

Publicato il 08/05/2024

N. 00067/2024 REG.PROV.COLL.  
N. 00024/2024 REG.RIC.



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

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Tribunale Regionale di Giustizia Amministrativa di Trento**

**(Sezione Unica)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 24 del 2024, proposto da 2i Rete Gas s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Guido Bardelli, Maria Alessandra Bazzani e Francesca Maria Colombo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

***contro***

Provincia Autonoma di Trento, in persona del Presidente *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Giuliana Fozzer, Giacomo Bernardi e Martina Zini, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso in Trento, piazza Dante n. 15, presso le sede dell'avvocatura della Provincia;

Provincia Autonoma di Trento - Agenzia Provinciale per Gli Appalti e Contratti, Provincia Autonoma di Trento - Agenzia Provinciale per le Risorse Idriche e per l'Energia, 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 Pine',  
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, 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 Ivano Fracena, 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, Comune di  
Commezzadura, Comune di Conta', 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 Fiave',  
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 Male', 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 Palu' del Fersina,  
Comune di Panchia', Comune di Pejo, 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, Comune di Ronchi Valsugana, Comune di Ronzo-Chienis, Comune di Ronzone, Comune di Rovere' della Luna, Comune di Rovereto, Comune di Ruffre'-Mendola, Comune di Rumo, Comune di Sagron Mis, Comune di Samone, Comune di San Giovanni di Fassa - Sen Jan, 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, 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, Comune di Ziano di Fiemme, non costituiti in giudizio;

***per l'annullamento***

- del bando della procedura indetta dalla Provincia Autonoma di Trento per l'affidamento in concessione del servizio pubblico di distribuzione e misura del gas naturale mediante tubazioni nei territori dei Comuni dell'Ambito Unico Provinciale di Trento (ex ATEM Trento 1, 2 e 3) riportati nell'elenco di cui all'allegato A dei documenti di gara (CIG A03C546272), pubblicato

in GUUE 5 (GU S 251/2023) e GURI (5a Serie Speciale – Contratti Pubblici n. 149 – in data 29 dicembre 2023, e di tutti i relativi allegati;

- dell'Allegato I - Disciplinare di gara e i relativi allegati;
- dell'Allegato G - Schema di contratto di servizio e i relativi allegati;
- dell'Allegato E - Linee guida programmatiche d'ambito e i relativi allegati;
- dell'Allegato B - Dati significativi impianti aggregati;
- dei modelli di istanza partecipazione;
- dell'Allegato “D” - informazioni di cui agli artt. 4, 5 e 9 del DM 226/2011;
- degli Allegati tutti, da A a I e di tutti i documenti di gara (allegati e non al bando) e di tutta la *lex specialis* della procedura medesima, tutti completi dei relativi allegati;
- della determinazione n. 14727 in data 22 dicembre 2023 a firma del Dirigente Generale dell'Agenzia Provinciale per le risorse idriche e per l'energia, recante “Determinazione a contrarre per l'indizione della gara (...)” ;

nonché

di ogni altro atto ad essi presupposto, preordinato, consequenziale e comunque connesso.

Visti il ricorso e 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 18 aprile 2024 il dott. Stefano Mielli e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO

La Provincia Autonoma di Trento con bando pubblicato nella Gazzetta ufficiale dell'Unione Europea e nella Gazzetta Ufficiale nella medesima

data del 29 dicembre 2023, ha reso noto di aver indetto la 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.

La redazione del bando costituisce l'esito di una complessa attività istruttoria.

Con i decreti ministeriali 19 gennaio 2011 e 18 ottobre 2011 del Ministro dello sviluppo economico, il territorio della Provincia Autonoma di Trento è 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 legge provinciale 4 ottobre 2012, n. 20, ha individuato un unico ambito territoriale, accorpendo i tre ambiti ed includendo anche il Comune extra provinciale di Bagolino, ed affidando le funzioni di stazione appaltante direttamente alla Provincia o alla stessa tramite le proprie agenzie.

La Provincia, con deliberazione di Giunta n. 832 del 26 maggio 2014, ha affidato all'Agenzia provinciale per le risorse idriche e l'energia (di seguito "APRIE") il compito di svolgere l'attività preparatoria per lo svolgimento della gara, ed ha altresì affidato all'Agenzia provinciale per gli appalti e i contratti (di seguito "APAC") il compito di svolgere ed aggiudicare la gara, predisponendo gli atti contrattuali.

