

# Sulla perimetrazione delle clausole immediatamente impugnabili della lex specialis

di Michela Pignatelli

Data di pubblicazione: 30-8-2025

*L'illegittimità dell'azione amministrativa non risiede nell'aver disatteso formalmente la previsione relativa al possesso dei titoli, ma nell'aver fissato dei termini che sostanzialmente impediscono o comunque rendono estremamente difficile ottenere il certificato di sicurezza in tempo utile per la sottoscrizione del contratto e l'avvio del servizio oggetto di gara.*

*La questione non è la proporzionalità del requisito richiesto in rapporto all'oggetto del contratto, atteso che, per circa 110 milioni di chilometri complessivi di trasporto da garantire in 15 anni, l'aver svolto un servizio di almeno 8 milioni di chilometri nell'ultimo quinquennio non può ritenersi manifestamente irragionevole. L'illegittimità, invece, risiede nel fatto che, essendo oggettivamente elevato, il requisito si pone in violazione dei principi fondanti del sistema, vale a dire del principio di accesso al mercato al quale è strumentale il principio del favor participationis. Né può incidere su tale valutazione la considerazione che un'impresa sfornita dei requisiti di partecipazione possa concorrere in Raggruppamento Temporaneo di Imprese o ricorrendo all'avvalimento.*

## Guida alla lettura

Con la sentenza in rassegna la VI Sezione del Consiglio di Stato ha **perimetrato le ipotesi in cui le clausole del bando di gara possano e debbano essere immediatamente impugnate senza attendere il provvedimento finale di aggiudicazione.**

La vicenda trae origine dall'**impugnazione, da parte di un operatore economico, in assenza della presentazione della domanda di partecipazione, delle clausole di un bando di gara** per l'affidamento del servizio pubblico locale ferroviario di competenza della provincia autonoma di Bolzano, **considerate immediatamente escludenti.** Nello specifico, le clausole oggetto di impugnazione erano le seguenti:

1. **illegittimità del requisito di partecipazione richiesto**, consistente nella dimostrazione di avere svolto un servizio di almeno 8 milioni di chilometri nell'ultimo quinquennio;
2. **incongruità dei termini per la presentazione delle offerte e l'acquisizione dei titoli abilitativi necessari per l'avvio del servizio.**

In particolare, la Stazione appaltante dopo l'adozione dell'avviso di preinformazione, pubblicava un bando di gara sostanzialmente differente rispetto al predetto avviso, che

comportava, conseguentemente, il possesso di alcuni titoli abilitativi da conseguire entro l'aggiudicazione e prevedendo un termine ristretto per la presentazione delle offerte. Inoltre, la stazione appaltante richiedeva, ai fini della partecipazione, la dimostrazione di avere svolto un servizio ferroviario di almeno 8 milioni di chilometri nell'ultimo quinquennio.

Di qui l'immediata impugnazione delle predette clausole da parte dell'operatore economico, ritenute **lesive del principio di massima partecipazione alle gare, rendendo la partecipazione estremamente difficoltosa se non impossibile**.

Per comprendere le ragioni della decisione, è opportuno illustrare brevemente gli approdi nomofilattici in tema di impugnazione delle clausole del bando di gara.

Le coordinate generali sul punto sono date dall'**Adunanza Plenaria n. 4/2018**, che, al fine di individuare le modalità di impugnazione delle clausole della *lex specialis*, ha **valorizzato la nozione di interesse a ricorrere**, inteso quale **possibilità di ottenere una utilità concreta dall'eventuale accoglimento del ricorso**.

Dalla nozione di interesse a ricorrere, quale **lesione di una posizione soggettiva concreta** deriva, quale corollario, la **regola generale dell'impugnazione delle clausole del bando ritenute illegittime, unitamente agli atti applicativi delle medesime che costituiscono la concreta lesione della posizione soggettiva del privato**.

A tale regola, tuttavia, fanno **eccezione alcune clausole immediatamente escludenti, che non consentono la partecipazione alla gara o che impediscono la formulazione di un'offerta consapevole, sostenibile e lecita**. In tali ipotesi, per il privato, vi è un **onere di immediata impugnazione delle medesime, anche in assenza della presentazione della domanda di partecipazione, essendo leso l'interesse alla partecipazione stessa**.

In applicazione delle coordinate ermeneutiche sinteticamente tracciate il Consiglio di Stato ha ritenuto escludenti le clausole oggetto della vertenza, con conseguente onere di immediata impugnazione da parte del soggetto leso. In particolare, il Collegio ha ravvisato la natura escludente della clausola con cui si chiede, ai fini della partecipazione, la dimostrazione di aver svolto un servizio di almeno 8 milioni di chilometri nel quinquennio. Tale clausola, soprattutto per la peculiarità del settore, viola il principio della massima partecipazione alle gare, poiché consente solo agli attori di quel settore di godere del requisito esperienziale richiesto, limitando di fatto la platea degli offerenti. **La possibilità di ricorrere agli istituti dell'avvalimento e dell'RTI non è sufficiente a neutralizzare la portata escludente della clausola, posto che l'utilizzo di tali strumenti rappresenta una scelta discrezionale dell'operatore economico**.

La pronuncia, sempre nel solco tracciato dall'Adunanza Plenaria n. 4/2018, è estremamente interessante anche in relazione alla **portata escludente attribuita ad atti di natura esecutiva**, quali i titoli abilitativi, contenuti nella modifica dell'avviso di preinformazione. Nel caso di specie, erano state apportate rilevanti modifiche al predetto avviso e la pubblicazione del bando era avvenuta in un arco temporale ristretto. La finalità della preinformazione è quella di consentire ai potenziali operatori economici di attivarsi nei termini per essere pronti

alla gara. Nel caso esaminato, il notevole incremento della durata del contratto e dell'oggetto delle prestazioni richieste ha determinato una maggiore gravosità dei requisiti di partecipazione, che devono essere avvinti da un **nesso di proporzionalità con l'entità delle prestazioni da svolgere**. Il ritardo e l'immediata pubblicazione del bando determinano la difficoltà per gli operatori estranei al settore di ottenere le abilitazioni richieste, nella specie il certificato di sicurezza, considerando i tempi tecnici per il rilascio delle stesse. Tale situazione comporta un *vulnus* alla possibile partecipazione di operatori economici diversi dagli operatori di mercato. Per tale ragione, il ritardo nella rettifica dell'avviso di preinformazione può assumere carattere lesivo.

In sintesi, quindi, per il Collegio **l'avere fissato dei termini che, sostanzialmente impediscono o rendono estremamente difficile ottenere il rilascio di un certificato in tempo utile per la sottoscrizione del contratto, si traduce in un requisito di partecipazione con carattere escludente.**

Pubblicato il 04/08/2025

N. 06880/2025REG.PROV.COLL.

N. 03383/2025 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Sesta)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 3383 del 2025, proposto da Provincia Autonoma di Bolzano e ACP – Agenzia per i Contratti Pubblici, in persona dei rispettivi legali rappresentanti pro tempore, rappresentate e difese dagli avvocati Pierluigi Mantini, Alexandra Roilo, Patrizia Pignatta, Cristina Bernardi e Michele Purrello, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

**contro**

Arriva Italia S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Danilo Tassan Mazzocco e Stefano Bombelli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

***per la riforma***

della sentenza del T.R.G.A. - Sezione Autonoma di Bolzano n. 82 del 25 marzo 2025.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Arriva Italia S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore, nell'udienza pubblica del giorno 10 luglio 2025, il Cons. Roberto Caponigro e, uditi per le parti, gli avvocati Pierluigi Mantini, Alexandra Roilo, Stefano Bombelli e Alfonso Polillo, quest'ultimo per delega dell'avvocato Danilo Tassan Mazzocco;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

**FATTO e DIRITTO**

1. L'Agenzia per i Contratti Pubblici, su incarico della Provincia Autonoma di Bolzano, ha indetto, con bando di gara pubblicato nel supplemento della Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea del 16 agosto 2024, una procedura aperta per l'affidamento del servizio pubblico locale ferroviario di competenza della Provincia Autonoma di Bolzano per il periodo 2025-2039.

