

Lo statuto di impugnazione del bando

di Maria Nappo

Data di pubblicazione: 5-3-2025

Come noto (ex pluribus, Cons. Stato, III, 5 febbraio 2024, n. 1146), si può configurare un onere (e, di converso, la giuridica possibilità) di immediata impugnazione del bando di gara soltanto nelle **eccezionali ipotesi in cui la lex specialis sia idonea a cagionare una lesione immediata e diretta della posizione dell'interessato**.

In particolare, muovendo dalla decisione n. 1 del 2003 dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, la giurisprudenza amministrativa ha progressivamente individuato le fattispecie derogatorie del principio di non impugnabilità diretta del bando di gara, così definendo – di converso – **la fisionomia delle cd. clausole escludenti**, ossia di quelle previsioni della lex specialis che, incidendo in via **immediata e diretta sulla stessa possibilità dell'operatore economico già solo di partecipare alla procedura, concretizzano una lesione di per sé già attuale**, senza cioè bisogno di ulteriori atti applicativi, con conseguente onere dell'immediata impugnativa entro il termine decadenziale di legge.

Publicato il 31/01/2025

N. 00766/2025REG.PROV.COLL.

N. 04892/2024 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso in appello iscritto al numero di registro generale 4892 del 2024, proposto da

2l Rete Gas s.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, in relazione alla procedura CIG A03C546272, rappresentata e difesa dagli avvocati Maria Alessandra Bazzani

e Francesca Maria Colombo, con domicilio digitale come da PEC Registri di giustizia;

contro

Provincia autonoma di Trento, in persona del Presidente pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Giuliana Fozzer e Sabrina Azzolini, con domicilio digitale come da PEC Registri di giustizia;

Comune di Ala, Comune di Albiano, Comune di Aldeno, Comune di Altavalle, Comune di Altopiano della Vigolana, Comune di Amblar-Don, Comune di Andalo, Comune di Arco, Comune di Avio, Comune di Bagolino, Comune di Baselga di Pinè, Comune di Bedollo, Comune di Besenello, Comune di Bieno, Comune di Bleggio Superiore, Comune di Bocenago, Comune di Bondone, Comune di Borgo Chiese, Comune di Borgo D'Anaunia, Comune di Borgo Lares, Comune di Borgo Valsugana, Comune di Brentonico, Comune di Bresimo, Comune di Caderzone Terme, Comune di Calceranica al Lago, Comune di Caldes, Comune di Caldonazzo, Comune di Calliano, Comune di Campitello di Fassa, Comune di Campodenno, Comune di Canal San Bovo, Comune di Canazei, Comune di Capriana, Comune di Carisolo, Comune di Carzano, Comune di Castel Condino, Comune di Castel Ivano, Comune di Castello Tesino, Comune di Castello-Molina di Fiemme, Comune di Castelnuovo, Comune di Cavalese, Comune di Cavareno, Comune di Cavedago, Comune di Cavedine, Comune di Cavizzana, Comune di Cembra Lisignago, Comune di Cimone, Comune di Cinte Tesino, Comune di Cis, Comune di Civezzano, Comune di Cles, Comune di Comano Terme, Comune di Commezzadura, Comune di Contà, Comune di Croviana, Comune di Dambel, Comune di Denno, Comune di Dimaro Folgarida, Comune di Drena, Comune di Dro, Comune di Fai della Paganella, Comune di Fiavè, Comune di Fierozzo, Comune di Folgaria, Comune di Fornace, Comune di Frassilongo, Comune di Garniga Terme, Comune di Giovo, Comune di Giustino, Comune di Grigno, Comune di Imer, Comune di Isera, Comune di Lavarone, Comune di Lavis, Comune di Ledro, Comune di Levico Terme, Comune di Livo, Comune di Lona-Lases, Comune di Luserna, Comune di Madruzzo, Comune di Malé, Comune di Massimeno, Comune di Mazzin, Comune di Mezzana, Comune di Mezzano, Comune di Mezzocorona, Comune di Mezzolombardo, Comune di Moena, Comune di Molveno, Comune di Mori, Comune di Nago-Torbole, Comune di Nogaredo, Comune di Nomi, Comune di Novaledo, Comune di Novella, Comune di Ospedaletto, Comune di Ossana, Comune di Palù del Fersina, Comune di Panchià, Comune di Peio, Comune di Pellizzano, Comune di Pelugo, Comune di Pergine Valsugana, Comune di Pieve di Bono-Prezzo, Comune di Pieve Tesino, Comune di Pinzolo, Comune di Pomarolo, Comune di Porte di Rendena, Comune di Predaia, Comune di Predazzo, Comune di Primiero San Martino di Castrozza, Comune di Rabbi, Comune di Riva del Garda, Comune di Romeno, Comune di Roncegno Terme, Comune di Ronchi Valsugana, Comune di Ronzo-Chienis, Comune di Ronzone, Comune di Roverè della Luna, Comune di Rovereto, Comune di Ruffrè-Mendola, Comune di Rumo, Comune di Sagron Mis, Comune di San Giovanni di Fassa, Comune di San Lorenzo Dorsino, Comune di San Michele All'Adige, Comune di Sant'Orsola Terme, Comune di Sanzeno, Comune di Sarnonico, Comune di Scurelle, Comune di Segonzano, Comune di Sella Giudicarie, Comune di Sfruz, Comune di Soraga di Fassa, Comune di Sover, Comune di Spiazzo, Comune di Spormaggiore, Comune di Sporminore, Comune di Stenico, Comune di Storo, Comune di Strembo, Comune di Telve, Comune di Telve di Sopra, Comune di Tenna, Comune di Tenno, Comune di Terragnolo,

