**SENTENZE PROSSIMO NUMERO**

Pubblicato il 22/02/2018
N. 01132/2018REG.PROV.COLL.
N. 03424/2015 REG.RIC.
N. 03426/2015 REG.RIC.
N. 03428/2015 REG.RIC.

**REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**
Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 3424 del 2015, proposto dalla Elilombarda s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Giovanni Bormioli e Roberto Colagrande e con questi elettivamente domiciliata viale Liegi n. 35/b,

contro

la Regione Liguria, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Barbara Baroli dell’avvocatura regionale e Gabriele Pafundi e con questi elettivamente domiciliata presso lo studio dell’avv. Pafundi in Roma, viale Giulio Cesare n. 14,
il Ministero dell'Interno, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso per legge dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria in Roma, via dei Portoghesi n. 12;

sul ricorso numero di registro generale 3426 del 2015, proposto dalla Elitaliana s.p.a. e dalla Elitaliana Maintenance s.r.l., in persona dei rispettivi legali rappresentanti pro tempore, rappresentati e difesi dagli avvocati Giovanni Bormioli e Roberto Colagrande e con questi elettivamente domiciliati viale Liegi n. 35/b,

contro

la Regione Liguria, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Barbara Baroli dell’avvocatura regionale e Gabriele Pafundi e con questi elettivamente domiciliata presso lo studio dell’avv. Pafundi in Roma, viale Giulio Cesare n. 14,
il Ministero dell'Interno, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso per legge dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria in Roma, via dei Portoghesi, n. 12;

sul ricorso numero di registro generale 3428 del 2015, proposto dalla Associazione imprese servizi elicotteristi – AISE, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Giovanni Bormioli e Roberto Colagrande e con questi elettivamente domiciliata viale Liegi n. 35/b,

contro

la Regione Liguria, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Barbara Baroli dell’avvocatura regionale e Gabriele Pafundi e con questi elettivamente domiciliata presso lo studio dell’avv. Pafundi in Roma, viale Giulio Cesare n. 14,
il Ministero dell'Interno, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso per legge dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria in Roma, via dei Portoghesi, 12;

per la riforma

delle sentenze del Tar Liguria, sez. II, 14 ottobre 2014, n. 1437 (appello n. 3424/2015), 26 settembre 2014, n. 1376 (appello n. 3426/2015) e n. 1374 (appello n. 3428/2015), che hanno pronunciato sui ricorsi, di identico contenuto, proposti per l’annullamento della delibera di Giunta regionale n. 1721 del 27 dicembre 2013 di approvazione dello schema di convezione con il Ministero dell’interno – Dipartimento dei Vigili del fuoco, per l’affidamento di un servizio di elisoccorso integrato tecnico-sanitario 2014-2018.

Visti gli appelli nn. 3424/2015, 3426/2015 e 3428/2015 e i relativi allegati;

Visto l’atto di costituzione in giudizio della Regione Liguria;

Visto l’atto di costituzione in giudizio del Ministero dell'Interno e della Questura di Bergamo;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 15 febbraio 2018 il Cons. Giulia Ferrari e uditi altresì i difensori presenti delle parti in causa, come da verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

**FATTO**

1. L’appellante Elilombarda s.r.l. esercita il trasporto aereo tramite elicotteri ed attività connesse, tra le quali quella di elisoccorso. Ha impugnato dinanzi al Tar Liguria, con ricorso n. 1026/2007, la delibera della Giunta regionale n. 971 del 3 agosto 2007, che ha affidato, a titolo oneroso, per gli anni 2007-2010 il servizio di elisoccorso al Corpo nazionale dei vigili del fuoco, per il complesso di attività individuate dall’Accordo del 3 febbraio 2005. Con successivo ricorso n. 519/2009 ha impugnato la delibera di Giunta n. 318 del 20 marzo 2009, che ha esteso tale servizio al 2011.