Il criterio di aggiudicazione della gara è stato individuato nell'offerta economicamente più vantaggiosa, con un peso di 35 punti per la qualità e di 65 punti per il prezzo, con un importo a base d'asta di € 1.610.519.638,60.

La Arriva Italia s.r.l., con ricorso introduttivo del giudizio e motivi aggiunti, ha impugnato dinanzi al TRGA – Sezione Autonoma di Bolzano talune clausole della disciplina di gara ritenendole immediatamente escludenti e lesive del principio della più ampia partecipazione e della par condicio ed il Tar, con la sentenza n. 82 del 13 marzo 2023, ha accolto, nei termini di cui in motivazione, le azioni di annullamento e, per l'effetto, ha annullato i provvedimenti impugnati.

2. Di talché, la Provincia Autonoma di Bolzano e l'Agenzia per i Contratti Pubblici hanno interposto il presente appello, articolando le doglianze così sintetizzate:

1. *Riproposizione dell'eccezione generale di inammissibilità e/o improcedibilità del ricorso non*

*scrutinata dal Giudice di prime cure.*

L'eccezione, non scrutinata dal primo giudice, è riproposta con richiamo agli atti depositati in primo grado e, in particolare, alla memoria di costituzione del 4 ottobre 2024.

## *2. Sul capo 3 in diritto della sentenza impugnata*

*Error in iudicando, manifesta ingiustizia per aver accolto il primo motivo di ricorso in primo grado in ordine all'accoglimento delle censure afferenti al presunto mancato rispetto degli oneri di pubblicità e trasparenza imposti dal Regolamento CE 1370/2007 – Violazione e falsa applicazione dell'art. 7, paragrafo 2 del Regolamento CE n. 1370/2007 – Eccesso di potere per manifesto sviamento ed erronea rappresentazione dei fatti e valutazione dei presupposti. Contraddittorietà e insufficiente motivazione.*

La sentenza di primo grado sarebbe anzitutto erronea nella parte in cui ha acriticamente accolto le doglianze di Arriva Italia S.r.l. afferenti all'asserito mancato rispetto degli oneri di pubblicità e trasparenza imposti dal Regolamento CE 1370/07.

Diversamente, la previsione di cui all'art. 7 del Regolamento CE 1370/07 sarebbe stata pienamente rispettata dalla Stazione appaltante, atteso che l'originario avviso di preinformazione risale ad oltre un anno prima rispetto alla pubblicazione del bando di gara e conterrebbe tutte le informazioni prescritte dalla normativa di riferimento.

Le rettifiche successive, pur di elementi essenziali, ai sensi della norma comunitaria, non pregiudicherebbero la data di avvio dell'aggiudicazione diretta o del bando di gara.

## *3. Ulteriormente sul capo 3 in diritto della sentenza impugnata*

*Error in iudicando, manifesta ingiustizia per aver accolto il primo motivo di ricorso in primo grado in ordine alle censure afferenti alla presunta incongruità dei termini per la presentazione delle offerte e di avvio del servizio – Violazione e falsa applicazione dell'art. 7 paragrafo 2, nonché del considerando 29 del Regolamento CE n. 1370/2007. Violazione e falsa applicazione delle Misure 19 e 23, Allegato A alla delibera ART n. 154/2019. Violazione e falsa applicazione della lex specialis di gara – Eccesso di potere per manifesto sviamento ed erronea rappresentazione dei fatti e valutazione dei presupposti. Contraddittorietà e insufficiente motivazione. Omessa pronuncia.*

Il Giudice di primo grado ha ritenuto che il tempo intercorrente tra il termine per la presentazione delle offerte e la data di avvio del servizio non sarebbe stato congruo per permettere all'operatore economico di munirsi dei titoli abilitativi necessari per l'esecuzione del servizio, prospettando che la Stazione appaltante avrebbe trasformato un requisito di esecuzione in un requisito di partecipazione.

La Stazione appaltante, contrariamente a quanto ritenuto dal primo giudice, non avrebbe richiesto che il possesso dei titoli autorizzativi debba realizzarsi "in vista della presentazione dell'offerta", ma avrebbe chiaramente rispettato quanto disposto da A.R.T. e richiesto in sede

di gara unicamente la dichiarazione di impegno all'acquisizione dei titoli in tempo utile.

L'Amministrazione, in altri termini, non avrebbe in alcun modo richiesto l'acquisizione dei titoli prima dell'aggiudicazione, essendo del tutto chiari a tale riguardo, in particolare, sia il disciplinare di gara, sia il capitolato speciale.

Il punto 5 della Misura 19 A.R.T., nel richiedere l'impegno in fase di gara ed il successivo possesso dei titoli, non avrebbe individuato alcun riferimento temporale per l'eventuale attivazione delle procedure di rilascio dei titoli autorizzativi da parte dell'operatore economico. In tale prospettiva, non sarebbe neppure prevista una imposizione in capo alle Stazioni appaltanti di prevedere la possibilità di attivazione solo a partire dall'aggiudicazione.

Gli operatori economici che intendono partecipare alla gara non andrebbero esenti da doveri di diligenza in ordine ad un'attivazione tempestiva per la preparazione alla gara e per la predisposizione dell'offerta e, d'altra parte, tutte le gare richiedono una preparazione, che, logicamente, aumenta con l'incremento della complessità dell'affidamento e della gara stessa.

Deve anche considerarsi come le procedure di affidamento, pur nel rispetto dei principi di massima apertura al mercato e non discriminazione, si rivolgono ad operatori economici professionali, in possesso di determinate capacità e competenze, cui va ascritto un onere di diligenza alla stregua di un agente modello al quale è richiesto un certo impegno e una certa serietà nella preparazione alla procedura di affidamento.

La vigente disciplina confermerebbe la tesi delle Amministrazioni appellanti in ordine al fatto che l'attivazione per ottenere il rilascio o l'aggiornamento dei titoli abilitativi non richiede la qualifica di soggetto aggiudicatario della procedura di gara.

L'attivazione per l'ottenimento dei titoli in tempo utile non rappresenterebbe, come erroneamente ritenuto dalla sentenza impugnata, una misura impositiva ai fini della partecipazione, in quanto non avrebbe incidenza sulla partecipazione in sé, non la impedirebbe e non integrerebbe alcun elemento escludente, ma richiederebbe, più semplicemente, che l'operatore economico consideri il proprio status di soggetto professionale e si organizzi per tempo.

Sarebbe erronea la tesi del Giudice di prime cure secondo cui solo il soggetto aggiudicatario sarebbe abilitato a richiedere il certificato di sicurezza in quanto esso solo avrebbe la disponibilità giuridica dei mezzi.

La lettura delle procedure di rilascio del certificato di sicurezza e della licenza ferroviaria farebbero comprendere come entrambi i gestori attuali sono tenuti ad aggiornare i propri titoli abilitativi, anche solo in virtù del diverso materiale rotabile che entrerà in servizio con il nuovo affidamento rispetto a quello ancora attualmente utilizzato.