In data 30 ottobre 2023, APRIE ha inviato all'Autorità di Regolazione per Energia Reti e Ambiente (in seguito "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.

ARERA con deliberazione n. 608/2023/R/gas del 19 dicembre 2023, ha formulato le proprie valutazioni.

Con il ricorso in epigrafe 2i Rete Gas s.p.a. (di seguito “2i Rete Gas”) impugna il bando e gli atti presupposti con sei motivi di ricorso.

Con il primo motivo lamenta la violazione dell’art. 46 *bis* del decreto legge n. 159 del 2007, convertito in legge n. 222 del 1997, dell’art. 9 del disciplinare, del D.M. n. 226 del 2011, dello schema di contratto tipo, dell’art. 39 della legge provinciale n. 20 del 2012, dell’art. 1, comma 94, della legge n. 124 del 2017, lo sviamento, la carenza di istruttoria, l’illogicità, il difetto di motivazione, l’incompetenza, la contraddittorietà, nonché la violazione della deliberazione 19 dicembre 2023 608/2023/R/gas, del D.lgs. n. 164 del /2000, dell’art. 1, comma 94, della legge n. 124 del 2017, degli articoli da 1 a 5 del D.lgs. n. 36 del 2023, e dell’art. 41 nonché dell’Allegato I.7 del D.lgs. n. 36 del 2023.

Con questo motivo la ricorrente contesta i criteri in base ai quali la Provincia ha impostato la procedura di gara, lamentando un significativo discostamento dalle previsioni del D.M. n. 226 del 2011.

Secondo 2i Rete Gas, la Provincia di Trento avrebbe indebitamente anticipato, contravvenendo D.M. n. 226 del 2011, i contenuti di un futuro e allo stato attuale non ancora emanato decreto, che dovrà essere adottato in attuazione dell’art. 6, comma 4, della legge n. 118 del 2022.

Tale disposizione prevede che con apposito decreto del Ministro per l’innovazione tecnologica si provveda all’aggiornamento dei criteri di valutazione degli interventi di innovazione tecnologica previsti dall’articolo 15, comma 3, lettera d), del regolamento di cui al decreto interministeriale n. 226 del 2011, *“al fine di valorizzare nuove tipologie di intervento più rispondenti al rinnovato quadro tecnologico”*.

Ne consegue, secondo la ricorrente, la violazione del disciplinare-tipo e del D.M, n. 226 del 2011, la cui finalità precipua è quella di dettare criteri uniformi di selezione da utilizzare per la scelta del concessionario.

Nell’ambito di questo motivo 2i Rete Gas lamenta che in molte altre parti il disciplinare di gara si è discostato dal disciplinare – tipo.

La maggiore criticità secondo la ricorrente è riscontrabile nel criterio di valutazione C.2 avente ad oggetto “*Valutazione degli interventi di estensione e potenziamento della rete ed impianti*”, per il quale è previsto un punteggio massimo di 20 punti.

Tale criterio, in modo innovativo rispetto al disciplinare tipo, è stato articolato dalla Provincia in due sub criteri, il primo riferito agli interventi di estensione e potenziamento della rete nei comuni metanizzati per il quale sono previsti 3 punti, e il secondo dedicato agli interventi di realizzazione di nuove reti e impianti per la distribuzione del gas naturale nei comuni non metanizzati, per il quale sono previsti 17 punti.

Secondo 2i Rete Gas tale previsione è illegittima perché fa assumere al sub criterio un peso eccessivo sull’esito della gara, posto che a tale voce sono attribuiti 17 punti sui 72 complessivi assegnabili all’offerta tecnica, imponendo all’offerente, che voglia formulare una proposta concorrenziale, l’assunzione degli oneri molto gravosi di estensione della rete nei Comuni non metanizzati.

Per comprovare il carattere eccessivamente oneroso di tali adempimenti, la ricorrente evidenzia che l’art. 9, comma 7, del D.M. n. 226 del 2011, di regola prevede che tale obbligo sussista solo qualora, durante il periodo di affidamento, si rendano disponibili finanziamenti pubblici in conto capitale di almeno il 50%.