Medio tempore è stato emanato il d.l. 31 agosto 2013, n. 101, che all’art. 8, comma 6, ha inserito nell’art. 24, d.lgs. 18 agosto 2015, n. 139 i commi 6 bis e 6 ter, secondo cui in contesti di particolare difficoltà operativa e di pericolo per l’incolumità delle persone il Corpo nazionale dei vigili del fuoco può realizzare interventi di soccorso pubblico integrato con le regioni e le province autonome, utilizzando la propria componente aera. Gli accordi per disciplinare lo svolgimento di tale attività sono stipulati tra il Dipartimento dei vigili del fuoco, del soccorso pubblico e della difesa civile del Ministero dell’interno e le regione e le province autonome, che vi abbiano interesse. Su tale intervento legislativo si è espressa l’Autorità garante della concorrenza e del mercato con nota del 26 settembre 2013, secondo cui affinchè una norma non costituisca una violazione delle regole sulla concorrenza, permettendo ad un soggetto pubblico di sottrarli alle regole del mercato e di non adeguarsi alle norme tecniche imposte a livello internazionale, dovrà esserne limitato l’ambito di applicazione a quelli che sono i compiti istituzionale del Corpo nazionale dei vigili del fuoco. Gli interventi di soccorso pubblico devono perciò avvenire, anche tramite accordo con gli enti interessati, ma in assenza di onere economico per i soggetti beneficiari, all’esclusivo fine di salvaguardare l’incolumità delle persone in contesti di pubbliche incolumità naturali e di grandi emergenze richiedenti l’intervento coordinato della protezione civile.

Il provvedimento della Giunta regionale n. 1721 del 27 dicembre 2013, impugnato dinanzi al Tar Liguria, assegna, invece, il servizio di elisoccorso al Corpo nazionale dei vigili del fuoco invocando espressamente la novella recata dall’art. 8, comma 6, d.l. n. 101 del 2013 e, tra l’altro, a condizioni economiche peggiori di quelle dei precedenti, illegittimi affidamenti e di quelle che la Regione avrebbe certamente potuto ottenere tramite confronto concorrenziale tra le imprese interessate al servizio.

A tutela del diritto all’indizione di una gara pubblica per l’affidamento del servizio in questione, la Elilombarda s.r.l. ha proposto ricorso al Tar Liguria avverso la delibera Giunta regionale n. 1721 del 2013 e gli atti di approvazione dello schema di convenzione da parte del Ministero dell’interno.

2. Il Tar Liguria, sez. II, con sentenza 14 ottobre 2014, n. 1437 ha respinto il ricorso ed ha condannato la Elilombarda s.r.l. alla rifusione delle spese a favore di entrambe le amministrazioni resistenti, che ha liquidato in € 3.000,00.

Ha affermato il giudice di primo grado che il Corpo nazionale dei vigili del fuoco, sia per la sua natura che in relazione all’attività oggetto dell’accordo, non riveste la qualità di “operatore economico”, cioè di un soggetto che offre in generale i suoi servizi sul mercato e, certamente, non i servizi oggetto della convenzione contestata. Pertanto, il servizio reso in materia dai Vigili del fuoco non può essere assoggettato alla disciplina prevista dalla Direttiva 200418CE, art. 1, par.8 perchè l’art. 4, n.1, della stessa Direttiva riconosce agli Stati membri la valutazione circa la compatibilità o meno, rispetto ai fini istituzionali propri di ciascun soggetto pubblico, di consentire allo stesso di offrire i propri beni o servizi sul mercato. Il giudice di primo grado ha altresì escluso che la convezione in esame comporti una duplicazione di costi per i cittadini atteso che, ciò che viene riconosciuto nella convenzione è soltanto il costo vivo per il servizio di elisoccorso prestato.

