlinico San Martino di Genova. A seguito di ulteriori approfondimenti istruttori, proprio con la deliberazione G.R. n. 808/2019, recava la proroga tecnica al 31 ottobre 2020 del contratto in corso con Micenes, a seguito di approfondita istruttoria in merito ai tempi necessari ad A.Li.Sa. per la conclusione della procedura di gara.

Pertanto ha svolto le seguenti considerazioni:

1 – la sentenza sarebbe corretta quanto alla rilevata inammissibilità della domanda di annullamento della deliberazione del Policlinico n. 2100/2019, recante proroga del contratto Micenes fino al 31 ottobre 2020 in ragione dell'omessa impugnazione della deliberazione della Giunta Regionale n. 808/2019. La pretesa impugnazione della deliberazione regionale che si assume essere stata effettuata con il primo atto di motivi aggiunti sarebbe stata – come affermato dal TAR - in realtà introdotta (esclusivamente) in una prospettiva interpretativa particolare e del tutto erronea, intendendosi unicamente impugnare la deliberazione n. 808/2019 in via cautelativa qualora il suddetto provvedimento dovesse essere inteso quale autorizzazione *ex post* della proroga disposta dal Policlinico a favore di Micenes con determinazione n. 1457 del 11 settembre 2019 seguita dalla

determinazione n. 2271 del 1 ottobre 2019, entrambe impugnate con il ricorso introduttivo, pertanto in una logica di impugnazione condizionata all'esito di un particolare processo interpretativo del tutto erroneo.

2 - La Società Micenes s.c.a.r.l. è stata costituita tra le partecipanti al r.t.i. aggiudicatario e due società consorziate indicate quale esecutrici dal consorzio mandante, allo scopo di curare l'esecuzione del contratto; legittimamente, quindi, gli atti sarebbero stati stipulati con detta società, ivi compresi in particolare gli atti modificativi con i quali è stato dato avvio, nel 2008, al contratto e il nuovo accordo conseguente alla conciliazione giudiziale del 2016. Sarebbe decorso il termine di decadenza posto dall'art. 31, c.p.a.. La domanda di declaratoria di nullità della deliberazione n. 808/2019, nella parte in cui reca una mera proroga tecnica di contratti intercorsi tra le parti fin dall'avvio dell'appalto, come visto negli anni 2007 e 2016, sarebbe comunque inammissibile in quanto si tratterebbe di provvedimento giuridicamente consequenziale a negozi pienamente efficaci ed ormai intangibili.

3 - In ogni caso il provvedimento regionale non sarebbe in alcun modo collegato alle determinazioni del Policlinico concernenti l'affidamento dei lavori e la conseguente proroga:

- il contratto oggetto di proroga tecnica sarebbe anteriore all'entrata in vigore del d.lgs. n. 50/2016, le disposizioni del medesimo decreto invocate non sono applicabili;
- si tratterebbe di proroga tecnica in senso proprio, visto che essa è stata disposta nelle more del completamento della complessa procedura di scelta del contraente, indetta nel corso del 2019;
- inoltre, essa è stata disposta per il tempo ritenuto strettamente necessario, come sarebbe dimostrato dall'istruttoria a tal fine preventivamente svolta in vista della stima dei tempi tecnici occorrenti per l'ultimazione della selezione (sul punto la motivazione della d.G.R. n. 808/2019);
- il servizio riguarderebbe la gestione da parte di un unico operatore del servizio energetico di tutte le strutture sanitarie liguri, per cui, dovendosi tenere conto anche dei profili concreti della fattispecie, sarebbe impossibile ipotizzare soluzioni alternative, quale l'ipotizzata gara-ponte, adeguate a garantire in tempi compatibili le esigenze di continuità del servizio, in vista peraltro della prossima conclusione della selezione.

4 - L'inammissibilità dell'istanza risarcitoria perché proposta per la prima volta in appello.

Ciò che confermerebbe la pretestuosità delle argomentazioni dedotte con l'appello incidentale, volte ad ampliare strumentalmente ed in termini inammissibili l'oggetto del giudizio, riferito all'affidamento dei lavori ed alla conseguente proroga disposti dal Policlinico.

L'istanza comunque sarebbe infondata sia nella parte in cui chiede di poter subentrare in contratto che in realtà è riferito a tutte le strutture del SSR, senza specificare sulla base di quale titolo.

Con ulteriore memoria per l'udienza di discussione SACCIR ha ribadito l'interesse al ricorso in quanto sarebbe sottratta una parte rilevante di mercato. Inoltre non vi sarebbe alcun automatismo in forza dell'art. 2 del protocollo aggiuntivo quanto ai poteri della stazione appaltante.

Permarrebbe anche l'interesse a seguito dell'emanazione della delibera regionale in quanto in ogni caso le proroghe avrebbero dovuto essere approvate dalla Regione.