Sarebbe pacifico che le procedure di gara richiedano in capo ai concorrenti la sopportazione di alcuni oneri e costi (si pensi alla garanzia provvisoria) i quali, peraltro, nel caso di specie, non

sarebbero stati nemmeno dimostrati da Arriva Italia, se non paventati in termini del tutto generici e pretestuosi.

Non potrebbe ritenersi incomprensibile o sproporzionato, come erroneamente indica la sentenza impugnata, pensare che un operatore economico professionale, serio ed interessato all'affidamento, si attivi tempestivamente per avere il possesso dei titoli abilitativi all'espletamento del servizio in tempo utile per il relativo avvio.

Rientrerebbe nella ratio delle gare pubbliche che la partecipazione non fornisce garanzie di aggiudicazione, mentre i costi di partecipazione sono intrinsecamente aleatori.

La documentazione di gara sarebbe stata cambiata ed il nuovo meccanismo di differimento dei termini per l'avvio del servizio, contrariamente a quanto specificato dalla sentenza impugnata, sarebbe idoneo a superare le contestazioni avversarie sui tempi di avvio del servizio.

In particolare, il disciplinare di gara nella versione modificata prevede, sulla durata del contratto (p. 7), che: "Il servizio ha durata di 15 (quindici) anni per il periodo 03.06.2025 - 02.06.2040, oppure per il periodo necessario per gli adempimenti normativamente previsti per la stipula e l'avvio del servizio, come meglio precisato in parte III, punto 5".

La documentazione di gara, in seguito alle modifiche mostrerebbe un grado di flessibilità molto più elevato di quello ravvisato nella sentenza impugnata, permettendo di adattare, anche dopo l'aggiudicazione, l'avvio del servizio pure in ragione dei tempi tecnici necessari all'operatore economico, purché ciò non dipenda da una sua totale imputabilità, ovvero da una sua colpevole inerzia.

La documentazione di gara, quindi, non conterrebbe elementi che si possano definire direttamente escludenti.

#### 4. Sul capo 5 in diritto della sentenza impugnata

*Error in iudicando, manifesta ingiustizia per aver accolto il terzo motivo di ricorso in primo grado in ordine alle censure afferenti all'asserita illegittima introduzione nel Disciplinare di gara di requisiti ulteriori rispetto a quanto rinvenibile nella Relazione di affidamento – Violazione e falsa applicazione della Misura n. 19 della Delibera A.R.T. n. 154/2019. Violazione e falsa applicazione dell'art. 37, D.L. n. 201/2011. Violazione e falsa applicazione dell'art. 34, comma 2, c.p.a., nella parte in cui non consente al giudice di pronunciare su poteri non ancora esercitati. Violazione del principio di separazione dei poteri – Eccesso di potere per manifesto sviamento ed erronea rappresentazione dei fatti e valutazione dei presupposti. Contraddittorietà e insufficiente motivazione.*

Il Giudice avrebbe fatto automaticamente (ed espressamente) dipendere l'esistenza di una clausola immediatamente escludente dalla sola e mera circostanza che la Stazione appaltante non avrebbe motivato le ragioni, in punto di ragionevolezza e di proporzionalità, che l'hanno condotta all'introduzione del requisito aggiuntivo e che, di conseguenza, ad A.R.T. sarebbe stata preclusa la possibilità di esprimere, ai sensi della Misura n. 19 della Delibera A.R.T. n.

154/2019, il proprio apprezzamento sulla previsione chilometrica.

Tuttavia, il carattere immediatamente escludente o meno di una previsione dipenderebbe unicamente dalla sua struttura e dal suo contenuto oggettivo, senza che esso (i.e. il carattere escludente) possa subire condizionamenti di alcun tipo dall'intervento (o mancato intervento) di un'Autorità amministrativa che abbia o meno avuto modo di esprimere sulla previsione medesima il proprio apprezzamento di merito.

L'organo giudicante di primo grado, inoltre, non avrebbe in alcun modo tenuto conto dell'art. 37, comma 2, lett. f), del D.L. n. 201/2011, che espressamente attribuisce ad A.R.T., relativamente al trasporto ferroviario regionale, il potere di verificare il contenuto dei bandi di gara ai fini di accertare l'assenza di profili di irragionevolezza e di discriminazione delle condizioni ivi contenute.

Il Giudice, nel dichiarare l'illegittimità del requisito chilometrico, in quanto asseritamente escludente, afferma, in termini del tutto apodittici, che il suo inserimento si sarebbe risolto, in primis, in una barriera all'ingresso per tutti gli operatori economici del settore diversi dal gestore uscente e che, in secundis, l'introduzione del medesimo negli atti di gara non sarebbe da considerarsi una richiesta di carattere neutro, rendendo per contro la partecipazione incongruamente difficoltosa se non addirittura impossibile considerate le peculiarità del settore.

Lo stesso disciplinare di gara indicherebbe, per coloro che singolarmente non siano in grado di soddisfare il requisito, lo strumento giuridico a tale scopo utilizzabile, per cui emerge con chiarezza (e per tabulas) l'insussistenza della paventata barriera all'ingresso; gli atti di gara, in altri termini, indicherebbero gli strumenti che consentono di estendere la platea degli operatori economici partecipanti.

La contraddittorietà e l'illegittimità della sentenza impugnata consisterebbero nel fatto che, da un lato, il Giudice sottolinea l'esistenza di un potere di apprezzamento, evidentemente discrezionale e, nel caso di specie, asseritamente non esercitato, in merito alla ragionevolezza e proporzionalità del requisito chilometrico, spettante all'Autorità amministrativa che regola il settore (A.R.T.), mentre, dall'altro, e vertendosi in sede di giurisdizione di legittimità, il medesimo (i.e. il Giudice), per di più senza compiere alcun tipo di accertamento istruttorio, dichiara irragionevole e sproporzionato, nonché tout court preclusivo della partecipazione, il requisito medesimo, con ciò sostituendosi, in palese violazione del principio di separazione dei poteri, all'Autorità amministrativa competente in quella che è una valutazione tanto discrezionale quanto tipicamente afferente al merito amministrativo, potere valutativo peraltro espressamente attribuito dal legislatore ad A.R.T. e, di conseguenza, precluso all'organo giudicante.

Il giudice di primo grado ometterebbe di dare conto delle ragioni per le quali il requisito chilometrico sarebbe, in concreto, irragionevole e sproporzionato, laddove il quantitativo chilometrico richiesto sarebbe indubbiamente proporzionato e ragionevole visti la consistenza e l'estrema importanza dell'affidamento, nonché l'interesse pubblico perseguito.

La natura escludente del requisito non sarebbe stata dichiarata sulla base di una valutazione e

di un accertamento, condotto in una prospettiva ex ante, focalizzato unicamente sulla struttura e sull'oggettivo contenuto della clausola, quanto piuttosto sulla base di un'argomentazione che, in una prospettiva ex post, tenterebbe di trovare conferme dal mero fatto compiuto ovvero da un fattore del tutto variabile, mutevole e privo di oggettività, quale il numero e l'identità dei partecipanti alla procedura di affidamento.

3. Arriva Italia s.r.l. ha eccepito, in relazione a più profili, l'inammissibilità del motivo di appello con cui è stata riproposta l'eccezione di inammissibilità e improcedibilità del ricorso, non scrutinata in primo grado.