2i Rete Gas contesta inoltre la correttezza dell’affermazione contenuta nelle Linee guida redatte dalla Provincia secondo cui sussisterebbero i presupposti per ritenere comunque questi costi ammissibili ai fini del riconoscimento tariffario.

In proposito la ricorrente sottolinea che tale affermazione delle Linee guida si basa su un presupposto, il buon esito dell’analisi costi – benefici in ordine all’efficienza della rete per quanto concerne le emissioni di CO2 effettuata dalla stazione appaltante, che tuttavia è considerato eccessivamente ottimistico da ARERA nelle proprie osservazioni con

riguardo agli effettivi quantitativi di *green gas* immettibili in rete nell'arco temporale di validità della concessione.

Da tali elementi la ricorrente desume un'incertezza circa la remunerabilità degli investimenti relativi agli interventi di realizzazione di nuove reti e impianti per la distribuzione del gas naturale nei comuni non metanizzati che potrebbe risultare determinante per l'aggiudicazione della gara, e che a proprio giudizio renderebbe impossibile la formulazione di un'offerta competitiva.

2i Rete gas deduce inoltre che una così consistente premialità per le nuove metanizzazioni risulta distonica rispetto all'obiettivo, dichiarato dalla Provincia, di voler applicare fin da subito gli obiettivi indicati dall'art. 6 della legge n. 118 del 2022, che invece esprime l'opportunità di utilizzare diverse fonti energetiche in un'ottica di decarbonizzazione e di uso di migliori vettori energetici.

Secondo la ricorrente sono riscontrabili anche ulteriori criticità nell'ambito del sub criterio C.2.1 relativo ai Comuni non metanizzati, per quanto concerne:

- il sub criterio 1 perché si discosta dal decreto ministeriale e si riferisce a livelli di progettazione non coerenti con quelli previsti dal D.lgs. n. 36 del 2023;
- il sub criterio 2 perché prevede solo per i Comuni metanizzati, con una previsione assente nel disciplinare tipo, che la scelta degli investimenti debba seguire una logica di ottimizzazione "*dei benefici tecnici/economici/socio ambientali*";
- il sub criterio 3 perché di fatto risulta inapplicabile, in quanto prevede l'attribuzione di indicatori funzionali al punteggio riferiti al rispetto delle condizioni minime di sviluppo, che tuttavia non vengono indicate nell'allegato E "*Linee Guida programmatiche d'ambito*";
- il sub criterio 5 perché, nel prevedere la valorizzazione di proposte che favoriscano la fattibilità tecnica dell'immissione nella rete di distribuzione

di gas rinnovabile, rende maggiormente complesse le attività necessarie alla formulazione dell'offerta.

Con il secondo motivo la ricorrente lamenta la violazione degli articoli 9, 13, del bando tipo, del disciplinare, del D.M. n. 226 del 2011, dello schema di contratto tipo, dell'art. 39 della legge provinciale n. 20 del 2012, dell'art. 6 della legge n. 118 del 2022, dell'art. 1, comma 94, della legge n. 124 del 2017, e lamenta altresì lo sviamento, la carenza di istruttoria, l'illogicità, la violazione degli articoli 1 e 3 della legge n. 241 del 1990, l'irragionevolezza, il difetto di motivazione, l'incompetenza, la carenza di potere in concreto, la contraddittorietà, la violazione della deliberazione 19 dicembre 2023 608/2023/R/gas, del D.lgs. n. 164 del 2000, dell'art. 1, comma 94, della legge n. 124 del 2017 e degli articoli da 1 a 5 del D.lgs. n. 36 del 2023.