Le separate procedure di cui al capitolato in ogni caso non potrebbero essere in contrasto con le disposizioni di cui all'art. 106 del codice dei contratti pubblici.

La proroga sarebbe stata dotata non per finalità energetiche e di rispetto dell'ambiente ma a ridosso della scadenza della precedente proroga.

La proroga del 21 dicembre 2019 n. 2100 sarebbe avvenuta in violazione del 'giudicato' cautelare a seguito dell'ordinanza collegiale cautelare del Consiglio di Stato 6318 del 2019.

In ogni caso la proroga non potrebbe essere giustificata in forza dell'Atto aggiuntivo punto 7.3.

Peraltro, avverso la delibera di affidamento sarebbe stato instaurato apposito contenzioso definito con sentenza del Tar Liguria non appellata n. 519 del 2020.

Con memoria per l'udienza di discussione, poi il Policlinico ha controdedotto all'appello incidentale ribadendo che:

- il primo motivo sarebbe da rigettare perché la delibera regionale sarebbe stata impugnata inizialmente unicamente in quanto asseritamente connessa alla decisione del Policlinico di prorogare;
- quanto al secondo motivo di appello incidentale sarebbe inammissibile perché la SACCIR avrebbe dovuto muovere le censure avverso la delibera di giunta regionale n. 808 del 2019;
- sulla domanda risarcitoria, le spese di partecipazione e la perdita di chance non sarebbero documentate.

Quanto alle altre argomentazioni precisa che:

- 1 – la proroga non eluderebbe la gara regionale;
- 2 – quanto al soggetto individuato per la stipula Micenes è il soggetto costituito dall'ATI per la gestione dell'impianto;
- 3 – altresì non sarebbero fondate le censure circo lo stato dell'impianto;
- 4 – con riferimento ai motivi aggiunti e alla capacità della Micenes, sarebbe una censura nuova rispetto la quale non accetta il contraddittorio;
- 5 – quanto al secondo motivo aggiunto, nessuno spazio rimarrebbe al Policlinico a seguito dell'atto aggiuntivo con il quale lo stesso si impegna al recesso per assicurare gli esiti della gara regionale;

5 – generica sarebbe la censura con la quale si deduce l'irragionevolezza dell'impegno a pagare il corrispettivo integrale entro il 31 dicembre 2019;

6 – gli interventi sarebbero resi necessari per la vetustà degli impianti e troverebbero giustificazione nella d.G.R. n. 808 del 2019 e avrebbero copertura regionale;

7 – Micenes sarebbe in ogni caso l'Assuntore con cui concludere gli atti successivi inerenti alla manutenzione ai sensi del capitolato.

Si è costituita ENGIE SERVIZI S.P.A. depositando memoria unica anche per il secondo giudizio in esame con la quale ha precisato:

- l'inammissibilità del motivo inerente alla contestazione dell'interesse delle originarie ricorrenti; non sarebbe stato appellato il capo di sentenza con il quale il primo giudice definisce sostanzialmente trattativa privata la proroga disposta dal Policlinico; in ogni caso sarebbe infondata, perché l'interesse ad impugnare sarebbe evidente sia come operatore del settore che come partecipante alla gara; altresì, non sarebbe superata dall'atto aggiuntivo in quanto il recesso sarebbe comunque subordinato ad una manifestazione di volontà del Policlinico stesso;

- la legittimazione a disporre la proroga non potrebbe derivare dal protocollo di esecuzione del capitolato speciale del 2008; la proroga violerebbe dunque l'art. 106 comma 1 del codice dei contratti pubblici;

- non sarebbe ipotizzabile alcuna improcedibilità in assenza di autotutela del Policlinico sui primi atti impugnati;

- inconferente sarebbe il richiamo alla clausola 9.7 del capitolato; l'art. 7.3 dell'Atto aggiuntivo riguarderebbe procedure diverse; in ogni caso mai la manutenzione straordinaria potrebbe arrivare alla realizzazione di un impianto differente;

- non sarebbe applicabile l'art. 5 dell'all. 2 del d.lgs. n. 115 del 2018 come correttamente ritenuto dal Tribunale di prime cure;

- IRE non avrebbe poi ratificato l'operato del Policlinico, limitandosi ad affermare la non criticità della progettazione.