Comune di Terre D'Adige, Comune di Terzolas, Comune di Tesero, Comune di Tione di Trento, Comune di Ton, Comune di Torcegno, Comune di Trambileno, Comune di Tre Ville, Comune di Trento, Comune di Valdaone, Comune di Valfloriana, Comune di Vallarsa, Comune di Vallelaghi, Comune di Vermiglio, Comune di Vignola-Falesina, Comune di Villa Lagarina, Comune di Ville D'Anaunia, Comune di Ville di Fiemme, Comune di Volano e Comune di Ziano di Fiemme, in persona dei rispettivi Sindaci pro tempore, non costituiti in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale regionale di giustizia amministrativa di Trento, n. 67/2024, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello ed i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Provincia autonoma di Trento;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 14 novembre 2024 il Cons. Valerio Perotti ed udito per le parti l'avvocato Francesca Maria Colombo, dandosi altresì atto che l'avvocato Giuliana Fozzer ha depositato domanda di passaggio in decisione senza discussione;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con bando pubblicato nella Gazzetta ufficiale dell'Unione Europea e nella Gazzetta Ufficiale nella medesima data del 29 dicembre 2023, la Provincia autonoma di Trento indiceva una gara per il servizio di distribuzione del gas nell'ambito unico provinciale, comprendente 167 Comuni, per la durata di 12 anni e per un importo contrattuale di oltre 400 milioni di euro, stabilendo, quale

termine ultimo per la presentazione delle offerte, il giorno 19 luglio 2024.

Il bando in questione si collocava a valle di una complessa attività istruttoria, che prendeva le mosse dai decreti del Ministero dello sviluppo economico 19 gennaio 2011 e 18 ottobre 2011, con i quali il territorio della Provincia autonoma di Trento era stato suddiviso in tre ambiti minimi per lo svolgimento delle gare per l'affidamento del servizio di distribuzione del gas.

La Giunta provinciale, dapprima con deliberazione n. 73 del 27 gennaio 2012 e, quindi, con l'art. 34 della l.p. 4 ottobre 2012, n. 20, individuava peraltro un unico ambito territoriale, accorpando i tre predetti ambiti minimi ed includendo anche il Comune (extra provinciale) di Bagolino.

La Provincia, cui erano state contestualmente affidate le funzioni di stazione appaltante, con deliberazione di Giunta n. 832 del 26 maggio 2014 affidava all'Agenzia provinciale per le risorse idriche e l'energia (APRIE) il compito di adottare gli atti preparatori indispensabili allo svolgimento della gara; affidava inoltre all'Agenzia provinciale per gli appalti ed i contratti (APAC) il compito di svolgere ed aggiudicare la gara, predisponendo gli atti contrattuali.

In data 30 ottobre 2023, APRIE inviava all'Autorità di regolazione per energia reti e ambiente (ARERA) la documentazione di gara per acquisire le valutazioni previste all'art. 9, comma 2, del d.m del Ministro dello sviluppo economico 12 novembre 2011, n. 226.

Con deliberazione n. 608/2023/R/gas del 19 dicembre 2023, ARERA esponeva quindi le proprie valutazioni al riguardo.

Con ricorso al Tribunale amministrativo in epigrafe 2l Rete Gas s.p.a. impugnava il bando unitamente agli atti ad esso presupposti, deducendo a sostegno delle proprie ragioni sei diversi profili di illegittimità.

Costituitasi in giudizio, la Provincia autonoma di Trento eccepiva l'inammissibilità del gravame per carenza di interesse, facendo difetto i presupposti individuati dalla giurisprudenza per ritenere ammissibile l'impugnazione diretta ed immediata del bando; deduceva altresì l'inammissibilità del

ricorso per mancata notifica ad almeno un controinteressato, da identificare in un altro operatore uscente del servizio, nonché l'inammissibilità delle censure proposte nell'ambito dei singoli motivi, con cui, senza dimostrare la sussistenza di profili di manifesta illogicità delle scelte compiute dall'amministrazione, si prospettavano dei vizi impingenti il merito della sfera di discrezionalità riservata a quest'ultima.

In subordine insisteva comunque per la reiezione dell'impugnazione, in quanto infondata.

Con sentenza 8 maggio 2024, n. 67, il giudice adito dichiarava il ricorso in parte improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse, in parte inammissibile.

Avverso tale decisione la società RI Rete Gas s.p.a. interponeva appello, affidato ad un unico, articolato motivo di impugnazione, così rubricato: "Error in iudicando. Error in procedendo. Violazione art. 35 c.p.a.. Violazione art. 34 c.p.a.. Violazione art. 100 c.p.c.. Travisamento. Difetto di motivazione. Illogicità. Contraddittorietà. Violazione DM 226/2011. Violazione art. 46bis DL 159/2007. Violazione art. 6 legge 118/2022. Violazione art. 1 c. 94 l. 124/2017. Violazione lex specialis tipo. Incompetenza. Carenza di potere in concreto. Violazione art. 1 legge 241/1990. Violazione art. 97 Cost.. Violazione artt. da 1 a 5 D.Lgs. 36/2023".