3. Con l’appello n. 3424 del 2015, notificato il 30 marzo 2017 e depositato il successivo 22 aprile, la Elilombarda s.r.l. ha chiesto che, in riforma della decisione impugnata, il ricorso di primo grado sia accolto, deducendo:

a) Illegittimità della sentenza impugnata nella parte in cui respinge i primi quattro motivi di ricorso dedotti in primo grado – Violazione e falsa applicazione dell’art. 12 preleggi e, in generale, dei criteri interpretativi delle leggi. Erronea motivazione ed erronea individuazione e valutazione dei presupposti di diritto – Illogicità – Violazione art. 24, commi 1 e 16 bis, d.lgs. n. 139 del 2006, introdotto dall’art. 8, d.l. n. 101 del 2013 nonché delle norme che regolano l’organizzazione del servizio di elisoccorso e, in particolare, dell’Accordo Stato – Regioni 3 febbraio 2005 e delle norme da esso richiamate.

La sentenza di primo grado è erronea perché non ha correttamente interpretato la novella del 2013, che ha modificato l’art. 24, d.lgs. n. 139 del 2006, la quale consente alla Regione di acquisire la collaborazione del Corpo nazionale dei vigili del fuoco solo qualora l’istituito servizio di elisoccorso non possa operare o non risulti idoneo a far fronte a situazioni di particolare gravità. L’intervento tecnico nell’ambito dell’elisoccorso appartiene alle competenze esclusive del Corpo nazionale soccorso alpino e speleologico (CNSAS).

b) Illegittimità della sentenza impugnata nella parte in cui respinge i primi quattro motivi di ricorso dedotti in primo grado. Erronea valutazione dei presupposti di fatto. Carenza di istruttoria ed erroneità della motivazione – Falsa applicazione dell’Accordo Stato – Regioni 3 febbraio 2005 e delle norme da esso richiamate nonché delle circolari OPV – 18/A - Violazione art. 24, commi 1 e 6 bis, d.lgs. n. 139 del 2006 introdotto dall’art. 8, comma 6, d.l. n. 101 del 2013.

Erroneamente il Tar ha respinto la seconda censura riguardante l’estraneità rispetto alle previsioni della norma contenuta all’art. 24, comma 6 bis, d.lgs. n. 139 del 2006 degli interventi secondari ossia delle prestazioni di eliambulanza da ospedale a ospedale, il trasporto di sangue, il trasporto di personale e materiali ai fini di prelievi e trapianti e le esercitazioni ad attività formative del personale.

c) Illegittimità della sentenza impugnata nella parte in cui respinge i primi quattro motivi di ricorso dedotti in primo grado. Violazione e falsa applicazione art. 12 delle preleggi e, in generale, dei criteri interpretativi delle leggi. Erronea motivazione ed erronea individuazione e valutazione dei presupposti di diritto – Illogicità – Violazione art. 15, l. n. 241 del 1990 in relazione all’art. 24, comma 6 bis, d.lgs. n. 139 del 2006.

Il Tar ha ricondotto la convenzione approvata con gli atti impugnati ad un accordo di cooperazione tra Pubbliche amministrazioni ex art. 15, l. n. 241 del 1990, sul presupposto che gli interventi tecnici di elisoccorso rientrino tra le competenze istituzionali del Corpo nazionale dei vigili del fuoco. E’ invece evidente che l’interpretazione dell’art. 24, comma 6 bis, l. n. 139 del 2006 del Tar è erronea, non potendosi riconoscere tali competenze generali in materia di elisoccorso. Conseguentemente, l’estraneità dell’oggetto della convenzione rispetto alle attività consentite al Corpo nazionale dei vigili del fuoco rende inapplicabile al caso di specie la suddetta norma, che risulta conseguentemente violata.

d) Illegittimità della sentenza impugnata nella parte in cui respinge i primi quattro motivi di ricorso dedotti in primo grado. Violazione e falsa applicazione art. 12 delle preleggi e, in generale, dei criteri interpretativi delle leggi. Erronea motivazione ed erronea individuazione e valutazione dei presupposti di diritto – Illogicità – Violazione art. 18 Direttiva CEE 2004/18 nonché dell’art. 19, comma 2, d.lgs. n. 163 del 2006 in relazione all’art. 24, comma 6 bis, d.lgs. n. 139 del 2006.