Si è costituita GI ONE S.p.a. per resistere, e con memoria unica per i due giudizi ha evidenziato:

- l'interesse immediatamente leso sarebbe quello di concorrere all'aggiudicazione di un contratto che abbia le stesse condizioni conosciute al tempo di formulazione dell'offerta;

- non vi sarebbe stato alcun interesse della ricorrente a gravare di per sé la previsione dell'art. 9.7 del capitolato del 2019, materializzandosi invece l'interesse allorché l'Ospedale avrebbe in sostanza affidato direttamente alla Micenes i contestati interventi senza provvedere alla condizione

del previo esperimento di “proprie separate procedure” stabilita da l’art. 9. 7. del capitolato del 2019;

- quanto all’incompetenza del Policlinico, l’Ospedale aveva prorogato il contratto di 5 anni e 8 mesi e affidato interventi ulteriori; mentre con d.G.R. n. 808 del 2019 la Regione aveva disposto la proroga del contratto per un solo anno, pertanto non vi originariamente era interesse ad impugnare la delibera regionale; la lesione si sarebbe verificata con la determinazione di prorogare da parte dell’Ospedale;

- nel merito, con riferimento alla deliberazione n. 1457 del 11 settembre 2019 (gravata con il ricorso introduttivo), non sussisterebbero i presupposti per ricorrervi a mente dell’art. 6, comma 2, dell’Allegato II del d.lgs. 115/2008, posto a fondamento del provvedimento impugnato, in quanto la norma precederebbe non una proroga intesa come slittamento in avanti della durata del contratto a parità di condizioni, ma una vera e propria rinegoziazione; circostanza che, come anche nel caso in esame, comporterebbe un investimento da parte dell’aggiudicatario, finalizzato ad un maggiore efficientamento energetico; inoltre, la natura della facoltà accordata all’amministrazione presupporrebbe che la proposta debba essere presentata “*nel corso della vigenza di un contratto*”;

- con riferimento alla deliberazione n. 2101 del 30 dicembre 2019 (gravata con i secondi motivi aggiunti), l’insussistenza del presupposto di cui all’art. 7.3. del capitolato del 2004 come sostituito nel 2008 e dunque l’elusione delle pronunce cautelari di questo Consiglio di Stato, perseguendo il medesimo risultato; non ricorrerebbero nella specie gli interventi di manutenzione straordinaria urgenti che l’art. 7.3. del capitolato, l’urgenza avrebbe dovuto essere certificata dietro “preventiva verifica” di ARE;

- *per tabulas* risulterebbe nella delibera n. 2101 del 2019 che l’Ospedale avrebbe solo apparentemente preso atto della sospensione cautelare, premettendo che “*la sospensione degli atti sopra richiamati non sospende, tuttavia, la necessità di portare a compimento gli investimenti già precedentemente riassunti*” ribadendo, infatti, “*l’esigenza di eseguire le lavorazioni già citate in precedenza e indicate nella deliberazione n. 1457/2109 (deliberazione sospesa dal Consiglio di Stato nell’ordinanza citata)*”; surrettiziamente avrebbe reinserito gli stessi interventi oggetto dei provvedimenti sospesi dal Consiglio di Stato, “spacchettandoli” in due lotti.

Con memoria di replica la Regione ha precisato che si rileva infine che il Tribunale di prime cure, con sentenza n. 694 del 14 ottobre 2020 ha riconosciuto la legittimità della deliberazione G.R. n. 808/2019, sia nella parte in cui si è ritenuto di non poter aderire alla convenzione Consip MIES 2 e conseguentemente proseguire con la selezione indetta da A.Li.Sa., sia con riguardo alla proroga tecnica del contratto in corso con Micenes.

Con memoria di replica SACCIR insiste per l'accoglimento dell'appello incidentale sia con riferimento alla delibera regionale che con riguardo all'istanza risarcitoria.

Con memoria di replica Engie Servizi precisa che in realtà, la contestazione mossa al Policlinico riguarda non tanto l'attività di demolizione del Padiglione, ma la costruzione di una nuova cella frigorifera e del nuovo impianto di teleraffrescamento, rispetto a cui la demolizione è solo logicamente e praticamente funzionale. Sarebbe evidente, pertanto, il tentativo delle parti appellanti di "circoscrivere" la portata dei lavori affidati, rispetto ai quali, ribadisce che sarebbe del tutto irrilevante l'ampiezza della nozione di manutenzione straordinaria in quanto la stessa, così come emerge dalla ricostruzione normativa effettuata dalla stessa Micenes, ha ad oggetto interventi integrativi su impianti già esistenti e non la realizzazione di opere e impianti (nel caso, cella frigorifera e teleraffrescamento) *ex novo*.

Peraltro, la riconducibilità dei lavori affidati a Micenes alla categoria della manutenzione straordinaria sarebbe espressamente esclusa dalla stessa IRE spa nella nota del 24 marzo 2020 (depositata da SACCIR in data 20 luglio 2020).

Con memoria di replica il Policlinico ha richiamato la nota del 6 aprile 2020, secondo cui "*l'analisi condotta per quanto di competenza non ha posto in evidenza incongruenze o criticità manifeste*", e ancora il passaggio della comunicazione del 24 marzo 2020, in cui si legge che "*Le attività non derivano da carenza di manutenzione ordinaria, né erano previste nelle originarie offerte di investimento di Micenes, ma sono conseguenti ad un crescente fabbisogno di potenza frigorifera per mutate esigenze del Policlinico*".