Riproponeva quindi i motivi di gravame non esaminati nel merito nel precedente grado di giudizio.

Costituitasi in giudizio, la Provincia autonoma di Trento insisteva per l'infondatezza dell'appello, chiedendo che fosse respinto.

Successivamente le parti ulteriormente precisavano, con apposite memorie, le rispettive tesi difensive ed all'udienza del 14 novembre 2024 la causa veniva trattenuta in decisione.

DIRITTO

Con l'unico motivo di appello, la società 2I Rete Gas s.p.a. deduce che erroneamente il primo giudice ha escluso la sussistenza, nel caso di specie, dei presupposti per l'immediata impugnabilità del bando di gara – così come individuati nel corso del tempo dalla giurisprudenza e segnatamente dalle pronunce dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato nn. 1 del 2003, 4 del 2011 e 4 del 2018 – essendosi limitato a considerazioni di carattere meramente formale ed astratto, senza prendere in adeguata considerazione la portata e le ricadute delle illegittimità contestate e dimostrate dalla ricorrente.

Con il primo motivo di ricorso, obietta l'appellante, era stata innanzitutto contestata la legittimità dell'impostazione stessa della procedura, poiché ispirata ad obiettivi che il legislatore non aveva ancora calato in appositi criteri: la legge di gara nascerebbe infatti in un momento di transizione dall'impostazione "classica" delle gare d'ambito, disciplinate dal d.m. 226 del 2011 (attuativo dell'art. 46 bis d.l. n. 159 del 2007), all'impostazione scaturente dall'art. 6 l. 118 del 2022, che prevede in particolare, al comma 4, l'aggiornamento dei "criteri di gara previsti dal regolamento di cui al decreto del Ministro dello sviluppo economico e del Ministro per i rapporti con le regioni e la coesione territoriale 12 novembre 2011, n. 226, prevedendo in particolare l'aggiornamento, entro sei mesi dalla sua emanazione, dei criteri di valutazione degli interventi di innovazione tecnologica previsti dall'articolo 15, comma 3, lettera d), del citato regolamento di cui al decreto interministeriale n. 226 del 2011, al fine di valorizzare nuove tipologie di intervento più rispondenti al rinnovato quadro tecnologico".

Sebbene al momento della pubblicazione del bando il decreto attuativo non fosse stato ancora adottato, "risultando solo l'esistenza di schemi in lavorazione senza alcun crisma di ufficialità" e, dunque, continuando ad applicarsi il d.m. n. 226 del 2011 nella versione allora in vigore, la Provincia autonoma di Trento avrebbe tuttavia optato per una "significativa modifica dei criteri fissati dal DM cit. e dal disciplinare-tipo allo stesso allegato, ibridandoli con criteri distonici, dichiaratamente ispirati all'art. 6 cit.", in tal modo procedendo ad una "applicazione anticipata di previsioni che solo in un futuro e solo eventualmente verranno recepite nell'atto attuativo dell'art. 6 cit., che allo stato riveste la forma di mero schema, non pubblicamente accessibile".

In ragione di quanto sopra, 2I Rete Gar s.p.a. contesta innanzitutto il criterio di valutazione dell'offerta tecnica C.2 ("Valutazione degli interventi di estensione e potenziamento della rete ed impianti"), associato a 20 punti massimi: in relazione a tale criterio, rispetto al quale il disciplinare-tipo prevedeva una tabella con 7 sub-criteri, la Provincia aveva introdotto una doppia tabulazione di parametri di valutazione, distinguendo tra Comuni metanizzati (C.2.1 –

con attribuzione di 3 punti massimi) e non metanizzati (C.2.2 – con attribuzione di 17 punti massimi), innovativa rispetto alla generale previsione del disciplinare-tipo, in particolare valorizzando in modo netto (con il Criterio C.2.2. di cui alla tabella 2.2, non previsto nel d.m. n. 226 del 2011), associandovi 17 su 20 punti assegnati al criterio C.2 (sui 72 punti complessivi relativi all’offerta tecnica) gli ingenti interventi di nuova metanizzazione (42 comuni) previsti nelle Linee-Guida programmatiche d’ambito, premiando il concorrente che si fosse impegnato a realizzare dette metanizzazioni.

Tali interventi, ancorché facoltativi, avrebbero comportato per il concorrente degli adempimenti non solo privi di redditività, ma addirittura gravosi (tant’è che l’art. 9 comma 7 d.m. n. 226 del 2011 subordina l’obbligo di metanizzazioni all’esistenza di finanziamenti pubblici per almeno il 50% del costo dell’investimento).

Lamenta inoltre l’illegittimità di ulteriori sub-criteri del criterio C.2, che non troverebbero riscontro nel d.m. n. 226 del 2011.

