



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nella causa in sede di legittimità iscritta al n. 118 del Registro Generale dell'anno 2024, vertente

tra

ricorrente

e

resistente

e nei confronti di

per l'annullamento

- del decreto n. 6209 del 19 aprile 2024, pubblicato in data 22 aprile, relativo alla indizione della procedura di gara per l'assegnazione della concessione di grande derivazione idroelettrica denominata "Codera Ratti-Dongo", ai sensi dell'art. 7, comma 2, della legge regionale 8 aprile 2020, n. 5 ed art. 5, del regolamento regionale n. 9 del 2 dicembre 2022, in attuazione della deliberazione della Giunta regionale della Lombardia n. 1601 del 18 dicembre 2023 – CIG:b157173bof, e dei relativi atti



presupposti e allegati;

- della deliberazione della Giunta regionale della Lombardia del 18 dicembre 2023, n. XII/1601 del 18 dicembre 2023.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Regione Lombardia;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore, nell'udienza pubblica del 27 novembre 2024, il Cons. Giorgio Manca e uditi per le parti gli avvocati come dal verbale di udienza;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con il ricorso in trattazione, la società ASCO EG s.p.a. impugna gli atti della procedura di gara per l'affidamento della concessione di grande derivazione a scopo idroelettrico, denominata CODERA RATTI-DONGO, indetta dalla Regione Lombardia in base alla deliberazione della Giunta regionale, n. 1601 del 18 dicembre 2023, ai sensi dell'art. 11, comma 3, della legge regionale 8 aprile 2020, n. 5 e dell'art. 5, lett. a), del regolamento regionale n. 9 del 2 dicembre 2022.

La società non ha presentato domanda di partecipazione in quanto – a suo avviso – sarebbe stata sicuramente esclusa, dato che il bando di gara avrebbe previsto un requisito di partecipazione concernente la capacità tecnica e finanziaria irragionevole e contrario al principio di proporzionalità, di cui la società non è in possesso.

La ricorrente impugna, pertanto, la clausola della *lex specialis* di gara di cui al punto 7.3.4. del disciplinare nella parte in cui tra i requisiti tecnico professionali prevede, a pena di esclusione, che l'operatore che partecipa deve: *«aver gestito per almeno 5 anni continuativi concessioni di grandi derivazioni idroelettriche aventi singolarmente una potenza nominale media annua pari o superiore a 10.000 kW»*, ammettendo come comprova di tale requisito unicamente: a) *«certificati rilasciati dall'amministrazione/ente contraente, con l'indicazione dell'oggetto, del periodo di esecuzione e della potenza nominale media dell'impianto gestito»*; b) *«contratti o atti di concessione stipulati con le amministrazioni pubbliche con l'indicazione dell'oggetto, del periodo di esecuzione e della potenza nominale media dell'impianto gestito»*; c) *«contratti stipulati con privati, con l'indicazione dell'oggetto, del periodo di esecuzione e della potenza nominale media dell'impianto gestito»*.

Secondo la ricorrente, la natura immediatamente escludente del requisito prescritto in materia di capacità tecnica sarebbe confermata dall'interpretazione letterale e restrittiva data dalla stazione appaltante nei chiarimenti rilasciati sul quesito formulato dalla società che aveva chiesto di confermare se potesse essere considerato in possesso del requisito un operatore che ha gestito unitariamente due impianti la cui potenza complessiva di concessione supera i 10 MW, tenendo conto



del fatto che, esattamente come nel caso della concessione *Codera Ratti - Dongo* posta a gara (dotata di una potenza nominale media di 19.673,04 KW derivante dalla somma di due concessioni in precedenza affidate separatamente), anche gli impianti gestiti dalla ricorrente sarebbero funzionalmente interconnessi in quanto: i) hanno una linea elettrica che li collega e che alimenta ciascuno dei due impianti e i relativi servizi ausiliari; ii) hanno lo stesso punto di connessione alla rete elettrica presso una stazione elettrica unica e di proprietà della medesima società; iii) sono collegati idraulicamente atteso che gli scarichi di uno alimentano l'altro impianto rendendo necessaria una gestione comune degli stessi.