In primo luogo, il motivo sarebbe inammissibile per genericità, dovendo l'atto di appello essere autosufficiente e tale da far comprendere le doglianze articolate, sicché non sarebbe sufficiente la riproposizione dei motivi di impugnazione non esaminati attraverso un mero richiamo per relationem agli atti del giudizio di primo grado.

Le Amministrazioni, inoltre, avendo in realtà la sentenza di primo grado esaminato l'eccezione sulla asserita natura non escludente delle clausole impugnate, non avrebbero potuto limitarsi alla riproposizione ex art. 101, comma 2, c.p.a., ma avrebbero dovuto articolare specifiche censure.

La Società appellata, nel merito, ha analiticamente contestato la fondatezza delle censure dedotte, concludendo per il rigetto dell'appello.

Arriva Italia ha altresì riproposto le seguenti domande ed eccezioni dichiarate assorbite e, quindi, non esaminate in primo grado:

- la rettifica disposta dalla stazione appaltante in data 5 dicembre 2024 sarebbe illegittima anche in ragione del mancato rispetto in relazione alla stessa delle garanzie di pubblicità applicate per la pubblicazione del bando;
- in via subordinata all'accoglimento dell'azione di annullamento, ha chiesto la condanna delle Amministrazioni al risarcimento per equivalente dell'ingiusto danno subito.

4. Le parti hanno depositato altre approfondite memorie a sostegno ed illustrazione delle rispettive difese.

5. All'udienza pubblica del 10 luglio 2025, la causa è stata trattenuta per la decisione.

6. In limine, deve essere disattesa l'eccezione di inammissibilità del primo motivo di appello concernente la riproposizione dell'eccezione di inammissibilità o improcedibilità del ricorso di prime cure.

6.1. Infatti, occorre convenire con l'appellata che in appello sono inammissibili le censure proposte attraverso un semplice richiamo agli atti di primo grado, senza che ne venga trascritto il testo in modo da poter individuare con certezza di quali censure effettivamente si tratti.

Siffatta modalità di esposizione dei motivi di ricorso, definita per relationem, per il rinvio ad altro atto allo scopo di integrazione delle ragioni di critica, si pone infatti in contrasto con il principio di specificità dei motivi (in termini, tra le tante, Cons. Stato, V, 22 maggio 2025, n. 4423; Cons. Stato, IV, 28 agosto 2024, n. 7294). Ancora più in dettaglio, per costante giurisprudenza, non è sufficiente la proposizione dei motivi di impugnazione mediante richiamo per relationem agli atti di primo grado, atteso che, ai sensi dell'art. 101 cod. proc. amm., l'atto di appello deve contenere le specifiche censure avverso la sentenza impugnata ed è quindi inammissibile il mero richiamo alle censure prospettate con il ricorso di primo grado (Cons. Stato, IV, 1° luglio 2015, n. 3256).

6.2. Tuttavia, le eccezioni di inammissibilità e di improcedibilità formulate possono essere rilevate d'ufficio anche in grado di appello, sicché non assume alcun significato che le stesse non siano state ritualmente proposte.

6.3. Le eccezioni in rito di inammissibilità (o improcedibilità) del ricorso di primo grado, peraltro, sono infondate.

L'inammissibilità del ricorso di primo grado è stata prospettata con riferimento alla natura non escludente delle clausole di gara contestate ed alla carenza delle condizioni soggettive dell'azione per non avere Arriva Italia proposto domanda di partecipazione alla gara nonostante il differimento del dies ad quem per la presentazione della stessa.

Al fine di delibare compiutamente le questioni, occorre lumeggiare alcuni concetti di carattere generale sulla natura escludente delle clausole di una disciplina di gara.

L'impresa che non abbia presentato la domanda di partecipazione alla gara non è legittimata ad impugnare clausole del bando che non siano "escludenti", dovendosi con tale predicato intendersi quelle che con assoluta certezza gli precludano l'utile partecipazione (cfr. Ad. Plenaria Cons. Stato n. 4 del 2018).

Diversamente, la presenza di clausole immediatamente escludenti legittima chi non partecipa alla procedura pubblica all'impugnazione dei relativi atti.

L'Adunanza plenaria del 26 aprile 2018, n. 4, infatti, ha affermato il seguente principio di diritto: *"le clausole del bando di gara che non rivestano portata escludente devono essere impugnate unitamente al provvedimento lesivo e possono essere impugnate unicamente dall'operatore economico che abbia partecipato alla gara o manifestato formalmente il proprio interesse alla procedura"*, chiarendo, peraltro, che sono immediatamente impugnabili, anche dall'operatore economico che non partecipi alla gara, le clausole aventi effetti "immediatamente escludenti".

Di talché, al fine di verificare se le stesse siano effettivamente presenti nella fattispecie in esame, è essenziale individuare le caratteristiche delle clausole immediatamente escludenti.

L'evoluzione giurisprudenziale ha portato a considerare escludenti, oltre a quelle che impediscono oggettivamente all'impresa l'utile partecipazione, le clausole che impongono, ai

fini della partecipazione, oneri assolutamente incomprensibili o manifestamente sproporzionati ai caratteri della gara e che comportino sostanzialmente l'impossibilità per l'interessato di accedere alla gara ed il conseguente arresto procedimentale, per cui sono state considerate "immediatamente escludenti", e quindi da impugnare immediatamente, (anche) clausole non afferenti ai requisiti soggettivi in quanto volte a fissare restrittivamente i requisiti di ammissione, ma attinenti alla formulazione dell'offerta, sia sul piano tecnico che economico laddove esse rendano (realmente) impossibile la presentazione di una offerta.

In definitiva, sono immediatamente impugnabili soltanto le clausole del bando preclusive della partecipazione o tali da impedire con certezza la stessa formulazione di un'offerta attendibile.

La clausola immediatamente escludente, in altri termini, è la previsione di gara che preclude oggettivamente e senza margini di opinabilità la partecipazione alla impresa che la contesta o che impedisce la formulazione di una seria offerta.

Tali clausole possono essere autonomamente impugnate in quanto sarebbe del tutto inutile ed antieconomico differire la presentazione del ricorso al provvedimento di esclusione dalla gara del soggetto che ha presentato domanda pur sapendo di non poter essere ammesso alla stessa in ragione della relativa disciplina.

6.4. Nella fattispecie in esame, ha certamente natura escludente la clausola che impone tra i requisiti di partecipazione alla gara "avere svolto complessivamente a partire dall'01.01.2019 servizi ferroviari di trasporto pubblico di persone per un volume minimo non inferiore a 8 milioni di chilometri" e ciò in quanto Arriva Italia, all'udienza del 10 luglio 2025, ha precisato di essere priva di tale requisito, sicché la previsione di gara determina una oggettiva preclusione alla sua utile partecipazione.

Analogamente anche la contestazione della clausola contenente la originaria data di avvio del servizio (successivamente prorogata), in ragione della esigua distanza di tempo dal termine ultimo per la presentazione delle offerte, si traduce di fatto, per quanto di vedrà infra, in una clausola verosimilmente impeditiva di una utile partecipazione e, comunque, costituisce una regola che rende la partecipazione incongruamente difficoltosa o addirittura impossibile (cfr., sul tema generale, Cons. St., Ad.Plen., n. 3 del 2001).

Di talché, il ricorso di primo grado si rivela complessivamente ammissibile, atteso che la presenza di clausole immediatamente escludenti legittima chi non ha presentato domanda di partecipazione all'impugnazione degli atti di gara, di fatto o di diritto, preclusivi alla partecipazione stessa (cfr., sul tema in discorso, tra le tante, Cons. Stato, V, 21 febbraio 2025, n. 1456).