Ulteriori deviazioni dagli schemi-tipo dettati dalla normativa di settore, registrate in corrispondenza dei criteri di valutazione delle offerte C.4 (Innovazione tecnologica applicata al sistema di distribuzione), C.1 (Adeguatezza analisi di assetto di rete e degli impianti e della relativa documentazione) e C.3 (Valutazione degli interventi per mantenimento in efficienza della rete ed impianti) erano state poi denunciate nel secondo motivo di ricorso, sul presupposto che – diversamente da quanto ritenuto dal TAR – l’art. 9 comma primo del decreto ministeriale ult. cit. non attribuisse alle stazioni appaltanti una indiscriminata facoltà di inserire nella lex specialis criteri selettivi e punteggi estranei al d.m. medesimo, in deroga all’art. 46 bis d.l. n. 159 del 2007.

Quindi, con il terzo motivo di ricorso 2l Rete Gas s.p.a. ha contestato l’obsolescenza dei valori di VIR e RAB che, risalendo al 2020, non avrebbero rispettato il criterio t-1 fissato dalla legge, così violando la regola fissata dal d.m. 22 maggio 2014 all’art. 5.2, liquidando come meramente formalistico il rilievo del primo giudice secondo cui la (allora) ricorrente avrebbe omesso di dimostrare che “tale evenienza sia idonea a comportare effettivamente l’impossibilità di presentare un’offerta, e una tale tesi non appare neppure facilmente sostenibile ove si consideri che la giurisprudenza ha affermato che la coerenza temporale di tali parametri è un dato che in talune ipotesi può essere derogata”.

Obiettava per contro la ricorrente che la formulazione dell’offerta sulla base di un VIR datato comporterebbe comunque “un potenziale danno derivante dal fatto che l’importo dello sconto offerto rimarrà tale anche nel caso venga riconosciuto ai gestori uscenti un VIR inferiore a quanto indicato negli atti di gara, diminuendo così la differenza VIR/RAB su cui applicare lo sconto offerto”.

Con il quinto motivo di ricorso, infine, la società odierna appellante aveva invece dedotto la presunta illegittimità delle garanzie – provvisoria e definitiva – fissate dalla lex specialis, avendo la stazione appaltante applicato le disposizioni (generali) del d.lgs. n. 36 del 2023 e non già quelle “specifiche” fissate dal d.m. n. 226 del 2011 per le gare di affidamento delle concessioni di distribuzione del gas, ciò determinando l’oggettivo rischio per i concorrenti di

offrire inconsapevolmente uno sconto superiore all'effettiva remunerazione spettante.

Il motivo non può trovare accoglimento.

Come noto (ex pluribus, Cons. Stato, III, 5 febbraio 2024, n. 1146), si può configurare un onere (e, di converso, la giuridica possibilità) di immediata impugnazione del bando di gara soltanto nelle eccezionali ipotesi in cui la *lex specialis* sia idonea a cagionare una lesione immediata e diretta della posizione dell'interessato.

In particolare, muovendo dalla decisione n. 1 del 2003 dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, la giurisprudenza amministrativa ha progressivamente individuato le fattispecie derogatorie del principio di non impugnabilità diretta del bando di gara, così definendo – di converso – la fisionomia delle cd. clausole escludenti, ossia di quelle previsioni della *lex specialis* che, incidendo in via immediata e diretta sulla stessa possibilità dell'operatore economico già solo di partecipare alla procedura, concretizzano una lesione di per sé già attuale, senza cioè bisogno di ulteriori atti applicativi, con conseguente onere dell'immediata impugnativa entro il termine decadenziale di legge.

Ricadono, in particolare, nel novero delle ipotesi suscettibili di immediata impugnazione i casi di:

- 1) clausole impositive, ai fini della partecipazione, di oneri manifestamente incomprensibili o del tutto sproporzionati per eccesso rispetto ai contenuti della procedura concorsuale (Cons. Stato Ad. plen. 26 aprile 2018, n. 4);
- 2) regole che rendano la partecipazione incongruamente difficoltosa o addirittura impossibile (Cons. Stato, Ad. plen. 11 giugno 2001, n. 3);
- 3) disposizioni abnormi o irragionevoli che rendano impossibile il calcolo di convenienza tecnica ed economica ai fini della partecipazione alla gara, ovvero prevedano abbreviazioni irragionevoli dei termini per la presentazione dell'offerta (Cons. Stato, V, 24 febbraio 2003, n. 980);
- 4) condizioni negoziali che rendano il rapporto contrattuale eccessivamente oneroso ed obiettivamente non conveniente (Cons. Stato, V, 21 novembre 2011, n. 6135; III, 23 gennaio 2015, n. 293);
- 5) clausole impositive di obblighi *contra ius* (Cons. Stato, II, 19 febbraio 2003, n. 2222);
- 6) bandi contenenti gravi carenze nell'indicazione di dati essenziali per la formulazione dell'offerta (ad esempio quelli relativi a numero, qualifiche, mansioni, livelli retributivi ed anzianità del personale destinato ad essere assorbiti dall'aggiudicatario), ovvero che presentino formule matematiche del tutto errate (ad esempio quelle per cui tutte le offerte conseguono comunque il punteggio di "0" punti);
- 7) atti di gara del tutto mancanti della prescritta indicazione nel bando di gara dei costi della

sicurezza “non soggetti a ribasso” (Cons. Stato, III, 3 ottobre 2011, n. 5421).