La Regione, nel riscontrare la richiesta di chiarimenti, si sarebbe limitata a richiamare testualmente l'articolo 7.3.4 del disciplinare di gara, confermando indirettamente come al fine di comprovare il requisito tecnico-professionale di cui trattasi è necessario attestare di aver gestito un singolo impianto superiore a 10 MW. In tale contesto, sostiene la ricorrente, l'eventuale domanda di partecipazione di ASCO EG s.p.a. sarebbe inutilmente presentata, perché destinata a essere esclusa considerato che la società non gestisce concessioni di grande derivazione a scopo idroelettrico di potenza nominale media annua superiore a 10 MW.

2. Nel merito, con il primo motivo la ricorrente deduce la violazione degli articoli 11 e 12 della legge della Regione Lombardia n. 5 del 2020, che disciplinano la procedura di assegnazione. In particolare all'art. 12, comma 2, è previsto che *«[a]i fini della dimostrazione di adeguata capacità organizzativa e tecnica, il partecipante deve attestare di aver gestito, per un periodo di almeno cinque anni continuativi, uno o più impianti idroelettrici aventi ciascuno una potenza nominale media pari ad almeno 3 MW. Il bando di cui all'articolo 13 prevede incrementi del requisito, in ragione della complessità e dimensione degli impianti da gestire per ogni concessione in assegnazione, anche attraverso la definizione di soglie differenziate crescenti di potenza nominale media per tipologie omogenee di impianti»*.

Il criterio di omogeneità degli impianti rispetto a quelli messi a gara, misurata con il criterio della potenza nominale, non sarebbe rispettato dal punto 7.3.4. del disciplinare di gara, il quale nella sua formulazione letterale richiede di comprovare il requisito di ammissione con riferimento a concessioni di grande derivazione che avevano *«singolarmente una potenza nominale media annua pari o superiore a 10.000 kW»*, in tal modo escludendo tutti i soggetti che, come la ricorrente, pur avendo gestito due concessioni elettricamente connesse e insistenti nel medesimo bacino idrografico, con una complessità di gestione e una dimensione omogenea rispetto alla concessione posta a gara, non possono provare il possesso del requisito della potenza nominale media riferito al singolo impianto o concessione. La previsione di tale requisito tecnico organizzativo sarebbe causa di disparità di trattamento tra due situazioni eguali, in violazione dei criteri dettati dalla legge regionale,



trasmodando in un criterio irragionevole e sproporzionato rispetto al fine che si propone di garantire (i.e. consentire la massima partecipazione degli operatori alla procedura di assegnazione).

3. Con il secondo motivo, la ricorrente lamenta la violazione dell'art. 12 del d.lgs. n. 79 del 1999 e il contrasto con i principi di concorrenza, proporzionalità e massima partecipazione, in quanto la clausola di cui al punto 7.3.4. favorirebbe e consoliderebbe la posizione di vantaggio del concessionario uscente e di tutti quei soggetti che, senza gara, hanno gestito concessioni con una potenza nominale media superiore a 10 MW. L'amministrazione concedente ha il potere di prevedere dei requisiti organizzativi e tecnico

dimensionali per la selezione del futuro concessionario ma tale prerogativa non può condurre a un irragionevole e ingiustificato restringimento delle modalità di selezione, in

distonia con il fine stesso della gara, che è quello rendere la concessione contendibile. In tal senso invoca anche il parere dell'AGCM sulle procedure di assegnazione delle concessioni.

4. Con il terzo motivo, la ricorrente deduce la violazione dell'art. 24 Cost. e del diritto di difesa, con riferimento alla clausola contenuta nell'articolo 24 dello schema di contratto di concessione, nella parte in cui prevede che l'assegnatario della concessione debba rinunciare a tutti i giudizi pendenti con la Regione relativi a precedenti rapporti concessori o alla gestione di altre derivazioni a scopo idroelettrico sul territorio regionale, aventi ad oggetto canoni concessori o altre prestazioni patrimoniali.