Con questo motivo 2i Rete Gas lamenta ulteriori difformità, rispetto al D.M. n. 226 del 2011, con riguardo ai seguenti criteri di valutazione delle offerte:

- C.4 *“Innovazione tecnologica applicata al sistema di distribuzione”*, per il quale sono previsti 10 punti, in quanto comporta uno stravolgimento delle indicazioni del disciplinare tipo;
- C.1 *“Adeguatezza analisi di assetto di rete e degli impianti e della relativa documentazione”*, per il quale sono previsti 5 punti, perché i sub criteri 5 e 7, nel riferirsi ad indicatori per la verifica in condizioni di normale funzionamento della rete differenziati sulla base della domanda minima o massima dell'utenza, comporta un aggravamento degli adempimenti da effettuare nella formulazione dell'offerta, anche con riguardo al sub criterio 8 che si riferisce alla valutazione della fattibilità tecnica dell'immissione nella rete di distribuzione di gas rinnovabile;
- C.3 *“Valutazione degli interventi per mantenimento in efficienza della rete ed impianti”* per il quale sono previsti 10 punti, perché per ogni sub criterio

è stata aggiunta la specificazione che gli interventi proposti debbano garantire la compatibilità con l'immissione del gas rinnovabile.

La ricorrente contesta altresì il criterio relativo alla valutazione economica A.6 *“Investimenti di efficienza energetica nell'ambito gestito aggiuntivi rispetto agli obblighi del distributore”*, per il quale sono previsti 5 punti, in quanto il bando al punto 2.1.4 e il disciplinare al punto 0.2.3.f contengono un errore, perché prevedono che l'aggiudicataria debba provvedere ad effettuare gli interventi di efficienza energetica corrispondendo il valore dei relativi titoli agli Enti concedenti in proporzione al gas distribuito in ciascun Comune nell'anno precedente, anticipando per il primo anno di gestione il prezzo unitario del titolo risultante dall'esito del mercato dei titoli di efficienza per l'anno antecedente al primo anno di gestione, pubblicato dal Gestore del mercato energetico.

Secondo la ricorrente tale previsione contrasta con l'art. 3 del D.M. n. 226 del 2011 il quale prevede invece che *“Il primo anno di obbligo è il terzo dall'inizio della concessione, in quanto gli obblighi sono basati sul volume di gas distribuito nell'anno t-2”*, ed è anche contraddittoria, perché non compare nella bozza di contratto e nel punto A.6 relativo agli *“Investimenti di efficienza energetica nell'ambito gestito aggiuntivi rispetto agli obblighi del distributore”*.

Con il terzo motivo la ricorrente lamenta la violazione degli articoli 5 e 9 del D.M. n. 226 del 2011, dell'art. 6 della legge n. 118 del 2022, dell'art. 39 della legge provinciale n. 20 del 2012, il difetto di istruttoria, il difetto di presupposto, lo sviamento, la violazione dell'art. 1 della legge n. 241 del 1990, la contraddittorietà, l'illogicità, l'irragionevolezza, la carenza di istruttoria, la violazione del D.M. 22 maggio 2014, della delibera ARERA 714/2022/R/gas, dell'art. 15 del D.lgs. n. 164 del 2000, della *lex specialis*, e dell'obbligo predeterminazione dei criteri di valutazione, nonché degli articoli da 1 a 5 del D.lgs. n. 36 del 2023.

Con questo motivo la ricorrente lamenta che i dati messi a disposizione dalla stazione appaltante sono riferibili a date tra loro differenti, e comunque non sono attuali, e questo determina degli elementi di incertezza nella formulazione dell'offerta.

In particolare 2i Rete Gas evidenzia che i valori di VIR e RAB risalgono al 2020, mentre i dati del personale sono aggiornati al 31 dicembre 2022 e quelli commerciali relativi ai punti di riconsegna riguardano il triennio 2018 – 2022.

La ricorrente deduce pertanto la violazione dell'art. 5.2 del D.M. 22 maggio 2014, recante *“Linee guida, criteri e modalità applicative per la valutazione del valore di rimborso degli impianti di distribuzione del gas naturale”*, il quale stabilisce che *“La valutazione del valore di rimborso per la pubblicazione del bando di gara deve essere, in linea generale aggiornata al 31 dicembre dell'anno precedente all'anno t in cui è pubblicato il bando”* e che *“Tutte le informazioni necessarie per la determinazione del valore di rimborso dovuto al gestore uscente, quali lo stato di consistenza, il valore residuo dei contributi pubblici e privati, il valore residuo degli eventuali premi pagati ai Comuni e il calcolo del degrado dei cespiti, devono essere aggiornate all'anno t-1”*.

Secondo 2i Rete Gas tali violazioni non consentirebbero la possibilità di proporre un'offerta consapevole.