Al fine di ricondurre o meno le singole ipotesi concrete oggetto di vertenza alla suddetta casistica occorre tener conto del criterio chiaramente indicato dall'organo nomofilattico, in ragione del quale “il rapporto tra impugnabilità immediata e non impugnabilità immediata del bando è traducibile nel giudizio di relazione esistente tra eccezione e regola. L'eccezione riguarda i bandi che sono idonei a generare una lesione immediata e diretta della posizione dell'interessato.

La ratio sottesa a tale orientamento deve essere individuata nell'esigenza di garantire la massima partecipazione alle procedure ad evidenza pubblica e la massima apertura del mercato dei contratti pubblici agli operatori dei diversi settori, muovendo dalla consapevolezza che la conseguenza dell'immediata contestazione si traduce nell'impossibilità di rilevare il vizio in un momento successivo” (Cons. Stato, Ad. plen., n. 4 del 2018, cit.).

In estrema sintesi, devono ritenersi immediatamente impugnabili solamente le clausole del bando preclusive della partecipazione o tali da impedire con certezza la stessa formulazione dell'offerta (in particolare, quelle concernenti i requisiti di partecipazione – aventi l'effetto di impedire ab origine la partecipazione alla gara degli operatori economici che ne siano privi – e quelle che determinino l'impossibilità di formulare un'offerta consapevole e competitiva).

Come correttamente evidenziato dall'appellata stazione appaltante, rientrano tra le clausole “immediatamente escludenti” quelle che impongono oneri o termini procedurali o adempimenti propedeutici alla partecipazione di impossibile soddisfazione o del tutto spropositati, ai bandi gravemente carenti o errati nell'indicazione dei dati essenziali per la formulazione dell'offerta tecnica o economica; al riguardo, per potersi definire “immediatamente escludente” (e, per l'effetto, autonomamente impugnabile anche in difetto di infruttuosa partecipazione alla gara, come è il caso dell'appellante), “la previsione della lex specialis deve porre con immediata ed oggettiva evidenza, nei confronti di tutti indistintamente gli operatori economici, l'astratta impossibilità per un qualsiasi operatore “medio” di formulare un'offerta economicamente sostenibile (ossia astrattamente idonea a produrre – pur nella normale alea contrattuale – un utile derivante dall'esecuzione del contratto)”(ex multis, Cons. Stato, V, 18 marzo 2019, n. 1736).

Tali requisiti non sono ravvisabili, con immediata evidenza, nel caso di specie; tale evenienza, del resto, è altresì contraddetta dal fatto che due operatori professionali del settore abbiano invece consapevolmente formulato, in autonomia, altrettante offerte.

Quanto ai profili di censura originariamente dedotti con il primo motivo di ricorso, non è corretto sostenere che le prescrizioni della legge di gara altro non sarebbero che una indebita anticipazione di contenuti di un futuro decreto (allo stato non ancora in vigore) attuativo dell'art. 6, comma 4, della l. n. 118 del 2022, genericamente giustificata con l'esigenza di “valorizzare nuove tipologie di intervento più rispondenti al rinnovato quadro tecnologico”: la stazione appaltante, infatti, si è pur sempre mossa nell'ambito delle facoltà concesse dall'art. 9, comma primo, del d.m. n. 226 del 2011, a mente del quale “La stazione appaltante predispone e pubblica il bando di gara e il disciplinare di gara attenendosi agli schemi e alle

indicazioni del bando di gara tipo e il disciplinare di gara tipo di cui, rispettivamente, agli allegati 2 e 3. Eventuali scostamenti dal bando di gara tipo e dal disciplinare di gara tipo, nonché la scelta dei punteggi utilizzati nei criteri di valutazione della gara, devono essere giustificati in una apposita nota”.

Le contestate previsioni della *lex specialis* erano dunque espressione di legittime valutazioni tecnico-discrezionali della stazione appaltante, riconducibili alla dichiarata esigenza di valorizzare le specifiche esigenze del caso concreto.

Ciò premesso, a fronte di tali preliminari considerazioni parte appellante non dimostra che dai criteri suddetti (relativi all’attribuzione dei punteggi e non già prescriventi dei requisiti di partecipazione) derivi – se non l’impossibilità a presentare un’offerta – perlomeno l’estrema gravosità delle condizioni imposte ai concorrenti che intendano partecipare alla gara, trattandosi da un lato di interventi di carattere non già obbligatorio bensì facoltativo, limitandosi a dedurre – del tutto genericamente – che “detti interventi comportano per il concorrente adempimenti non solo privi di redditività ma addirittura gravosi”.

Analogamente dicasi in ordine alle censure di cui al secondo motivo dell’introdotto ricorso: a prescindere infatti dalla questione della fondatezza o meno, nel merito, delle questioni ivi dedotte (profilo che esula dall’oggetto del presente scrutinio, avente per specifico oggetto l’ammissibilità o meno dell’impugnazione delle clausole del bando di gara da parte di un soggetto che non abbia preso parte alla relativa procedura), parte appellante non dimostra che le contestate disposizioni della *lex specialis* avrebbero strutturalmente precluso ad un operatore-tipo del settore la possibilità di fare un’offerta.