5. Resiste in giudizio la Regione Lombardia, deducendo preliminarmente l'inammissibilità dell'impugnazione degli atti di gara, per difetto di interesse sotto diversi profili: in primo luogo perché le clausole impugnate non sono qualificabili come clausole immediatamente escludenti; in secondo luogo, perché la società ASCO EG non sarebbe in possesso nemmeno dell'altro requisito prescritto dal punto 7.3.4. (*«aver gestito per almeno 5 anni impianti idroelettrici con opere con caratteristiche riconducibili a quelle assoggettate alle disposizioni di cui al decreto-legge 8 agosto 1994, n. 507, convertito, con modificazioni, dalla legge 21 ottobre 1994, n. 584 recante "Misure urgenti in materia di dighe»*); infine, per la insindacabilità delle scelte discrezionali dell'amministrazione concedente.

Nel merito conclude per il rigetto del ricorso.

6. All'udienza pubblica del 27 novembre 2024, la causa è stata trattenuta in decisione.

7. Preliminarmente va esaminata la questione di ammissibilità del ricorso, in particolare sotto il profilo del difetto dell'attualità della lesione degli interessi protetti fatti valere della ricorrente nella procedura di cui trattasi.

7.1. Il ricorso è inammissibile, per il difetto di interesse a ricorrere, nella parte in cui chiede l'annullamento della clausola di cui all'art. 24 dello schema di contratto di concessione.

7.2. Secondo l'insegnamento, ormai consolidato, del Consiglio di Stato (adunanza plenaria, sentenze



n. 1 del 2003 e n. 4 del 2018), la situazione giuridica soggettiva dei partecipanti alla procedura di affidamento di contratti pubblici o di concessioni deve essere ravvisata nell'interesse a conseguire l'aggiudicazione del contratto o della concessione (che concretizza il c.d. bene della vita, profilo sostanziale dell'interesse protetto). Interesse che, in linea di principio, è lesa solo dal provvedimento conclusivo della procedura di gara, che assegna il contratto a uno degli altri concorrenti. Si deve ritenere, pertanto, che le previsioni contenute nel bando di gara e negli atti che lo precedono non abbiano una capacità lesiva degli interessi dei potenziali concorrenti, se non nei casi in cui tali atti (e in specie, tipicamente, la *lex specialis* di gara) contengano prescrizioni che impediscano la presentazione di un'offerta, per la previsione di requisiti soggettivi che precludano la partecipazione alla gara (clausole immediatamente escludenti), o contengano clausole oscure e irragionevoli che, ugualmente, non consentano di presentare un'offerta valida o attendibile (oppure, ancora, ma non è questo il caso che ricorre nella controversia in esame, si contesti in radice il potere di indire la procedura).

7.3. In qualsiasi altro caso, l'onere di proporre l'immediata impugnazione del bando o della *lex specialis* di gara non sussiste e la parte deve attendere la conclusione della procedura di gara e impugnare l'eventuale atto lesivo finale (ovvero, se ha presentato la domanda di partecipazione, l'eventuale atto di esclusione che sia intervenuto prima della conclusione della gara).