Con il quarto motivo la ricorrente lamenta la violazione del D.M. 5 febbraio 2013, dell'art. 39 della legge provinciale n. 20 del 2012, dello schema di contratto tipo relativo all'attività di distribuzione del gas naturale, nonché la violazione dell'art. 119 del D.lgs. n. 36 del 2023, la contraddittorietà, l'illogicità, lo sviamento e la violazione degli articoli da 1 a 5 del D.lgs. n. 36 del 2023.

Con questo motivo 2i Rete Gas censura il disciplinare perché al punto 0.1 dispone che *“non è ammesso il subappalto per le motivazioni indicate nel provvedimento a contrarre”*.

Una tale previsione secondo la ricorrente viola sia il principio della generale ammissibilità del subappalto prevista dall'art. 119 del D.lgs. n. 36 del 2023, sia il contratto di servizio tipo il quale ammette espressamente il subappalto per l'esecuzione materiale di una serie di interventi.

Con il quinto motivo la ricorrente lamenta la violazione del D.M. n. 226 del 2011, dell'art. 39 della legge provinciale n. 20 del 2012, del bando tipo, lo sviamento, nonché la violazione dell'art. 1 della legge n. 241 del 1990 e degli articoli da 1 a 5 del D.lgs. n. 36 del 2023, in quanto la garanzia provvisoria per la partecipazione alla procedura viene parametrata nella misura corrispondente al 2% del valore contrattuale complessivo, anziché al valore annuo del servizio, previsto dal D.M. n. 226 del 2011.

Analoga violazione, prosegue la ricorrente, è riscontrabile rispetto alla garanzia definitiva, prevista nella misura del 10% dell'importo contrattuale, anziché nella misura del 30% del valore annuo del servizio.

Con il sesto motivo la ricorrente lamenta la violazione dell'art. 10 del D.M. n. 226 del 2011, dell'art. 15, comma 10, del D.lgs. n. 164 del 2000, dell'art. 39 della legge provinciale n. 20 del 2012, della domanda di partecipazione – tipo, l'illogicità, nonché la violazione degli articoli da 1 a 3 della legge n. 241 del 1990 e da 1 a 5 del D.lgs. n. 36 del 2023.

Con questo motivo 2i Rete Gas contesta la mancanza, nel *fac simile* della domanda di partecipazione, della necessità di rendere:

- la dichiarazione prevista dall'art. 10 del D.M. n. 226 del 2011, circa il possesso da almeno un anno di un adeguato codice etico;
- la dichiarazione prevista dall'art. 15, comma 10, del D.lgs. n. 164 del 2000, di non essere titolare di un affidamento diretto intervenuto successivamente alla entrata in vigore del medesimo decreto legislativo;
- la dichiarazione relativa al possesso del requisito economico e di quella in merito ai piani individuali di emersione del lavoro sommerso, previste dall'art. 10 del D.M. n. 226 del 2011.

Si è costituita in giudizio la Provincia Autonoma di Trento eccependo l'inammissibilità del ricorso per carenza di interesse in quanto difettano i presupposti individuati dalla giurisprudenza per ritenere ammissibile l'impugnazione diretta ed immediata del bando, nonché l'inammissibilità del ricorso perché non è stato notificato ad almeno un controinteressato da identificare in un altro operatore uscente del servizio, e l'inammissibilità delle censure proposte nell'ambito dei singoli motivi, con cui, senza dimostrare la sussistenza di profili di manifesta illogicità delle scelte compiute, si prospettano vizi che impingono nel merito della sfera di discrezionalità riservata all'Amministrazione.

Nel merito la Provincia Autonoma di Trento ha replicato alle censure proposte chiedendo la reiezione del ricorso.

Alla pubblica udienza del 18 aprile 2024, in prossimità della quale le parti hanno depositato memorie a sostegno delle proprie difese, la causa è stata trattenuta in decisione.

## DIRITTO

In via preliminare è necessario dar conto che la Provincia Autonoma di Trento successivamente alla proposizione del ricorso ha svolto delle verifiche adottando le determinazioni dirigenziali n. 1068 e 1641 del 20 febbraio 2024, con cui ha disposto la parziale rettifica in autotutela della documentazione di gara originariamente approvata.