Ci si focalizza, piuttosto, su una questione diversa (e logicamente successiva), ossia se “la *lex specialis* contestata esprime uno stravolgimento dell’impianto della materia – compresa la gerarchia delle fonti e il riparto tra poteri – autorizzando un’autonoma fissazione dei criteri gara per gara”, salvo poi genericamente aggiungere – senza però ulteriormente sviluppare l’argomento – che “la fattispecie possa essere anche sussunta nell’ipotesi di ‘contestazione in radice della indizione della gara”.

Né può dirsi diversamente riguardo alla presunta “contraddittorietà di fondo dell’impianto della legge di gara, che, se da un lato si discosta dal DM 226/2011 perseguendo i rinnovati obiettivi di efficienza energetica, dall’altro lato prevede un criterio assolutamente antitetico a detti obiettivi, addirittura associandovi un punteggio tale da elevarlo a elemento determinante per la formazione della graduatoria di aggiudicazione”, la quale determinerebbe “una impostazione del tutto illogica della procedura nel suo complesso, che genera, come dimostrato, un pregiudizio immediato agli operatori interessati a partecipare e la cui celebrazione sarebbe antitetica ai principi di buona amministrazione”, senza poi però precisare in quale specifico modo ciò si tradurrebbe nella (almeno) sostanziale impossibilità per i detti operatori economici di prendere parte alla gara.

Quanto poi alle censure incentrate sulla presunta obsolescenza dei valori di VIR e RAB (terzo motivo dell’introdotto ricorso), le stesse nuovamente si traducono, all’atto pratico, nella generica constatazione che “il mancato aggiornamento dei valori in questione integra una

grave carenza dei dati essenziali per la formulazione dell'offerta, riverberandosi sulla possibilità di calcolare la convenienza e sostenibilità dell'offerta medesima", per la quale valgono le considerazioni in precedenza esposte.

Non può infatti parlarsi di oggettiva impossibilità di formulare un'offerta (o di partecipare alla gara), bensì – al più – di un incremento dell'alea commerciale (insuscettibile, però, di configurare l'eccezionale ipotesi della clausola "immediatamente escludente") in relazione ad un profilo di cesura che la stessa appaltante sintetizza nei termini che seguono: "la formulazione dell'offerta sulla base di un VIR datato comporta un potenziale danno derivante dal fatto che l'importo dello sconto offerto rimarrà tale anche nel caso venga riconosciuto ai gestori uscenti un VIR inferiore a quanto indicato negli atti di gara, diminuendo così la differenza VIR/RAB su cui applicare lo sconto offerto.

In sostanza, quindi, sussiste ed è comprovato l'oggettivo rischio per i concorrenti di essere costretti ad offrire inconsapevolmente uno sconto superiore all'effettiva remunerazione spettante".

Quanto infine alla dedotta illegittimità delle garanzie – provvisoria e definitiva – fissate dalla legge di gara in difformità da quanto previsto dal d.m. n. 226 del 2011 – laddove gli importi richiesti corrisponderebbero a quelli previsti dagli artt. 106 e 117 del d.lgs. n. 36 del 2023, risulta corretta l'obiezione mossa dal primo giudice, secondo cui proprio la corrispondenza degli importi richiesti dalla stazione appaltante a quanto in linea generale prescritto dal vigente Codice dei contratti pubblici impedirebbe di considerarli – quand'anche fossero risultati superiori a quelli previsti da speciali discipline di settore – idonei a precludere ad un operatore medio del settore la partecipazione alla gara o comunque la (consapevole) formulazione di un'offerta economicamente sostenibile.

In breve, se mai le garanzie richieste dalla legge di gara fossero effettivamente state di importo (anche nettamente) superiore a quello previsto dalla normativa applicabile, purtuttavia le relative prescrizioni della *lex specialis* non avrebbero per ciò solo reso impossibile o incongruamente difficoltosa la partecipazione alla gara, né avrebbero reso con assoluta certezza impossibile il calcolo di convenienza tecnica o economica ai fini della partecipazione.

Nel caso di specie faceva dunque difetto, come già per i precedenti profili di impugnazione, l'idoneità della specifica clausola contestata ad impedire l'utile partecipazione alla gara nei confronti di tutti indistintamente gli operatori economici, mediante un'offerta economicamente sostenibile (*ex multis*, Cons. Stato, V, 18 marzo 2019, n. 1736).

Alla luce dei rilevati che precedono, l'appello va dunque respinto, non potendosi ritenere le impugnate disposizioni del bando di gara immediatamente lesive.

Le spese, liquidate come da dispositivo, seguono la soccombenza.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando

sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna l'appellante al pagamento, in favore della Provincia autonoma di Trento, delle spese di lite del grado di giudizio, che complessivamente liquida in euro 5.000,00 (cinquemila/00), oltre Iva e Cpa se dovute.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 14 novembre 2024 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Caringella, Presidente

Valerio Perotti, Consigliere, Estensore

Stefano Fantini, Consigliere

Sara Raffaella Molinaro, Consigliere

Marina Perrelli, Consigliere

Guida alla lettura

Viene all'attenzione del Consiglio di Stato nella sentenza in commento una statuizione di **inammissibilità dell'impugnazione delle clausole del bando**, in ragione della **carenza di immediata lesività**.