Con il secondo appello MICENES S.c.a.r.l. censura la medesima sentenza per i profili di seguito indicati: erroneità nella parte in cui ha dichiarato l'illegittimità della deliberazione dell'Ospedale Policlinico n. 2101 del 2019, violazione ed erronea applicazione, sotto diversi profili, dell'art. 7.3 del capitolato speciale d'appalto; violazione degli artt. 55 e 92, comma 5, del d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104 e dell'art. 21 *septies* della l. 7 agosto 1990, n. 241.

Si sono costituite per resistere SACCIR, ENGIE, GI ONE, ribadendo con successiva memoria le censure svolte in primo grado ed, in particolare, tese a contestare la violazione delle regole dell'evidenza pubblica e l'errata individuazione del soggetto su cui affidare la proroga.

Si è costituito l'Ospedale Policlinico San Martino per resistere.

La SACCIR ha ribadito l'irrilevanza della successiva determina IRE.

Ancora con ulteriore memoria ENGIE ha ribadito che le lavorazioni oggetto della deliberazione n. 2101 sarebbero state affidate al di fuori di qualsiasi procedura, predicandone erroneamente la natura di manutenzione straordinaria; natura che però sarebbe stata smentita dallo stesso soggetto che

avrebbe dovuto valutare la congruità delle opere di manutenzione, e la cui valutazione (non approvazione) non potrebbe quindi ritenersi idonea a legittimarne l'affidamento e l'esecuzione. Ha proposto ancora altra memoria di replica.

Anche GI ONE S.P.A. ha ribadito le proprie difese con altra memoria per l'udienza di discussione L'I.R.C.C.S., con ulteriore memoria insiste nelle proprie difese chiedendo l'accoglimento dell'appello. Con successiva memoria di replica ripropone le posizioni già indicate sopra quanto alla successiva nota IRE ed al giudizio cautelare d'appello.

MICENES S.C.A.R.L ha presentato memoria di replica per l'udienza di discussione precisando la marginalità dei lavori edili.

All'udienza di discussione del 29 ottobre 2020 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

I – Osserva il collegio, in via preliminare, che i giudizi devono essere riuniti essendo stato proposto appello avverso la medesima sentenza, ai sensi dell'art. 96 c.p.a..

II – L'oggetto del contenzioso.

In sintesi, le imprese odierne appellate contestavano, nei giudizi instaurati in primo grado, gli atti in forza dei quali l'IRCCS Ospedale Policlinico San Martino deliberava di affidare a Micenes, attuale gestore del contratto relativo al servizio energetico integrato, determinati lavori urgenti e dichiarati indifferibili, disponendo la proroga del rapporto negoziale per la durata di cinque anni e otto mesi (delibera n. 1457 dell'11 settembre 2019 e protocollo attuativo), prevedendo anche la realizzazione di una nuova centrale frigorifera ed anticipando i relativi costi.

Il primo giudice, rilevata l'infondatezza delle eccezioni preliminari relativamente all'interesse delle ricorrenti originarie accoglieva – in parte - i gravami essenzialmente per i seguenti profili:

Quanto alla delibera n. 1475 del 2019 ed ai provvedimenti attuativi (determinazione 2271 del 1° ottobre 2019 di approvazione dell'atto aggiuntivo al protocollo attuativo e determinazione n. 2546 del 30 ottobre 2019, di rettifica) con conseguente inefficacia dell'atto aggiuntivo stipulato il 4 novembre 2019:

incompetenza del Policlinico, non riconducibilità della proroga agli atti di esecuzione, il mancato ricorso all'evidenza pubblica per gli ammodernamenti obbligatori previsti dall'art. 9.7 del capitolato della nuova gara centralizzata nel frattempo avviata dalla centrale regionale;

violazione dei limiti di cui all'art. 106, co. 11, d.lgs. n. 50 del 2016, quanto alla durata della proroga;

inapplicabilità della disposizione di cui all'all. 2, art. 6, co. 2, lett. d) d.lgs. n. 115/2008.