L’interpretazione del Tar dell’art. 24, comma 6 bis, l. n. 139 del 2006 è errata, non essendo legittimo riconoscere in capo al Corpo nazionale dei vigili del fuoco una competenza generale in materia di elisoccorso.

In conclusione, la reiezione dei primi quattro motivi del ricorso si fonda su una errata interpretazione dell’art. 24, comma 6 bis, d.lgs. n. 139 del 2006.

Peraltro, nella denegata ipotesi in cui l’art. 24, comma 6 bis, d.lgs. n. 139 del 2006 sia interpretato anche dal giudice di secondo grado nel senso di consentire l’affidamento integrale diretto del servizio del Corpo nazionale dei vigili del fuoco, la norma va disapplicata per violazione del principio comunitario di tutela della concorrenza, almeno con riferimento alle prestazioni estranee al soccorso primario, nonché rimessa alla Corte costituzionale per violazione degli artt. 77, 24 e 113 Cost..

e) Illegittimità della sentenza impugnata nella parte in cui respinge il quinto motivo di ricorso dedotto in primo grado. Violazione ed errata applicazione degli artt. 1, 2, 4, 6 e 7, l. n. 74 del 2001 – Violazione art. 24, comma 6 bis, d.lgs. n. 139 del 2006 – Violazione dell’Accordo Stato - Regione del 3 febbraio 2005. Violazione della direttiva dirigenziale n. 41/6821M.3E dell’8 novembre 1994, Parte II, Capitolo II, richiamata dall’Accordo.

Erroneamente il Tar ha respinto il quinto motivo di ricorso, non ritenendo la competenza del CNSAS a svolgere l’attività demandata, con la convenzione al Corpo nazionale dei vigili del fuoco.

f) Illegittimità della sentenza impugnata nella parte in cui respinge il sesto motivo di ricorso dedotto in primo grado – Carenza di istruttoria – Erronea valutazione dei presupposti di fatto – Illogicità e contraddittorietà – Violazione art. 63 c.p.a. – Violazione art. 97 Cost. – Violazione sotto altro profilo art. 24, comma 6 bis, d.lgs. n. 139 del 2006 – Violazione del principio di reale giustificazione della spesa ex artt. 10-12 e 19, l. reg. Liguria n. 15 del 2002.

Il Tar ha dichiarato inammissibile il terzo motivo perché la congruità delle somme erogate dalla Regione ai Vigili del fuoco per il rimborso dei costi sostenuti per il servizio di elisoccorso sarebbe già stata oggetto di una verificazione disposta dal Tar stesso, che ne avrebbe condiviso i risultati.

Il Tar ha errato, non cogliendo che gli elementi economici di questa nuova convenzione sono diversi e superiori rispetto a quelli contenuti in una precedente, in relazione alla quale era stato disposto un accertamento tecnico, le cui risultanze sono state riprese dal giudice di primo grado. In effetti quanto pagato dalla Regione è ben superiore al costo vivo del servizio da essa individuato.

g) Illegittimità della sentenza impugnata nella parte in cui respinge il settimo motivo di ricorso dedotto in primo grado – Totale carenza di istruttoria – Erronea valutazione dei presupposti di fatto e di diritto – Violazione art. 63 c.p.a..

Erroneamente il giudice di primo grado ha respinto il motivo con il quale era stata dedotta l’insufficienza dei mezzi di elisoccorso in capo ai Vigili del fuoco nonostante questi avessero più volte fatto ricorso all’intervento sostitutivo da parte del 118 piemontese, basandosi su una mera affermazione della Avvocatura, secondo cui gli interventi della Regione, nel 2013, sarebbero stati solo due o tre, invece di fare un’istruttoria.