La ricorrente aveva impugnato in primo grado la legge di gara, incontrando l'eccezione della stazione appaltante, fondata sulla inammissibilità per carenza di interesse, difettando i presupposti individuati dalla giurisprudenza per un'azione diretta e immediata avverso il bando.

Ulteriore ragione di inammissibilità, formulata dalla resistente in prime cure, riguardava i motivi stessi di censura rivolti alle clausole del bando, perchè contestative delle scelte amministrative in quanto tali e non anche attraverso il filtro della ragionevolezza. Infatti, l'illegittimità delle clausole si prospettava nella scelta stessa di derogare all'impianto normativo vigente relativo ai criteri di gara, adeguandosi, in sostituzione, ad un decreto attuativo non ancora adottato. In sostanza la censura portata all'attenzione del GA ha ad oggetto la determinazione amministrativa di impostare la gara anticipando criteri cristallizzati da una fonte non ancora entrata in vigore.

La duplice statuizione di inammissibilità del TAR permette al Consiglio di Stato di perimetrare

non solo lo statuto di impugnazione degli atti di gara, ma anche di **precisare il regime di contestazione delle scelte amministrative, nell'alveo di quel sottile distinguo tra discrezionalità e merito.**

In entrambi i casi, infatti, la PA formula una scelta tra più soluzioni possibili e lecite. Tuttavia, mentre nel primo caso conduce a monte un bilanciamento di interessi orientato al perseguimento dell'interesse pubblico, con contemperamento di interessi secondari e paralleli in iterazione, nel secondo caso agisce secondo criteri di mera opportunità, abilitata a tanto dalla legge attributiva del potere. Il sindacato del GA, che si staglia rispetto all'una o all'altro tipo di determinazione, è perimetrato dal **principio di separazione dei poteri**, la cui operatività è il discrimine per considerare le censure del privato ammissibili o meno. Più in particolare, **rispetto a una scelta discrezionale, il privato può muovere censure attinenti al principio di proporzionalità, al principio del risultato e anche al principio di affidamento**, nella misura in cui per effetto di statuizione legislativa questo sia transitato dal piano della rilevanza comportamentale al piano attizio.

Rispetto, invece, a quel nucleo della determinazione amministrativa che attiene al merito, il sindacato del GA deve arrestarsi, al di fuori delle ipotesi di cui all'art 134 cpa. Di riflesso, le censure che contestino il merito della determinazione, senza passare per il filtro della ragionevolezza, sono inammissibili, in quanto invitano il giudice a violare il principio della separazione dei poteri.

Nel caso in esame, la censura sollevata dalla ricorrente in prime cure non poteva essere esaminata nel merito, in quanto contestativa della scelta di adottare dei criteri di valutazione, ispirandosi a uno schema di decreto non ancora entrato in vigore. Più in particolare, si può senza dubbio considerare la **scelta amministrativa dei criteri di gara come momento di discrezionalità tecnica**, rispetto al quale il privato non può stagliare censure frontali, ma solo censure di non conformazione dei criteri scelti ai canoni di azione.

Tuttavia, la principale fonte di preclusione all'esame del merito dei motivi di impugnazione è costituita dalla **carenza di interesse**, stante **l'inattitudine lesiva del bando contestato.**

Più precisamente, **le clausole impugnate prospettano una lesione della sfera giuridica del ricorrente non attuale ma solo potenziale**, per cui **l'azione doveva essere rinviata e incardinata al momento dell'atto attuativo, cioè al momento della concretizzazione dell'effetto lesivo.** Quest'ultimo allo stato è oltretutto solo eventuale ed embrionale, tale che può senza dubbio dirsi carente la titolarità di un interesse al ricorso che sia attuale e concreto.

La sentenza del Consiglio di Stato, nel confermare la statuizione di inammissibilità del ricorso di primo grado, si richiama allo statuto di impugnazione degli atti di gara e, in particolare del bando, quale definito dalla giurisprudenza e confermato nell'impianto del codice.

Il bando di gara strutturalmente è un **atto amministrativo generale**, in quanto recante **statuizione dirette a disciplinare la legge di gara e rivolte ad una platea indeterminata di destinatari**, ancorché **determinabili ex post**, cioè dopo la scadenza del termine di presentazione delle offerte. In quanto tale, esso è **privo di attitudine lesiva e deve essere**

impugnato unitamente all'atto applicativo. Quest'ultimo soltanto fa insorgere l'interesse al ricorso, **attualizzando un vizio di illegittimità, che si annidava in stato embrionale nel bando.** Da tempo la giurisprudenza ha ritenuto che **non costituisca acquiescenza il non aver impugnato il bando, pur percependone l'eventuale lesività, nell'attesa dell'atto applicativo.** Al contrario, sarebbe gravemente deprivativo di ogni garanzia di tutela giurisdizionale ex art 24 e 133 Cost, ritenere inammissibile l'impugnazione dell'atto a valle, che mutui il vizio dalla legge di gara.