Quanto alla deliberazione del Policlinico n. 2100 del 24 dicembre 2019, di proroga del contratto originario con la Micenes dal 1° novembre 2019 al 31 ottobre 2020, inammissibilità per mancata tempestiva impugnazione della delibera regionale n. 808/2019, di cui sarebbe attuativa (non potendo ritenersi impugnata per il mero richiamo nel primo ricorso per motivi aggiunti) e comunque infondatezza in quanto adesione alla proroga tecnica regionale, né costitutiva di elusione del giudicato cautelare; né viziata da illegittimità derivata stante la finalità differente rispetto ai primi atti impugnati;

Quanto alla deliberazione n. 2101 del 30 dicembre 2019 con cui il Policlinico aveva affidato alla Micenes ai sensi dell'art. 7.3. del Capitolato speciale della gara regionale del 2004, la realizzazione del primo lotto dei lavori urgenti, elusione del giudicato cautelare del Consiglio di Stato, attraverso l'individuazione di un differente presupposto ed in ogni caso violazione della previsione del capitolato per mancanza dei presupposti essenziali quali la consistenza di attività di manutenzione straordinaria urgente della preventiva verifica da parte dell'ARE circa la necessità degli stessi;

Non si pronunciava sulla delibera n. 645 del 9 aprile 2020 del Policlinico in quanto non impugnata.

La sentenza T.A.R. Liguria n. 300/2020 è stata impugnata in via principale sia dall'Ospedale S.Martino sia da Micenes s.c.a.r.l. con i giudizi qui riuniti.

Nel solo appello RGR 4947/2020, proposto dall'Ospedale San Martino, SACCIR ha gravato in via incidentale la medesima pronuncia relativamente al capo di sentenza recante, come appena sopra sintetizzato, rigetto dell'impugnazione della deliberazione del Policlinico n. 2100/2019.

Con tale atto SACCIR lamenta l'erroneità del capo di sentenza a sé sfavorevole in quanto la deliberazione del Policlinico n. 2100/2019 e quella regionale n. 808/2019 sarebbero nulle in quanto riferite a soggetto diverso da quello aggiudicatario della commessa, asseritamente privo delle qualificazioni necessarie per eseguire le prestazioni oggetto del contratto.

In subordine, viene poi contestata la rilevata omessa impugnazione della deliberazione regionale n. 808/2019 in quanto- asseritamente nulla e, come tale non necessariamente da impugnare attesa la rilevabilità d'ufficio del preteso vizio e - in ogni caso impugnata con i motivi aggiunti del 22 novembre 2019 e con quelli del 23 gennaio 2020.

L'appello incidentale contesta poi le statuizioni di infondatezza delle censure rivolte contro la deliberazione del Policlinico n. 2100/2019.

Infine, oltre a lamentare una pretesa omessa pronuncia in merito alla domanda di risarcimento del danno per equivalente proposta nei confronti del Policlinico in conseguenza degli atti dallo stesso adottati, propone un'istanza risarcitoria, sia in forma specifica che, in subordine, per equivalente,

rivolta anche nei confronti della Regione Liguria, in conseguenza della proroga tecnica disposta al fine di trarre la conclusione della nuova gara.

III – I primi tre motivi di appello del Policlinico devono essere trattati congiuntamente poiché al mancato accoglimento delle eccezioni di inammissibilità o improcedibilità avanzate in primo grado. Assume il Policlinico che la carenza di interesse deriverebbe in primo luogo dalla posizione delle ricorrenti in primo grado come partecipanti alla gara indetta da A.Li.Sa, pertanto la loro posizione non sarebbe attinta dalla proroga, che farebbe salvi gli effetti dell'esito della procedura centralizzata.

In ogni caso l'interesse sarebbe venuto meno a seguito della deliberazione del Policlinico attuativa della deliberazione regionale di proroga tecnica. E, ancora, le ricorrenti in primo grado, in quanto partecipanti alla gara centralizzata avrebbero sottoscritto la clausola che consentirebbe l'affidamento gravato.

Tuttavia, tali motivi sono strettamente connessi alla qualificazione della proroga come riconducibile alle previsioni di cui al d.lgs. n. 115/2008 (motivo quarto) o all'art. 7.3. del capitolato speciale (motivo quinto) che consentirebbe - a dire dell'Amministrazione - l'affidamento di prestazioni aggiuntive nel caso di manutenzione straordinaria e verifica dell'IRE.

IV – L'appello è infondato.

Per ordine logico deve primariamente essere esaminato il motivo quarto, laddove l'amministrazione invoca la legittimità della proroga con riferimento al d.lgs. n. 115/2008 in "*Attuazione della direttiva 2006/32/CE relativa all'efficienza degli usi finali dell'energia e i servizi energetici e abrogazione della direttiva 93/76/CEE*".

La proroga contenuta nella delibera n. 1475 del 2019 e negli atti attuativi è viziata per i motivi evidenziati dal primo giudice.

La delibera menzionata, infatti, è motivata con riferimento alle esigenze impiantistiche, nelle more dell'espletamento della gara centralizzata, facendo ricorso all'art. 16 comma 4, e all. 2 comma 2 lett. d), d.lgs. n. n.115/2008, che - espressamente richiamato nella delibera - prevede che "*qualora nel corso di vigenza di un contratto di servizio di energia, le parti concordino l'esecuzione di nuove e/o ulteriori prestazioni ed attività conformi e corrispondenti ai requisiti del presente decreto, la durata del contratto può essere prorogata nel rispetto delle modalità definite dal presente decreto*".