7.4. Nel caso della impugnazione della clausola di cui all'art. 24 dello schema di contratto di concessione allegato al bando di gara (l'assegnatario, prima della sottoscrizione del contratto di concessione, deve dichiarare, senza riserva alcuna, «*di aver corrisposto tutti i pagamenti arretrati in favore dell'Amministrazione Concedente a titolo di canoni demaniali, indennizzi, canoni aggiuntivi di cui all'art. 53-bis della l.r. 26/2003, fornitura gratuita di energia e relativa monetizzazione, obblighi ittiogenici, ivi compresi, ove previsti, i relativi interessi moratori, nonché di quanto dovuto a titolo di sovracani in favore degli Enti rivieraschi e dei Consorzi dei Bacini Imbriferi Montani ove presenti*», nonché «*di aver rinunciato ad ogni contenzioso pendente nei confronti della scrivente Amministrazione di qualsiasi ordine e grado in ragione dei pagamenti arretrati di cui al comma precedente*») non ricorre alcuno dei criteri che giustificano l'immediata impugnazione, non essendo in alcun modo dimostrato che detta clausola abbia comportato, per la ricorrente, la preclusione alla partecipazione alla procedura di gara (o, comunque, la notevole difficoltà a presentare un'offerta valutabile dalla stazione appaltante). La clausola non può essere fatta rientrare nell'ambito delle clausole immediatamente escludenti (secondo la classificazione operata dall'adunanza plenaria del Consiglio di Stato nelle sentenze sopra richiamate) posto che non impone l'adempimento a pena di esclusione dalla procedura, e non impedisce, pertanto, la partecipazione alla procedura di gara; essa, infatti, ha come destinatario «l'assegnatario» e dovrà essere applicata al momento della sottoscrizione



del contratto di concessione; con la conseguenza che l'impugnazione non è attualmente sostenuta da un idoneo interesse a ricorrere.

7.5. L'impugnazione del bando sotto questo profilo è, conseguentemente, inammissibile.

7.6. Sulla scorta delle osservazioni che precedono è ammissibile, invece, l'impugnazione della clausola del disciplinare di cui al punto 7.3.4., che prescrivendo, a pena di esclusione dalla gara, requisiti di partecipazione relativi alla capacità tecnica ed economica del concorrente configura il tipico schema della clausola immediatamente escludente, che – secondo i principi giurisprudenziali rammentati – rendono necessaria l'impugnazione della regola di gara nel termine decadenziale di cui all'art. 120 del codice del processo amministrativo.

Il ricorso, pertanto, sotto questo profilo, è ammissibile.

9. Peraltro, nel merito, le censure rivolte alla impugnata disposizione del disciplinare di gara sono infondate.

9.1. Conviene muovere dalla disciplina legislativa, contenuta nell'art. 11, comma secondo, lettera b), della legge della Regione Lombardia n. 5 del 2020, che - per quanto concerne la scelta di accorpare più concessioni preesistenti – la subordina alla valutazione discrezionale di una serie di interessi (concessioni *«insistenti nello stesso bacino idrografico, quando la gestione unitaria risulti opportuna sotto il profilo economico-produttivo o tecnico-gestionale o in relazione ad altri interessi pubblici»*) ai quali si affiancano i principi generali di proporzionalità, ragionevolezza, massima partecipazione e tutela della concorrenzialità della gara; e nell'art. 12, comma secondo, per quanto concerne la previsione dei requisiti di partecipazione e di selezione dei concorrenti, i quali devono dimostrare il possesso *«di adeguata capacità organizzativa e tecnica, [e] di aver gestito, per un periodo di almeno cinque anni continuativi, uno o più impianti idroelettrici aventi ciascuno una potenza nominale media pari ad almeno 3 MW. Il bando di cui all'articolo 13 prevede incrementi del requisito, in ragione della complessità e dimensione degli impianti da gestire per ogni concessione in assegnazione, anche attraverso la definizione di soglie differenziate crescenti di potenza nominale media per tipologie omogenee di impianti»*.

9.2. In linea di fatto, la ricorrente ASCO EG S.p.a. (che si definisce come uno dei principali operatori attivi nel settore della produzione di energia idroelettrica) riferisce di gestire, da più di cinque anni, due concessioni di grande derivazione a scopo idroelettrico denominate rispettivamente “Isola” e “Mantelera”, rispettivamente dotate di una potenza nominale media annua pari a 6,75 e 5,31 MW. Le due derivazioni, per caratteristiche tecniche e funzionali, costituirebbero un unico impianto produttivo, con una potenza nominale media annua complessiva di 12,06 MW.