In conclusione, considerato anche che la prima questione dedotta afferisce al rispetto degli obblighi di preinformazione, da ritenere strumentale rispetto alle clausole di gara contestate, il ricorso di primo grado è ammissibile con riferimento a tutti e tre i vizi proposti, esaminati ed accolti in primo grado.

Le clausole impugnate, in altri termini, sono o possono essere ritenute immediatamente

escludenti, con conseguente legittimazione alla proposizione del gravame dell'operatore economico che non ha presentato domanda di partecipazione alla gara, per cui il primo motivo di appello deve essere disatteso.

7. Nel merito, l'appello è infondato e va di conseguenza respinto.

8. Il Collegio, al fine di procedere ad una più approfondita disamina delle censure dedotte, ritiene opportuno sintetizzare le ragioni sistemiche a base della normativa europea e nazionale sulla contrattualistica pubblica.

La pubblica amministrazione - ad eccezione delle ipotesi di affidamento diretto, quando eccezionalmente consentito dalla legge, o di affidamento in house - non è libera di scegliere il proprio contraente, ma deve individuare il "giusto contraente", vale a dire il "miglior contraente" in esito ad un apposito procedimento ad evidenza pubblica.

Il corpus normativo di disciplina dell'evidenza pubblica era originariamente costituito dalla legge di contabilità di Stato, R.D. 18 novembre 1923, n. 2440, e dal suo regolamento di attuazione, R.D. 23 maggio 1924, n. 827, ed era finalizzato alla individuazione del contraente in grado di offrire le migliori prestazioni e garanzie alle condizioni più vantaggiose, per cui la ratio della normativa sull'evidenza pubblica era volta esclusivamente al controllo della spesa pubblica per il miglior utilizzo del denaro della collettività (cd. concezione contabilistica).

A tale esigenza di tutela degli interessi pubblici si è aggiunta, sotto la pressante spinta dei principi e delle direttive comunitarie, l'esigenza di tutela della libertà di concorrenza e di non discriminazione tra le imprese.

Di talché, la concorrenzialità nell'aggiudicazione, che ha la sua stella polare nel principio di massima partecipazione alla gara delle imprese in possesso dei requisiti richiesti, in origine funzionale al solo interesse finanziario dell'amministrazione, nel senso che la procedura competitiva tra imprese era, ed è, ritenuta la modalità più efficace per garantire la migliore spendita del denaro pubblico, è diventata un'espressione dell'ondata neoliberista degli ultimi decenni dello scorso secolo, che ha portato le autorità comunitarie a prendere in considerazione - ai fini della tutela della concorrenza, che dovrebbe garantire l'efficiente allocazione delle risorse sul mercato - l'impatto concorrenziale prodotto dalle amministrazioni pubbliche in qualità di committenti o di concedenti, per cui ogni singola gara diviene uno specifico e temporaneo micromercato nel quale gli operatori economici del settore possono confrontarsi.

La compresenza della duplice esigenza volta alla tutela della concorrenza tra le imprese ed al buon uso del denaro della collettività è stata chiaramente delineata dalla giurisprudenza europea la quale, nel dichiarare che uno degli obiettivi della normativa comunitaria in materia di appalti pubblici è costituito dall'apertura alla concorrenza nella misura più ampia possibile e che è nell'interesse del diritto comunitario che venga garantita la più ampia partecipazione possibile di offerenti ad una gara d'appalto, ha aggiunto che siffatta apertura alla concorrenza è prevista non soltanto con riguardo all'interesse comunitario alla libera circolazione dei prodotti e dei servizi, ma anche nell'interesse stesso dell'amministrazione aggiudicatrice che

può disporre in tal modo di un'ampia scelta circa l'offerta più vantaggiosa e più rispondente ai bisogni della collettività pubblica interessata (cfr ex multis: sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, Quarta Sezione, 23 dicembre 2009, nel procedimento C-305/08).

Le due finalità fondamentali dell'evidenza pubblica, quindi, dovrebbero coesistere ed il principio del favor participationis alla singola gara dovrebbe essere lo strumento essenziale per il contemporaneo perseguimento di entrambe.

In tale scenario, all'interno della tutela della libertà di concorrenza, si aggiunge un ulteriore ed autonomo obiettivo di politica economica e sociale e cioè la tutela delle piccole e medie imprese.

Lo strumento individuato dal legislatore per realizzare l'obiettivo di facilitare la partecipazione agli appalti pubblici delle piccole e medie imprese, in coerenza con quanto previsto dall'ordinamento sovranazionale (in numerosi considerando della direttiva 2024/24/UE è presente il tema del favor per la partecipazione alle gare delle piccole e medie imprese), è la suddivisione degli appalti in lotti, introdotto, in modo più "timido", dal d.lgs. n. 163 del 2006 e poi, in maniera più significativa, dal d.lgs. n. 50 del 2016 e dal d.lgs. n. 36 del 2023 attualmente vigente.

In particolare, i primi due commi dell'art. 58 del d.lgs. n. 36 del 2023 stabiliscono che:

*"1. Per garantire la effettiva partecipazione delle micro, delle piccole e delle medie imprese, anche di prossimità, gli appalti sono suddivisi in lotti funzionali, prestazionali o quantitativi in conformità alle categorie o specializzazioni nel settore dei lavori, servizi e forniture.*

*2. Nel bando o nell'avviso di indizione della gara le stazioni appaltanti motivano la mancata suddivisione dell'appalto in lotti tenendo conto dei principi europei sulla promozione di condizioni di concorrenza paritarie per le piccole e medie imprese. Nel caso di suddivisione in lotti, il relativo valore deve essere adeguato in modo da garantire l'effettiva possibilità di partecipazione da parte delle microimprese, piccole e medie imprese".*

Va da sé che alla più ampia ripartizione in lotti corrisponde un minore perimetro territoriale o prestazionale, sicché maggiore sarà il numero atteso dei partecipanti alla procedura in ragione della previsione di requisiti di ammissione meno stringenti.

L'efficacia dell'attività di una centrale di committenza, ma lo stesso può dirsi per ogni stazione appaltante di notevoli dimensioni, risiede nella capacità di trovare il giusto equilibrio tra i suoi obiettivi primari, in particolare la razionalizzazione della spesa e l'efficienza dei processi di acquisto, ed il rispetto delle dinamiche del mercato e della concorrenza, ivi compresa la necessità di favorire la partecipazione ed accrescere le possibilità di aggiudicazione per le PMI.

In un'ottica temporale non di brevissimo periodo, infatti, solo dalla possibilità che le gare siano aggiudicate ad imprese diverse dai players di mercato può conseguire un ulteriore impulso all'apertura della concorrenza, atteso che solo in tal mondo diviene possibile per le imprese

che non ne sono ancora in possesso di acquisire le qualificazioni ed i requisiti necessari alla partecipazione ad un numero sempre più ampio di competizioni.

In altri termini, se l'aggiudicazione delle gare andasse costantemente alle stesse imprese di rilevanti dimensioni, il mercato non riuscirebbe mai ad aprirsi ad altri competitori in grado di contrastare gli attuali players e ciò potrebbe ridondare in un funzionamento del mercato tale da vulnerare anche l'interesse delle amministrazioni aggiudicatrici ad ottenere la migliore offerta tra quelle possibili.