Il dato letterale della norma appare già sufficientemente chiaro nell'esprimere il necessario presupposto che la 'rinegoziazione' intervenga nella vigenza di un contratto di servizio di energia.

Va, comunque, richiamata la giurisprudenza della Sezione (sentenza 15 aprile 2016, n. 1532) che ha avuto modo di precisare che "l'art. 6, cit., costituisce previsione derogatoria e come tale non è

suscettibile di interpretazione estensiva o analogica”. Esso “... *si inserisce in una normativa che mira alla tutela dell'ambiente ed al miglioramento dell'efficienza negli usi finali dell'energia; la sua ratio ha dunque carattere ambientale, ed è legata all'opportunità di conseguire un più rapido adeguamento dei servizi energia ai sopravvenuti parametri di efficienza energetica, senza attendere la naturale scadenza dei contratti e consentendone la rinegoziazione anticipata, incentivandola mediante l'allungamento della durata, con possibilità quindi di spalmare su un periodo più lungo i corrispettivi a fronte degli investimenti necessari per far fronte agli interventi volti al conseguimento dell'efficienza energetica*”.

Ne discende che nella specie che occupa è stata fatta erronea applicazione della norma, al di là dello stretto ambito consentito dal carattere derogatorio delle disposizioni attinenti alla naturale scadenza dei contratti ed al regime delle proroghe, nonché delle regole concorrenziali dell'evidenza pubblica. Nella fattispecie che occupa, va rammentato che il contratto tra Regione Liguria e Micenes prevedeva, in forza dell'atto aggiuntivo del 2008, una durata decennale decorrente dal 1° gennaio 2008. Scaduto il contratto, infatti, la regione si era terminava ad indire una procedura aperta per l'affidamento del servizio (determinazione n. 19 del 14 gennaio 2019).

La determina del Policlinico, oltre ad essere stata assunta da soggetto terzo rispetto al contratto del 2008, è intervenuta in un momento in cui palesemente il contratto non era più in essere e a seguito dell'intervenuta decisione regionale di procedere attraverso la regola 'ordinaria' dell'evidenza pubblica, quindi quando il soggetto competente aveva già assunto la decisione di non ritenere conveniente rinegoziare la prosecuzione del rapporto oltre la scadenza, bensì di espletare una procedura di evidenza pubblica per la scelta del nuovo contraente.

V – Nel nostro ordinamento la tutela della concorrenza che si concretizza, in primo luogo, nell'esigenza di assicurare la più ampia apertura del mercato a tutti gli operatori economici nel rispetto dei principi comunitari della libera circolazione delle merci, della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi comporta la necessità di assicurare l'adozione di uniformi procedure di evidenza pubblica che garantiscano, quindi, il rispetto dei principi di parità di trattamento, di non discriminazione, di proporzionalità e di trasparenza. In tale contesto la 'procedura negoziata' rappresenta un sistema residuale, in quanto ad esso può farsi ricorso solo in ipotesi marginali, costituendo un sistema derogatorio, in quanto costituisce eccezione ai sistemi generali, basati sulla gara.

Già il d. lgs. n. 53/2010 di recepimento della “direttiva ricorsi” (2007/66/Ce) era intervenuta sulle disposizioni relative al potere del giudice in relazione al contratto stipulato all'esito di una procedura ad evidenza pubblica illegittima. Tali disposizioni sono transitate nell'art. 121 del Codice

del processo amministrativo, laddove, nell'ambito del giudizio di annullamento dell'affidamento illegittimo, la sanzione predisposta dall'ordinamento e rimessa alla valutazione del giudice consiste nella dichiarazione di inefficacia del contratto stipulato (art. 121 co. 1 lett. b).

VI – Da quanto sin qui ritenuto, discende necessariamente la sussistenza dell'interesse degli operatori in quanto tali – e non solo come concorrenti interessati a mantenere la consistenza di quanto posto a gara - a contrastare l'affidamento intervenuto in violazione delle regole concorrenziali dell'evidenza pubblica.

Alla luce dei principi elaborati dall'Adunanza Plenaria già con la sentenza n. 9/ 2014 e n. 4/2018, il tema della legittimazione al ricorso (o del titolo all'impugnazione) è stato declinato nel senso che tale legittimazione *“deve essere correlata ad una situazione differenziata e dunque meritevole di tutela, in modo certo, per effetto della partecipazione alla stessa procedura oggetto di contestazione”* e che *“chi volontariamente e liberamente si è astenuto dal partecipare ad una selezione non è dunque legittimato a chiederne l'annullamento ancorché vanti un interesse di fatto a che la competizione – per lui res inter alios acta – venga nuovamente bandita”*.