Per quanto di interesse in questa sede, va evidenziato che con la rettifica n. 2 sono state apportate le seguenti integrazioni:

a) al paragrafo 01 "*Informazioni generali sulla concessione da affidare*", del disciplinare di gara, è stato precisato che il subappalto deve ritenersi ammesso per l'esecuzione materiale degli interventi di cui agli articoli 10, 11, 12 e 13 dello schema di contratto, come previsto dal contratto di servizio tipo;

b) al paragrafo 0.2, punto 0.2.3, alla lett. f), è stato precisato che il primo anno d'obbligo ai fini della corresponsione dei titoli relativi agli interventi

di efficienza energetica, corrisponde al terzo anno di concessione, come previsto dall'art. 3 del D.M. n. 226 del 2011;

c) al paragrafo 1 “*Criteri di aggiudicazione*”, criterio C.2, del disciplinare, nella Tabella 2.1 e nella Tabella 2.2, è stato sostituito il subcriterio 1, per riportare la valutazione del grado di dettaglio degli elaborati progettuali alle tipologie dei livelli di progettazione ai quali si riferisce il D.lgs. n. 36 del 2003;

d) al paragrafo “*I Criteri di aggiudicazione*”, criterio C.2, nella “*Tabella 2.1 - Valutazione degli interventi di estensione e potenziamento della rete ed impianti per comuni metanizzati*” al sub criterio 3, alle lettere a) e b) sono state soppresse le parole: “*che rispettano le condizioni minime di sviluppo*”, che producevano l'effetto di condizionare l'attribuzione dei punteggi alle condizioni minime che tuttavia non erano specificate.

Con la rettifica n. 4 sono stati sostituiti i *fac simile* della domanda inserendo la necessità della dichiarazione di non essere stato beneficiario di un affidamento diretto.

Conseguentemente, e su queste conclusioni le parti convengono, deve ritenersi venuto meno l'interesse al ricorso per alcuni dei rilievi mossi con il ricorso e, in particolare:

- per la censura proposta nell'ambito del primo motivo di ricorso con la quale la ricorrente lamenta la non conformità del grado di dettaglio della progettazione previsto dalla *lex specialis* rispetto a quello previsto dal D.lgs. n. 36 del 2003, perché superata dalla rettifica sopra indicata sub c);
- per la censura proposta nell'ambito del primo motivo di ricorso con la quale la ricorrente contesta il riferimento, per l'attribuzione dei punteggi, al rispetto delle “*condizioni minime di sviluppo*”, perché superata dalla rettifica sopra indicata sub d);
- per la censura proposta nell'ambito del secondo motivo di ricorso con la quale viene contestata la decorrenza dell'obbligo di corresponsione del

valore dei titoli di efficienza energetica perché superata dalla rettifica sopra indicata sub b);

- per l'intero quarto motivo, con il quale si contestava il divieto generalizzato di subappalto perché superato dalla rettifica sopra indicata sub a);

- per la censura proposta nell'ambito del sesto motivo con la quale si contesta la mancata previsione della dichiarazione di non aver beneficiato di un affidamento diretto.

Tali censure devono pertanto essere dichiarate improcedibili per sopravvenuta carenza di interesse.

Così delimitato l'oggetto del giudizio, deve preliminarmente essere esaminata l'eccezione di inammissibilità per carenza di interesse sollevata dalla Provincia Autonoma di Trento, per il difetto dei presupposti che legittimano l'immediata impugnazione del bando.

L'eccezione è fondata.

Come è noto, per un consolidato orientamento giurisprudenziale *“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”* e laddove si versi *“nello stato iniziale ed embrionale della procedura, non vi sarebbe infatti né prova né indizio della circostanza che l'impugnante certamente non sarebbe prescelto quale aggiudicatario; per tal via, si imporrebbe all'offerente di denunciare la clausola del bando sulla scorta della preconizzazione di una futura ed*

*ipotetica lesione, al fine di tutelare un interesse (quello strumentale alla riedizione della gara), certamente subordinato rispetto all'interesse primario (quello a rendersi aggiudicatario), del quale non sarebbe certa la non realizzabilità”* (in questi termini Consiglio di Stato, Ad. Plen. 26 aprile 2018, n. 4).