Diversamente, una maggiore partecipazione delle imprese alle gare consentirebbe alle amministrazioni aggiudicatrici di allargare il numero dei potenziali contraenti e di ridurre l'incidenza degli operatori maggiori, con conseguenze vantaggiose in tema di concorrenzialità se non nel breve, certamente nel medio e lungo periodo.

In definitiva, la struttura competitiva del mercato, attraverso la possibile partecipazione alle gare di un sempre maggior numero di imprese, in un'ottica di medio lungo periodo, tende a rafforzarsi, impedendo che il mercato rilevante di riferimento sia dominato da poche grandi imprese.

Il nuovo codice (d. lgs. n. 36 del 2023), infatti, attraverso la codificazione dei principi mira a realizzare, fra gli altri, i seguenti obiettivi:

a) ribadire che la concorrenza è uno strumento il cui fine è realizzare al meglio l'obiettivo di un appalto aggiudicato ed eseguito in funzione del preminente interesse della committenza (e della collettività) (cfr. art. 1, comma 2);

b) accentuare e incoraggiare lo spazio valutativo e i poteri di iniziativa delle stazioni appaltanti, per contrastare, in un quadro di rinnovata fiducia verso l'azione dell'amministrazione, il fenomeno della cd. "burocrazia difensiva", che può generare ritardi o inefficienze nell'affidamento e nell'esecuzione dei contratti (cfr. art. 2, comma 2).

Il comma 2, dell'art. 1 del d.lgs. n. 36 del 2023 enuncia il valore funzionale della concorrenza e della trasparenza, che sono tutelate non come mero fine, ma, più correttamente, come mezzo in vista del raggiungimento del risultato.

Tuttavia, il transito della concorrenza da fine a mezzo per il conseguimento del risultato va correttamente inteso, nel senso che, se un "risultato" può essere realizzato meglio in "autoproduzione" (con risorse proprie o attraverso l'affidamento in house), la P.A. lo può (e forse lo deve) fare, perché il suo compito è curare gli interessi della collettività, che non necessariamente coincidono con la sollecitazione proconcorrenziale degli interessi economici delle imprese a competere per avere un contratto, ma, se l'Amministrazione sceglie di andare sul mercato, le regole della concorrenza devono essere rigorosamente rispettate.

In tal caso, vale a dire quando, come nel caso di specie, l'Amministrazione decide di ricorrere al mercato, il principio della massima partecipazione alla gara (cd. favor participationis), i cui presupposti sono la par condicio e la non discriminazione tra gli operatori economici del

settore, costituisce la stella polare del sistema normativo europeo e nazionale in materia di contratti pubblici.

La concorrenza per il mercato, infatti, rappresenta un interesse strategico di rango europeo e costituzionale.

In tale ottica, l'art. 3 del nuovo codice sancisce il principio dell'accesso al mercato che le stazioni appaltanti e gli enti concedenti devono garantire agli operatori economici, secondo le modalità indicate dal codice e attraverso il rispetto dei principi generali dell'azione amministrativa, che deve essere improntata alla correttezza, all'imparzialità e alla non discriminazione, alla pubblicità e alla trasparenza, nonché alla proporzionalità.

Il principio in questione risponde all'esigenza di garantire la conservazione e l'implementazione di un mercato concorrenziale, idoneo ad assicurare agli operatori economici pari opportunità di partecipazione e, quindi, di accesso alle procedure ad evidenza pubblica destinate all'affidamento di contratti pubblici (cfr. relazione del Consiglio di Stato sullo schema del codice dei contratti pubblici del 2023).

L'imparzialità e la non discriminazione, che per la loro stretta complementarità sono richiamate "in coppia", quasi come si trattasse di un'endiadi, hanno un diretto fondamento nell'art. 97 Cost. e nei principi europei in materia di tutela della concorrenza e libera circolazione e rappresentano principi che, calati nella fase di affidamento dei contratti pubblici, impongono alle stazioni appaltanti e agli enti concedenti di assicurare la parità di trattamento fra gli operatori economici, contribuendo anch'essi al conseguimento del miglior risultato possibile nell'affidamento e nell'esecuzione dei contratti pubblici.

La pubblicità e la trasparenza, a loro volta richiamati "in coppia" per segnalarne la complementarità, impongono alle stazioni appaltanti e agli enti concedenti di rendere quanto più visibile e controllabile dall'esterno il proprio operato con lo scopo sia di permettere una valutazione sulla legalità dell'azione amministrativa sia di incentivare la partecipazione degli operatori economici alle procedure di evidenza pubblica.

La proporzionalità, in generale, richiede alle stazioni appaltanti e agli enti concedenti di adottare, nell'esercizio della loro potere discrezionale, la soluzione più congrua che comporti il minor sacrificio possibile di tutti gli interessi, pubblici e privati, coinvolti.

In particolare, il principio di proporzionalità nella fase di accesso al mercato obbliga le stazioni appaltanti e gli enti concedenti a predisporre la documentazione di gara in modo tale da permettere la maggiore partecipazione possibile tra gli operatori economici, soprattutto di piccole e medie dimensioni (v. considerando 3 direttiva n. 24/2014/UE).

9. Con il secondo motivo di appello, il primo concernente il merito della controversia, le appellanti hanno censurato l'accertata violazione degli obblighi di preinformazione.

Le censure non sono persuasive.

Il regolamento (CE) n. 1379/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio, relativo ai servizi pubblici di trasporto di passeggeri su strada e per ferrovia, al considerando n. 29 prevede che *“Ai fini dell’aggiudicazione dei contratti di servizio pubblico, ad eccezione delle misure di emergenza e dei contratti relativi a distanze limitate, le autorità competenti dovrebbero adottare le necessarie misure per pubblicizzare, con almeno un anno di anticipo, il fatto che intendono aggiudicare tali contratti così da consentire ai potenziali operatori del servizio pubblico di attivarsi”*.

L’art. 7, comma 2, del detto Regolamento (CE) stabilisce che *“Ciascuna autorità competente prende i provvedimenti necessari affinché, almeno un anno prima dell’inizio della procedura di gara o un anno prima dell’aggiudicazione diretta del contratto, siano pubblicate nella Gazzetta Ufficiale dell’Unione europea, come minimo, le seguenti informazioni:*

- a) nome e indirizzo dell’autorità competente;*
- b) tipo di aggiudicazione previsto;*
- c) servizi e territori potenzialmente interessati dall’aggiudicazione;*
- d) data di inizio e durata.*

...

*Qualora dette informazioni cambino successivamente alla loro pubblicazione, l’autorità competente pubblica di conseguenza una rettifica al più presto. Tale rettifica non pregiudica la data di avvio dell’aggiudicazione diretta o del bando di gara”*.

L’avviso di preinformazione, pubblicato in data 8 novembre 2022, ha indicato nella Sezione II quale settori oggetto dei servizi di trasporto pubblico i “servizi di trasporto per ferrovia” e, nella descrizione dell’appalto, ha rappresentato che “la stima annuale della programmazione per il periodo 2025 – 2034 ammonta a circa 6,5 milioni per i primi anni per arrivare a circa 7,5 milioni di chilometri nel 2034” e che “la stima dell’importo annuale per l’effettuazione dei servizi ferroviari per il periodo 2025 – 2034 ammonta a circa 90 – 100 milioni di euro per i primi anni per arrivare a circa 130 milioni di euro nel 2034”.