Tuttavia, è stato sottolineato che a tale regola si deroga nelle ipotesi nelle quali si contesti in radice l'indizione della gara o all'opposto – ipotesi a cui va ricondotto il caso che occupa - che una gara sia mancata, avendo l'amministrazione disposto l'affidamento in via diretta del contratto o impugnino direttamente le clausole del bando assumendo che le stesse siano immediatamente escludenti.

VII – Non appare in alcun modo invocabile, peraltro, l'art. 9.7 del Capitolato speciale del 2019, né con riferimento al fondamento degli atti assunti dall'appellante, né con riguardo alla discussione dell'interesse delle società appellate. La norma di gara evocata dall'appellante, infatti, stabilisce *“nelle more della conclusione della presente procedura e dell'attivazione dei relativi contratti e nell'eventualità in cui la realizzazione di uno o più ammodernamenti obbligatori di impianto risulti urgente ed indifferibile ad insindacabile motivato giudizio delle S.S.L., queste avranno la possibilità di realizzare con proprie separate procedure gli ammodernamenti obbligatori. Tali opere, e la relativa remunerazione, verranno stralciate da quelle che dovranno essere realizzate dal fornitore aggiudicatario del presente contratto. Le S.S.L. potranno ricorrere a tale fattispecie limitatamente ad un importo massimo pari al 25% della Q.I. a base d'asta (si tratta di un valore inferiore al 3% della base d'asta)”*. Essa, inequivocabilmente – a differenza di quanto ritenuto dall'appellante – fa riferimento all'attivazione di eventuali procedure e non all'affidamento diretto in deroga.

Ne discende che l'interesse delle originarie ricorrenti non è compromesso dalla evocata acquiescenza alle legge di gara. Ed anzi, l'affidamento al di fuori di quanto previsto dalla stessa fonda ancor più la posizione delle stesse. Ciò indipendentemente dal valore stimato dei servizi affidati.

VIII – Non vale ancora il richiamo all'Atto Aggiuntivo del Protocollo Attuativo approvato con determinazione n. 2546 del 30 ottobre 2019 (doc. n. 3 del fascicolo di primo grado) che – secondo l'assunto dell'appellante – farebbe salvi gli esiti della procedura ad evidenza pubblica regionale con effetti sul piano dell'interesse ad agire delle società odierne appellate.

L'Atto Aggiuntivo, infatti, stabilisce espressamente all'art. 2 che *“Resta inteso tra le Parti che qualora la procedura di gara bandita dalla Regione Liguria con provvedimento n. 677 del 03/08/2018 fosse aggiudicata e divenisse operativa antecedentemente alla scadenza del presente Atto Aggiuntivo, il Policlinico recederà per uniformarsi ad essa. Nel predetto caso di recesso il Policlinico riconoscerà a Micenes il corrispettivo per i lavori eseguiti e i servizi prestati al netto dei corrispettivi già versati, oltre al decimo del valore delle opere, dei servizi e delle forniture non eseguiti, entro 60 (sessanta) giorni dalla data di rescissione”*. Si tratta, in vero di una previsione negoziale intercorrente tra Policlinico e Micenes che prevede il futuro (ed incerto) esercizio del recesso dal contratto in caso di esito della gara centralizzata.

Non vi è nella specie un esercizio di autotutela da parte del Policlinico in ordine ai provvedimenti gravati che può far venir meno l'interesse alla loro caducazione.

IX – Ancora non è fondato il quinto motivo di appello, con cui l'appellante invoca la riconducibilità dell'intervento all'art. 7.3. dell'Atto aggiuntivo al Capitolato Speciale del 2008 (doc. n. 2 del fascicolo di primo grado), il quale prevede che *“Le attività di manutenzione straordinaria urgente già previste ai punti 6.6 e 7.3 dell'originario capitolato speciale saranno dalle S.S.L. affidate mediante separati atti all'Assuntore sulla base delle esigenze concordate tra S.S.L. e Assuntore con la preventiva verifica di A.R.E. sulla necessità degli interventi, sul fatto che non siano conseguenti a carenza di manutenzione ordinaria e che non rientrino negli investimenti”*.

Tale assunto risulta smentito dalla assoluta sproporzione della durata temporale della proroga in violazione da quanto previsto dall'art. 106, co.11, d.lgs. n. 50 del 2016, e dalla non riconducibilità alla manutenzione straordinaria della costruzione di un nuovo impianto.

Ciò risulta palese dalla considerazione dei lavori di manutenzione straordinaria acconsentiti dall'art. 6.3 dello stesso capitolato speciale: *“Per manutenzione straordinaria, ivi compresi gli interventi di investimento corrispondenti ad ammodernamenti tecnologici, si intendono gli interventi atti a ricondurre il funzionamento dell'impianto a quello previsto dall'offerta, dal progetto e/o dalla*

normativa vigente mediante il ricorso, in tutto o in parte, a mezzi, attrezzature, strumentazioni, riparazioni, ricambi di parti, ripristini, revisione o sostituzione di apparecchi o componenti dell'impianto termico ai sensi dell'art. 1, comma 1, lettera i) del D.P.R. n. 412/1993, visto l'articolo 5, comma 3 e 5, del D.P.R. medesimo”.