9.3. La Regione Lombardia ribadisce che le concessioni (accorpate) oggetto della procedura di gara hanno entrambe una grande diga (e quindi sarebbero riconducibili agli impianti idroelettrici



disciplinati dalle disposizioni di cui al decreto-legge 8 agosto 1994, n. 507, come convertito dalla legge 21 ottobre 1994, n. 584) e che in termini di potenza nominale la sola ex concessione Codera-Ratti ha una potenza nominale media di 14 MW, ossia più del doppio rispetto alle singole concessioni di grande derivazione gestite dalla ricorrente (come veduto: Mantelera 5,31 MW e Isola 6,75 MW).

9.4. Come anticipato, le censure non meritano accoglimento.

9.5. In primo luogo, non coglie nel segno l'appello ai principi di massima partecipazione, concorrenzialità, proporzionalità e ragionevolezza, in relazione alla interpretazione e applicazione delle norme regionali sopra riferite.

Il criterio della massima partecipazione è evocato dalla citata legge regionale (all'art. 11, comma 1) quale finalità della pubblicazione dell'avviso pubblico, e quindi a fini di trasparenza e parità di trattamento tra gli operatori economici del settore, potenziali interessati a partecipare alla procedura di gara.

La ricorrente lo invoca, invece, quale canone di determinazione dei requisiti di partecipazione alla procedura di gara, in relazione alla capacità tecnica ed economico-finanziaria degli operatori economici concorrenti, nella funzione che il principio è chiamato a svolgere in termini generali anche nell'ambito del codice dei contratti pubblici (cfr. art. 100, comma 2, del d.lgs. n. 36 del 2023: «Le stazioni appaltanti richiedono requisiti proporzionati e attinenti all'oggetto dell'appalto»).

9.6. In questo ambito, tuttavia, il principio di proporzionalità non può avere una valenza assoluta ma deve essere bilanciato con altri interessi; e in primo luogo con la necessità di prevedere dei requisiti che diano prova dell'idoneità dell'operatore a gestire la concessione. In altri termini, il valore della massima partecipazione può essere antitetico rispetto alla ricerca del migliore operatore economico cui assegnare la concessione, perché la previsione di requisiti meno stringenti, mentre certamente amplia la platea di soggetti in possesso dei relativi requisiti di partecipazione, potrebbe pregiudicare l'interesse dell'amministrazione concedente a selezionare un operatore economico in possesso di documentate esperienze pregresse idonee alla gestione della concessione da affidare.

9.7. Nel caso di specie la questione va risolta verificando, anzitutto, se le direttive normative dettate dall'art. 11, comma 2, lettera b), della legge regionale n. 5 del 2020, siano state effettivamente rispettate nella scelta operata dall'amministrazione regionale di accorpare le due concessioni preesistenti e procedere all'affidamento di un'unica concessione.

La norma conferisce ampi margini discrezionali, consentendo all'amministrazione di prendere in considerazione non solo interessi di natura economico-produttiva e gestionale ma qualsiasi altro interesse pubblico (purché, ovviamente, si tratti di interesse pubblico implicato o coinvolto nell'assegnazione della concessione di grande derivazione, nel rispetto del principio di ragionevolezza e di proporzionalità). L'unico limite normativo espresso è il riferimento alla insistenza



«nello stesso bacino idrografico» delle concessioni che si intendano accorpare.