La rettifica pubblicata in data 24 maggio 2024 ha introdotto quale classificazione aggiuntiva i “servizi di trasporto pubblico terrestre” ed ha specificato che “la stima della programmazione per il periodo 2025 – 2039 ammonta a circa 4,7 milioni per l’anno 2025, a circa 7 milioni di chilometri dal 2026 al 2034 e a circa 8,6 milioni di chilometri per il periodo 2035 – 2039. La stima dell’importo totale per l’effettuazione dei servizi ferroviari per il periodo 2025 – 2039 ammonta a circa 1.600 milioni di euro”.

Le “rettifiche” apportate, quindi, sono rilevanti, in quanto hanno determinato:

- l’estensione delle prestazioni da svolgere ai “servizi di trasporto pubblico terrestre”;

- l'aumento del 50% della durata dell'appalto;
- l'incremento di circa il 67% della programmazione chilometrica complessiva;
- l'incremento di circa il 60% della stima dell'importo globale per l'effettuazione dei servizi.

Inoltre, secondo quanto prospettato da Arriva Italia nella propria memoria di replica e non contraddetto, l'incremento del chilometraggio è stato previsto su linee che richiedono ancora un intervento infrastrutturale.

La rettifica pubblicata in data 5 giugno 2024, invece, non ha modificato gli elementi essenziali della gara.

Il bando di gara è stato pubblicato nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea il 16 agosto 2024.

La pubblicazione di modifiche così rilevanti, tali da mutare in maniera significativa l'oggetto del contratto, sarebbe dovuta avvenire con congruo anticipo rispetto alla pubblicazione del bando, la quale, invece, è avvenuta a distanza inferiore a tre mesi ed in periodo ferragostano.

Infatti, se la finalità della preinformazione, in coerenza con la complessiva ratio del sistema che si è evidenziata nel precedente capo 8, è quella di consentire ai potenziali operatori del servizio pubblico di attivarsi e, quindi, in definitiva, di favorire lo svolgimento di una effettiva concorrenza nel settore, è evidente che se gli elementi essenziali del contratto che la stazione appaltante ha l'intenzione di aggiudicare, soprattutto in una fattispecie di così elevata complessità tecnica e finanziaria, subiscono significative modificazioni, l'obbligo di "rettifica al più presto", di cui all'art. 7, comma 2, reg. (CE) n. 1370 del 2007, deve intendersi nel senso che la pubblicazione delle nuove informazioni deve essere effettuata in un termine ragionevole, affinché le imprese del settore possano essere pronte per la gara, costituendo in tal modo una reale sollecitazione agli operatori del mercato, il che non può dirsi, con conseguente violazione della ratio normativa, se le cospicue modifiche vengano pubblicate a meno di tre mesi (ad oltre un anno e mezzo dalla pubblicazione originaria) ed a ridosso del periodo estivo.

Va da sé che il notevole incremento della durata del contratto e dell'oggetto delle prestazioni richieste ha altresì l'effetto di determinare una maggiore gravosità dei requisiti di partecipazione, i quali devono essere avvinti da un nesso di proporzionalità con l'entità delle prestazioni da svolgere, con conseguente vulnus alla possibile partecipazione di operatori economici diversi dai players di mercato, per cui in questa prospettiva il ritardo nella pubblicazione delle modifiche può assumere carattere autonomamente, ancorché potenzialmente, lesivo.

Il relativo motivo d'appello, pertanto, è infondato.

10. Parimenti infondato è il successivo motivo con cui le appellanti hanno censurato le statuizioni del giudice di primo grado secondo cui la richiesta della documentazione tecnica

necessaria all'effettuazione del servizio si è in realtà tradotta in un requisito di partecipazione.

Il bando di gara ha originariamente previsto quale termine per il ricevimento delle offerte la data del 5 dicembre 2024; tale termine è stato successivamente differito al 6 febbraio 2025, con data fissata per l'avvio del servizio al 3 giugno 2025.

Ne consegue come il rilascio del certificato di sicurezza unico, sia pure previsto come requisito di esecuzione, costituisca in concreto un requisito di partecipazione e ciò nonostante la lex di gara richieda la mera dichiarazione di impegno a munirsi dei requisiti di esecuzione del servizio.

Infatti, le linee guida per il rilascio dei certificati di sicurezza unici di ANSFISA (Agenzia Nazionale per la Sicurezza delle Ferrovie e delle Infrastrutture Stradali e Autostradali), indicano che la domanda deve essere presentata preferibilmente 6 mesi e, comunque, non meno di 5 mesi prima della data di inizio prevista di qualsiasi nuova attività di trasporto ferroviario per la quale sia richiesto un nuovo certificato di sicurezza unico.

Pertanto, se è doveroso, come condivisibilmente rappresentato dalle appellanti, che ciascun concorrente ad una procedura di gara si attivi per tempo per approntare la necessaria documentazione e se è fisiologico che ciascun concorrente sopporti i costi della propria partecipazione, atteso che detti costi rientrano nella normale alea che caratterizza un confronto concorrenziale, in cui nessuna certezza può ragionevolmente aversi sulla futura aggiudicazione, nel caso di specie si presenta irragionevole pretendere che l'iter procedimentale volto ad ottenere il certificato di sicurezza unico debba addirittura ampiamente precedere il termine per la presentazione delle domande, atteso che, rispetto a tale termine, l'esecuzione delle prestazioni, che è necessariamente subordinata al possesso delle certificazioni richieste, è stato previsto per un momento antecedente al tempo che la stessa ANSFISA indica per procedere al rilascio della certificazione.

In altri termini, se si rivela plausibile che l'impresa si attivi per ottenere i requisiti di esecuzione una volta che, avendo deciso di concorrere, abbia presentato domanda di partecipazione alla gara, è viceversa irragionevole ritenere che l'avvio del procedimento per ottenere la essenziale certificazione debba precedere la stessa scelta dell'impresa sul se partecipare o meno alla gara.

Né può assumere rilievo che la lex specialis di gara, coerentemente con la misura 19, punto 5, allegato A alla delibera ART n. 154 del 2019, abbia richiesto il mero impegno degli offerenti ad ottenere in tempo utile i titoli amministrativi, atteso che l'illegittimità dell'azione amministrativa non risiede nell'aver disatteso formalmente tale previsione, ma nell'aver fissato dei termini che, sostanzialmente, impediscono o comunque rendono estremamente difficile ottenere il certificato di sicurezza in tempo utile per la sottoscrizione del contratto e l'avvio del servizio oggetto di gara.

In tal senso, il requisito di esecuzione del certificato di sicurezza, anche a voler prescindere dalla licenza ferroviaria relativamente alla quale la limitatezza dei tempi si presenta meno obiettivamente rilevabile, effettivamente si traduce in un requisito di partecipazione con

conseguente carattere escludente della previsione (l'avvio delle prestazioni in un arco temporale non adeguato rispetto al dies ad quem per la presentazione delle offerte) che pone un onere manifestamente sproporzionato ai caratteri della gara.

Tale tempistica procedimentale risulta altresì violativa del principio di par condicio tra i concorrenti, atteso che - anche volendo dare per assodato che, come precisato dalle appellanti, i titoli abilitativi dovessero essere aggiornati per i gestori uscenti (anche solo in virtù del diverso materiale rotabile che entrerà in servizio con il nuovo affidamento) – occorre ritenere che questi ultimi, proprio perché in costanza di svolgimento del servizio, sono comunque in possesso di informazioni tecniche maggiori e più ampie, verosimilmente idonee a rendere più agevole l'acquisizione dei certificati nei ristretti termini fissati dalla lex specialis di gara.