Tuttavia, **tale regime è derogato nei casi in cui ci si trovi al cospetto di "clausole del bando immediatamente escludenti", per tali intendendosi clausole che pongono requisiti di partecipazione non posseduti dal ricorrente, ovvero clausole che impediscono la partecipazione alla gara in ragione di requisiti o caratteristiche possedute.**

Quando il bando presenti tale connotazione escludente o espulsiva, **il ricorrente è abilitato all'azione senza che sia necessaria la partecipazione alla gara, requisito in genere richiesto per impugnare gli atti di gara.** Infatti, per statuto generale la legittimazione a impugnare il bando è radicata dalla preventiva presentazione della domanda, in carenza della quale la procedura sarebbe una *res inter alios acta*. Sul piano soggettivo, **chi non ha partecipato è carente della titolarità di un interesse differenziato e qualificato, idoneo a sorreggere l'ammissibilità dell'azione.** La giurisprudenza - da tempo - ha ritenuto non gravoso o dannoso l'onere di formulazione della domanda, se si considera che a fronte del suo adempimento si radica una condizione dell'azione, la quale schiude al giovamento della tutela di merito.

Ancora, la giurisprudenza ha precisato che **costituiscono eccezione a tale principio le ipotesi in cui si contesti l'indizione o la non indizione della gara, ovvero la connotazione escludente del bando.**

Altra ipotesi in cui il ricorrente è ammesso alla contestazione immediata del bando è rappresentata dalle **clausole che impediscono la partecipazione, perché ostacolano la formulazione dell'offerta.** In tal caso il ricorrente, pur munito dei requisiti richiesti dal bando sul piano soggettivo, non è in condizione di formulare un'offerta consapevole.

A differenza degli altri casi di esclusione, basati sulla carenza dei requisiti che perimetrano la platea dei partecipanti, le ipotesi enucleate in tale seconda categoria di clausole escludenti hanno **matrice oggettiva.** Infatti, la preclusione alla formulazione dell'offerta non deve riguardare il singolo operatore agente in giudizio, bensì deve trattarsi di un **ostacolo che si frappone all'operatore medio.**

La sentenza in commento mette in luce **il regime dell'onere probatorio** che si attiva in sede di impugnazione di una clausola che si assume immediatamente lesiva. **Il fatto che altri operatori abbiano formulato l'offerta radica la presunzione della carenza di impedimento oggettivo ascrivibile al bando, lasciando presumere che il singolo operatore si sia sentito ostacolato nella partecipazione.** Si attiva così un'inversione dell'onere della prova, in virtù della quale **il ricorrente è tenuto a dimostrare che nonostante l'altrui formulazione, non si tratti di un impedimento meramente soggettivo,**

bensì relativo all'operatore medio.

Il rigore dell'onere probatorio si giustifica in ragione del fatto che **le impugnazioni dirette del bando sono casi limite**, relativi a clausole che impediscono la partecipazione alla gara, perché rendono difficoltoso o impossibile il calcolo di convenienza dell'offerta. Infatti, la **Plenaria n. 4/2018** ha precisato che **il rapporto tra l'impugnazione diretta e l'impugnazione congiunta del bando e dell'atto applicativo, si atteggia come rapporto tra regola ed eccezione**. Le eccezioni all'impugnazione immediata sono state individuate in **modo tassativo**, riferendosi a

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

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

*c) disposizioni abnormi o irragionevoli che rendano **impossibile il calcolo di convenienza tecnica ed economica** ai fini della partecipazione alla gara; ovvero prevedano abbreviazioni irragionevoli dei termini per la presentazione dell'offerta (cfr. Cons. Stato sez. V, 24 febbraio 2003, n. 980);*

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

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

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

*g) **atti di gara del tutto mancanti della prescritta indicazione nel bando di gara dei costi della sicurezza "non soggetti a ribasso"** (cfr. Cons. Stato, sez. III, 3 ottobre 2011 n. 5421).” (Ad. Pl. n. 4/2018)*

Al di fuori dei casi enucleati, l'impugnazione diretta è inammissibile. Si impone, pertanto, al GA un'attenta verifica del fulcro della contestazione portata al suo esame, condotta attraverso il criterio della esistenza o meno di una preclusione della partecipazione. Non rileva la prospettiva certa che la gara, applicandosi le regole del bando, giammai gli sarà aggiudicata al ricorrente, perché questo è un esito che pur apparendo altamente probabile è tuttavia **imponderabile**. **Più in particolare è un esito rimesso alla valutazione amministrativa, che nessuno può anticipare, né il ricorrente, ritenendosi munito**

dell'interesse a ricorrere, né il giudice, ritenendo attuale la lesione.

A conferma di tale impostazione, in altri precedenti il Consiglio di Stato ha ritenuto inammissibile l'impugnazione delle clausole del bando recante criteri premiali o criteri di aggiudicazione, al lume dei quali appariva altamente probabile o quasi certo che il ricorrente non avrebbe conseguito il bene finale. Infatti, in tal caso l'esito applicativo dei criteri resta un fatto imponderabile e necessariamente l'impugnativa deve essere rinviata all'atto applicativo, o attraverso un'autonoma impugnazione congiunta o attraverso lo strumento dei motivi aggiunti.