Ne consegue che le clausole di un bando di gara devono di regola essere impugnate contestualmente agli atti applicativi, in quanto sono questi ultimi a identificare in concreto il soggetto leso dalla decisione e a rendere effettiva la lesione della situazione soggettiva dell'interessato, determinando la presenza degli imprescindibili caratteri di attualità e concretezza che sostanziano l'interesse a ricorrere quale condizione dell'azione nel sistema processuale di giustizia amministrativa (cfr. Consiglio di Stato, Ad. Plen. 29 gennaio 2003, n. 1, e 7 aprile 2011, n. 4).

Solo in presenza di determinate clausole immediatamente escludenti, come quelle che impongono oneri sproporzionati o condizioni che rendono la partecipazione alla gara impossibile, è ammessa l'impugnazione diretta delle clausole del bando.

La giurisprudenza ha qualificato come clausole immediatamente escludenti le seguenti:

*“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)" (in questi termini Consiglio di Stato, Ad. Plen. 26 aprile 2018, n. 4).*

Come è stato recentemente ribadito da questo stesso Tribunale con la recente sentenza 9 ottobre 2023, n. 149, confermata in appello con sentenza del Consiglio di Stato, Sez. III, 5 febbraio 2024, n. 1146, è necessario considerare che le ipotesi di immediata impugnabilità del bando costituiscono delle eccezioni di stretta interpretazione.

Pertanto, ove non siano ravvisabili tali fattispecie, vale il sopra richiamato principio generale secondo il quale le rimanenti clausole, in quanto non immediatamente lesive, devono essere impugnate insieme con l'atto di approvazione della graduatoria definitiva, che identifica in concreto il soggetto leso dal provvedimento, postulando la preventiva partecipazione alla gara.

Infine va ricordato che la giurisprudenza ha anche chiarito che “*per giustificare l'impugnazione immediata del bando non basta la mera*

*allegazione che una clausola sia riconducibile alle categorie sopra elencate. In applicazione del criterio basilare per cui il provvedimento è impugnabile solo se produca una lesione diretta concreta e attuale all'interesse legittimo (art. 100 cod. proc. civ.) e in considerazione della tendenziale incapacità lesiva del bando, occorre che emerga l'idoneità della specifica clausola contestata a impedire l'utile partecipazione alla gara: «la previsione della lex specialis deve porre con immediata e oggettiva evidenza, nei confronti di tutti indistintamente gli operatori economici, l'astratta impossibilità per un qualsiasi operatore 'medio' di formulare un'offerta economicamente sostenibile» (Cons. Stato, V, 18 marzo 2019, n. 1736; cfr., altresì, Cons. Giust. Amm. Sicilia, Sez. Giur., 22 dicembre 2022, n. 1302; T.A.R. Torino, Sez. II, 13 marzo 2023, n. 222)» (in questi termini T.A.R. Piemonte, Sez. II, 29 marzo 2023, n. 284).*

Venendo al caso in esame il Collegio osserva che la ricorrente nell'ambito del primo e del secondo motivo propone delle censure con cui contesta, sotto diversi profili, la mancata completa corrispondenza dei criteri di attribuzione dei punteggi previsti dalla *lex specialis* alle previsioni del D.M. n. 226 del 2011.

Sul punto va premesso che il D.M. n. 226 del 2011, diversamente da quanto lascia intendere il tenore di alcune delle censure proposte, non impone un'inderogabile pedissequa applicazione del bando di gara tipo e del disciplinare di gara tipo, nonché dei punteggi utilizzati nei criteri di valutazione della gara, ma all'art. 9, comma 1, secondo periodo, ammette la possibilità di eventuali scostamenti, a condizione che vengano giustificati.

La ricorrente non ha assolto all'onere, sulla stessa incumbente, di dimostrare che i criteri di aggiudicazione ritenuti illegittimi si sostanzierebbero in regole idonee a rendere la partecipazione impossibile o incongruamente difficoltosa, ovvero idonee a rendere con assoluta certezza impossibile il calcolo di convenienza tecnica o economica ai fini della

partecipazione. Infatti non vi è né prova né indizio certo della circostanza che la ricorrente non sarebbe prescelta quale aggiudicataria.

Le censure proposte con il primo e il secondo motivo avverso i criteri di aggiudicazione sono pertanto inammissibili per carenza di interesse.