La motivazione della scelta dell'amministrazione regionale, racchiusa nella deliberazione di giunta del 18 dicembre 2023, n. 1601 (*«Indizione della procedura di riassegnazione della concessione di grande derivazione idroelettrica denominata "Codera Ratti-Dongo", ai sensi dell'art.11, comma 3, legge regionale 8 aprile 2020, n. 5 ed art. 5, lett. a) del regolamento regionale n. 9 del 2 dicembre 2022»*), si basa essenzialmente proprio sulla insistenza delle due concessioni preesistenti nel medesimo bacino idrografico "Adda-lago di Como", seppure – si sottolinea - «non direttamente connesse idraulicamente» (cfr. p. 9 della deliberazione). Si aggiunge al riguardo che le concessioni *«risultano elettricamente connesse»* in quanto *«la ricevente elettrica appartenente alla RTN a 130 kV "Dongo-Campo" alimentata dalla cabina di trasformazione dell'impianto di Dongo adduce l'energia prodotta da quest'ultimo impianto unicamente alla stazione elettrica RTN situata presso la centrale di Campo ovvero quest'ultima stazione elettrica costituisce pertanto il punto unico di ricevimento dell'energia prodotta a Dongo per il suo successivo dispacciamento nella RTN unitamente alla produzione elettrica propria dell'impianto Codera-Ratti, sicché dal punto di vista elettrico costituiscono di fatto un unico complesso produttivo»* (cfr. p. 9 della deliberazione).

9.7. La motivazione non è contestata dalla società ricorrente, che si limita a rilevarne le conseguenze pregiudizievoli nei suoi confronti, sul piano della previsione dei requisiti speciali richiesti per la partecipazione alla gara.

Senonché, se la scelta di accorpare le due concessioni è giustificata sotto il profilo tecnico e produttivo, la previsione dei requisiti di capacità tecnica non può che essere calibrata sulle caratteristiche tecniche e produttive complessive dell'impianto, considerato che la concessione è unica. In questa prospettiva, al fine di valutare la conformità del requisito di capacità tecnica al principio di proporzionalità e di concorrenza, è rilevante osservare come la concessione messa a gara esprime una potenza nominale media di 19.673,04 KW. L'aver previsto un requisito speciale di partecipazione costituito dalla gestione di almeno una concessione di grande derivazione di potenza nominale media annua pari o superiore a 10.000 kW, ossia pari alla metà di quella derivante dall'assegnazione della concessione in gara, non appare in contrasto né con il principio di proporzionalità né con la tutela della concorrenza.

Invero, il requisito tecnico, valutato alla stregua dei tre criteri in cui si articola la verifica di proporzionalità (su idoneità, necessità e proporzionalità in senso stretto della misura oggetto di sindacato giurisdizionale cfr., per tutte, Corte di giustizia dell'Unione europea, sentenza 7 settembre 2006, in causa C-310/04, *Regno di Spagna c. Consiglio*), supera certamente il canone della idoneità e quello della necessità (essendo fondamentale per individuare un concessionario affidabile e dotato di esperienza nella gestione di impianti analoghi); e supera anche il criterio della proporzionalità in



senso stretto, dato il rapporto sostanzialmente corrispondente a una percentuale pari alla metà della potenza nominale media annua oggetto di assegnazione (come veduto: la concessione messa a gara esprime complessivamente una potenza nominale media di 19.673,04 KW; il requisito contestato prescrive l'aver gestito almeno una concessione di grande derivazione di potenza nominale media annua pari o superiore a 10.000 kW).

9.8. Anche il criterio delle *«soglie differenziate crescenti di potenza nominale media per tipologie omogenee di impianti»* non è contraddetto: l'art. 12, comma 2, della legge Regione Lombardia n. 5 del 2020 richiama detto criterio proprio per modulare la dimensione del requisito tecnico della potenza nominale media annua *«in ragione della complessità e dimensione degli impianti da gestire per ogni concessione in assegnazione»*, che nel caso di specie, a seguito della unificazione delle due concessioni, non può prescindere dal prendere in considerazione il dato complessivo della potenza nominale media di 19.673,04 KW.

10. In conclusione, il ricorso va integralmente respinto.

11. Le spese giudiziali vanno compensate tra le parti in ragione della complessità e novità delle questioni esaminate e decise.

P.Q.M.

Il Tribunale Superiore delle Acque Pubbliche, pronunciando sul ricorso come in epigrafe proposto, lo rigetta.

Compensa tra le parti le spese giudiziali.

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del Tribunale Superiore delle Acque Pubbliche, in data 27 novembre 2024.

Il Relatore

Giorgio Manca

Il Presidente

Antonio Pietro M. Lamorgese