Peraltro, la tesi dell'appellata si rivela meritevole di attenzione anche laddove evidenzia che il certificato di sicurezza è disciplinato più in relazione ad un servizio effettivamente e concretamente da svolgere e sulla sua puntuale organizzazione, dovendo tenere conto di una serie di informazioni minime essenziali, che non in relazione ad un ipotetico servizio da svolgere, sicché sarebbe più adeguato che lo stesso sia richiesto, per l'esecuzione del servizio, al concorrente che, in quanto aggiudicatario della gara, ragioni in termini di concretezza ed effettività e non di mera astrattezza.

Ancora, occorre sottolineare che le proroghe sopravvenute di differimento dei termini non acquistano dirimente rilievo, in quanto, al fine di delibare la legittimità dell'azione amministrativa contestata, occorre evidentemente riferirsi alla congruità dei termini previsti al momento dell'introduzione del giudizio.

Né può escludersi l'illegittimità nella fissazione dei termini in discorso a seguito della modifica apportata all'art. 2-bis del capitolato, secondo cui "la Provincia, qualora non sussistano i tempi tecnici necessari all'avvio del servizio a causa del protrarsi dei tempi per motivi non imputabili all'aggiudicataria, proroga i contratti in essere con scadenza al 02.06.2025 e posticipa l'avvio del servizio per il tempo strettamente occorrente per l'avvio del servizio".

Tale previsione, infatti, nel richiedere per la sua operatività che i motivi del ritardo non siano imputabili all'aggiudicataria, non esclude la possibilità che la stazione appaltante consideri tardiva l'attivazione della richiesta di documentazione necessaria per l'esecuzione del servizio, con applicazione dei conseguenti rimedi contrattuali e delle eventuali penali.

11. L'ultimo motivo, relativo ai requisiti di partecipazione alla gara, è anch'esso infondato.

Il punto 3.5. del disciplinare, tra i requisiti di partecipazione il cui mancato possesso è causa di esclusione dalla gara, ha previsto "l'aver svolto complessivamente a partire dall'01.01.2019 servizi ferroviari di trasporto pubblico di persone per un volume minimo non inferiore a 8 milioni di chilometri" e, relativamente al servizio sostitutivo con autobus, "aver svolto complessivamente a partire dal 01.01.2019 servizi di trasporto pubblico di persone su gomma per un totale di almeno 1.000.000 km".

Il possesso del requisito di 8 milioni di km nel precedente quinquennio per quanto concerne i servizi ferroviari di trasporto pubblico di persone, clausola immediatamente escludente della partecipazione di Arriva Italia alla gara in quanto il requisito non è da quest'ultima posseduta, si rivela illegittima, atteso che, per la sua particolare elevatezza, preclude di fatto l'apertura alla concorrenza del micromercato costituito dal settore di trasporto pubblico nella provincia di Bolzano.

La questione non è la proporzionalità del requisito richiesto in rapporto all'oggetto del contratto, atteso che, per circa 110 milioni di chilometri complessivi di trasporto da garantire in 15 anni, l'aver svolto un servizio di almeno 8 milioni di chilometri nell'ultimo quinquennio non può ritenersi manifestamente irragionevole.

L'illegittimità, invece, risiede nel fatto che, essendo oggettivamente elevato, il requisito si pone in violazione dei principi fondanti del sistema, vale a dire del principio di accesso al mercato al quale è strumentale il principio del favor participationis.

In altri termini, come indicato dalla Società appellata, la richiesta non risulta "neutra" dal punto di vista del favor participationis, ponendosi in contrasto con esso.

Di talché, il motivo del vizio non risiede tanto nella assenza di motivazione da parte della stazione appaltante circa la ragionevolezza della clausola, ma ha la sua fonte nella oggettiva violazione del principio di accesso al mercato, che, come in precedenza descritto, ispira l'intera normativa sulla contrattualistica pubblica, vale a dire trae origine dal suo effetto anticoncorrenziale.

D'altra parte, a riprova di tale circostanza, giova osservare che la domanda di partecipazione alla gara, di enorme valore, è stata presentata solo dai due gestori uscenti, il che non è un elemento di per sé dirimente, ma assume un notevole valore indiziario della percezione della lesività della clausola e della contestata disciplina di gara rispetto al pieno esplicarsi della concorrenza.

Né può incidere su tale valutazione la considerazione che un'impresa sfornita dei requisiti di partecipazione possa concorrere in Raggruppamento Temporaneo di Imprese o ricorrendo all'avvalimento.

Tali strumenti non soddisfano l'esigenza della più ampia partecipazione possibile in quanto la costituzione di un Raggruppamento Temporaneo di Imprese o il ricorso all'avvalimento sono il frutto di scelte discrezionali di tutte le imprese coinvolte, per le quali non è sufficiente la volontà della singola che intende partecipare alla gara, essendo necessaria anche una coincidente volontà delle altre imprese nella costituzione dell'eventuale raggruppamento e dell'impresa o delle imprese ausiliarie nell'avvalimento.

Ne consegue che l'astratta possibilità di costituire un RTI o di ricorrere all'avvalimento non esclude che una preclusione alla possibile partecipazione individuale dell'impresa si concreti in un vulnus al principio del favor participationis e, quindi, in una lesione sia alla sfera giuridica dell'impresa che non può partecipare individualmente sia alle finalità pubblicistiche a base

della normativa in materia.

Pertanto, anche il terzo motivo di appello è infondato.

12. In conclusione, l'appello è infondato e deve essere respinto, in quanto i vizi rilevati sussistono ed assumono rilievo poiché, costituendo un ostacolo alla più ampia partecipazione alla gara, sono produttivi di un vulnus ai principi alla base della normativa europea e nazionale in materia di contratti pubblici.

13. Per completezza, va altresì osservato che la nota inviata dall'ART alla Provincia Autonoma di Bolzano, depositata in forma cartacea nel corso dell'udienza pubblica del 10 luglio 2025, non contiene elementi utili alla definizione della controversia.

14. L'infondatezza dell'appello proposto dalla Provincia Autonoma di Bolzano e dall'Agenzia per i Contratti Pubblici esime il Collegio dall'esame delle doglianze riproposte dalla Arriva Italia s.r.l. in quanto non esaminate dal giudice di primo grado e determina l'irrilevanza dell'azione risarcitoria, proposta subordinatamente all'azione di annullamento.

15. Va da sé che, in relazione alle molteplici specificazioni e puntualizzazioni delle doglianze contenute nel ricorso in appello e nelle successive memorie, il Collegio ha preso in considerazione, nella motivazione della presente sentenza, solo quelle ritenute pertinenti ai fini della definizione del giudizio, per cui i profili eventualmente non menzionati si intendono ritenuti privi di sostanziale interesse.

16. Le spese del giudizio seguono la soccombenza e, liquidate complessivamente in € 10.000,00 (diecimila/00), oltre accessori di legge se dovuti, sono poste a carico, in parti uguali ed in solido, delle due appellanti ed a favore della Arriva Italia s.r.l.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Sesta, definitivamente pronunciando, respinge l'appello in epigrafe (R.G. n. 3383 del 2025).

Condanna le appellanti, in parti uguali ed in solido, al pagamento delle spese del giudizio, liquidate complessivamente in € 10.000,00 (diecimila/00), oltre accessori di legge se dovuti, in favore della Arriva Italia s.r.l.

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

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del giorno 10 luglio 2025, con l'intervento dei magistrati:

Giancarlo Montedoro, Presidente

Stefano Toschei, Consigliere

Roberto Caponigro, Consigliere, Estensore

Lorenzo Cordi', Consigliere

Gudrun Agostini, Consigliere