Con il terzo motivo la ricorrente lamenta che i dati di VIR e RAB indicati nei documenti di gara, non sono attuali, perché risalgono al 2020 anziché all'anno precedente a quello del bando.

Anche in questo caso 2i Rete Gas omette di provare 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, ad esempio nel caso di impossibilità oggettiva di avvalersi di informazioni più aggiornate (cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, 28 marzo 2023, n. 3150; id. 11 luglio 2022, n. 5757; T.A.R. Piemonte, Sez. I, 2 febbraio 2024, n. 107), il che sembra comportare l'inconfigurabilità di una valenza di per sé escludente derivante dalla mancanza di attualità di questi dati.

Nella memoria depositata in prossimità della pubblica udienza la ricorrente sostiene che i dati obsoleti ostacolerebbero la formulazione di una proposta contrattuale consapevole perché lo sconto A.1 viene applicato proprio alla differenza tra VIR e RAB.

Si tratta di un argomento, proposto per sostenere il carattere escludente della mancata attualità dei dati, che non persuade alla luce della replica della Provincia Autonoma di Trento, la quale ha osservato che in realtà l'operatore, nel formulare l'offerta dello sconto sulla differenza VIR RAB (criterio A.1), può comunque fare riferimento al delta VIR RAB approvato da ARERA.

Anche in questo caso la ricorrente non ha provato che i dati in possesso siano nel loro complesso insufficienti a formulare un'offerta consapevole, e

le censure di cui al terzo motivo devono ritenersi inammissibili per carenza di interesse.

Considerazioni non dissimili devono essere svolte anche con riguardo al quinto motivo, con il quale la ricorrente contesta la determinazione dell'importo della cauzione provvisoria e di quella definitiva in una misura diversa da quella prevista dal D.M. n. 226 del 2011.

Sul punto va rilevato che 2i Gas Reti anche per questo aspetto non deduce l'impossibilità alla partecipazione alla gara a causa della sussistenza di una manifesta sproporzione dell'importo richiesto. Va soggiunto che il carattere manifesto della sproporzione non sembra neppure facilmente prospettabile ove si consideri che gli importi richiesti corrispondono a quelli richiesti dagli articoli 106 e 117 del D.lgs. n. 36 del 2023, per la cauzione provvisoria e quella definitiva.

Le censure di cui al quinto motivo sono pertanto inammissibili.

Infine la parte ricorrente non allega alcun elemento idoneo a comprovare una valenza escludente derivante dalla mancata previsione, nel *fac simile* della domanda, della dichiarazione circa il possesso da almeno un anno di un adeguato codice etico e di non avvalimento dei piani individuali di emersione del lavoro sommerso.

Sul punto per completezza va osservato che la disposizione di cui all'art. 10 del D.M. n. 226 del 2011, da cui deriva l'obbligo dichiarativo, è in ogni caso espressamente richiamata al punto 2A.2 "*Requisiti di partecipazione*". Ne consegue che gli obblighi dichiarativi ivi contemplati, anche con riguardo al possesso del requisito economico, possono ritenersi assolti nel documento di gara unico europeo e nell'istanza di partecipazione.

In definitiva il ricorso deve essere dichiarato in parte improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse con riguardo alle censure che risultano superate dalle rettifiche adottate dalla stazione appaltante dopo la proposizione del ricorso ed indicate sopra nel dettaglio, mentre deve essere

dichiarato inammissibile, per carenza dell'attualità dell'interesse fatto valere, con riguardo alle restanti censure.

La peculiarità della controversia ed il carattere in rito della pronuncia giustificano l'integrale compensazione delle spese di giudizio tra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Regionale di Giustizia Amministrativa della Regione autonoma Trentino-Alto Adige/Südtirol, sede di Trento, definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe, lo dichiara in parte improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse ed in parte inammissibile, nel senso precisato in motivazione.

Spese compensate.

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

Così deciso in Trento nella camera di consiglio del giorno 18 aprile 2024 con l'intervento dei magistrati:

Alessandra Farina, Presidente

Stefano Mielli, Consigliere, Estensore

Antonia Tassinari, Consigliere

**L'ESTENSORE**  
**Stefano Mielli**

**IL PRESIDENTE**  
**Alessandra Farina**

**IL SEGRETARIO**