X – Ancora vale osservare la mancanza della valutazione preliminare dell'IRE.

Peraltro, la nota (non preventiva come disposto) di IRE si limita a dare atto dell'intervento. Con la valutazione sopravvenuta depositata in atti (cfr. all. 4 ricorso incidentale in appello SACCIR) si limita ad attestare l'omogeneità del calcolo adottato dal Policlinico e non influisce, dunque, sulla valutazione della legittimità dell'affidamento.

XI – Ciò posto, dall'illegittimità della proroga discende l'illegittimità di tutti gli atti conseguenti ed attuativi della stessa, posti in atto dal Policlinico, anche con riferimento all'anticipazione della somma nei confronti di Micenes ed in particolare alla deliberazione n. 2101 del 2019, con cui il Policlinico affidava alla Micenes la realizzazione del primo lotto di lavoro, sulla base dell'art. 7.3. del Capitolato di gara del 2004, modificando, dunque, la ratio dell'affidamento in realizzazione del primo lotto di lavoro, dichiaratamente al fine di superare la sospensione degli atti gravati in primo grado, a seguito dell'ordinanza collegiale n. 6318 del 19 dicembre 2019.

La deliberazione, infatti, se da un lato dà atto della avvenuta sospensione dell'efficacia della prima proroga e della nuova proroga di cui alla deliberazione 2100 del 24 dicembre 2019, attuativa della deliberazione regionale, limitatamente all'arco temporale 1 novembre 2019-31 ottobre 2020, afferma che tale decisione non comporta il venir meno della necessità di portare a compimento gli investimenti programmati e le lavorazioni di cui alla deliberazione n. 1457.

Quanto all'illegittimità del ricorso al riferimento del Capitolato speciale del 2004 si è già detto e non occorre soffermarsi ulteriormente.

XII – In ossequio al principio di economia e sinteticità, l'infondatezza dell'appello determina la mancanza di interesse all'esame dei motivi ritenuti assorbiti in primo grado e riportati nella memoria di costituzione di SACCIR.

XIII – Per i medesimi motivi sopra esposti risulta infondato l'appello proposto da Micenes.

XIV – Quanto all'appello incidentale di SACCIR, esso non risulta fondato.

La deliberazione n. 2100/2019 reca la proroga del contratto per il ridotto tempo sopra indicato, in stretta adesione alla deliberazione di Giunta regionale n. 808 del 201, che era gravata in primo grado unicamente in via subordinata, ove si ritenesse che essa consentisse l'autorizzazione alla proroga disposta dal Policlinico.

Sul punto deve, pertanto, aderirsi alla prospettazione della Regione e del primo giudice che non ha inteso accogliere in parte qua i secondi motivi aggiunti ed ha ritenuto non gravata – in sostanza – la delibera regionale presupposta.

XV – Vale, tuttavia, ribadire la diversità della predetta deliberazione regionale e della conseguente disposizione attuativa del Policlinico, che si fonda unicamente sulla necessità di stabilire una proroga tecnica nelle more – e per lo stretto tempo necessario – dell’espletamento della gara pubblica e sulla base di una dettagliata motivazione anche in ordine ai tempi di svolgimento della procedura e alle scelte compite dall’amministrazione regionale.

Né , per lo stesso motivo, di continuità con i precedente contratto, risulta possono condividersi le censure relative alla posizione del gestore Micenes.

XVI – Conseguentemente risultano infondate la pretesa nullità della deliberazione e – a prescindere dai profili di inammissibilità elevati dalla Regione - la richiesta risarcitoria formulata.

XVII – Per tutto quanto sin qui ritenuto, devono essere respinti gli appelli riuniti e l’appello incidentale e, per l’effetto, deve esser confermata la sentenza n. 300 del 2020.

XVIII – In ragione della complessità della controversia esaminata, nonché della soccombenza degli appellanti e dell’appellante incidentale quanto ai profili proposti avverso la sentenza di primo grado, sussistono giusti motivi per compensare le spese del presente grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sugli appelli, come in epigrafe proposti, previa loro riunione, nonché sull’appello incidentale, li respinge e, per l’effetto, conferma la sentenza n. 300 del 2020.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 29 ottobre 2020 con l'intervento dei magistrati:

Michele Corradino, Presidente

Giulio Veltri, Consigliere

Solveig Cogliani, Consigliere, Estensore

Giovanni Tulumello, Consigliere

Pietro De Berardinis, Consigliere