h) Illegittimità della sentenza impugnata nella parte in cui respinge il decimo ed undicesimo motivo di ricorso dedotto in primo grado – Totale carenza di istruttoria – Erronea valutazione dei presupposti di fatto e del contenuto delle censure – Illogicità – Violazione art. 63 c.p.a. – Violazione art. 24, comma 6 ter, d.lgs. n. 139 del 2006 nonché dell’Accordo Stato - Regioni 3 febbraio 2005 e delle norme da esso richiamate – Violazione dei Regolamenti CE nn. 216/2008, 965/2012 e 3922/1991 e 1008/2008 – Violazione d.m. interno 10 dicembre 2012 – Violazione circolare Enac del 26 maggio 2004 OPV-18 – Eccesso di potere per contraddittorietà – Violazione del giudicato delle sentenze del Consiglio di Stato n. 4539 del 2012 e del Tar Liguria n. 14514/2012 – In subordine, incostituzionalità art. 24, comma 6 ter, d.lgs. n. 139 del 2006.

Il giudice di primo grado non ha tenuto conto del fatto che, anche qualora si ritenesse che ai velivoli impiegati dal Vigili del fuoco nel servizio affidato dalla Regione si applicano le disposizioni di cui agli artt. 744, comma 1, e 748, cod. nav., essi risultano sottoposti ai regolamenti comunitari in materia di elisoccorsi.

4. Con l’appello 3426/2015 la Elitaliania s.p.a. e la Elitaliana Maintenance s.r.l. – facenti parte di un gruppo di imprese che esercitano il trasporto aereo tramite elicotteri ed attività connesse, tra le quali quella di elisoccorso – hanno impugnato la sentenza della sez. II del Tar Liguria 26 settembre 2014, n. 1376, che ha respinto il ricorso proposto per l’annullamento della citata delibera di Giunta regionale n. 1721 del 27 dicembre 2013. Sono stati dedotti motivi analoghi a quelli dell’appello n. 3424/2015.

5. Con l’appello 3428/2015 l’Associazione Imprese Servizi Elicotteristici (AISE) – che rappresenta, a livello nazionale ed europeo, le imprese operanti nel settore dei servizi elicotteristici – ha impugnato la sentenza della sez. II del Tar Liguria 26 settembre 2014, n. 1374, che ha respinto il ricorso proposto per l’annullamento della citata delibera di Giunta regionale n. 1721 del 27 dicembre 2013. Ha affermato che, per Statuto, tutela i legittimi interessi delle imprese associate nei confronti delle autorità nazionali e estere e che ha, quindi, un interesse differenziato in relazione all’affidamento tramite confronto concorrenziale dei servizi elicotteristici e al rispetto delle norme di legge e di regolamento. Sono stati dedotti motivi analoghi a quelli dell’appello n. 3424/2015.

6. Si è costituita, nei giudizi nn. 3424/2015, 3426/2015 e 3428/2015, la Regione Liguria, che ha sostenuto l’infondatezza, nel merito, degli appelli.

7. Si è costituito, nei giudizi nn. 3424/2015, 3426/2015 e 3428/2015, il Ministero dell’interno, che ha sostenuto l’infondatezza, nel merito, degli appelli.

8. Alla pubblica udienza del 15 febbraio 2018 le cause sono state trattenute per la decisione.

**DIRITTO**

1. In via preliminare il Collegio dispone la riunione degli appelli nn. 3424/2015, 3426/2015 e 3428/2015, con i quali vengono impugnate tre diverse sentenze (14 ottobre 2014, n. 1437; 26 settembre 2014, nn. 1376 e 1374) del Tar Liguria, tutte relative alla delibera di Giunta regionale n. 1721 del 27 dicembre 2013, di approvazione dello schema di convezione tra Regione e Ministero dell’interno – Dipartimento dei Vigili del fuoco, per l’affidamento del servizio di elisoccorso integrato tecnico-sanitario dall’1 gennaio 2014 al 31 dicembre 2018.

Una breve ricostruzione in fatto appare utile al fine del decidere.

Va preliminarmente chiarita la competenza propria del Corpo nazionale dei vigili del fuoco che, ai sensi del comma 1 dell’art. 24, d.lgs. 18 agosto 2005, n. 139, nel testo ratione temporis applicabile, “al fine di salvaguardare l'incolumità delle persone e l'integrità dei beni, assicura gli interventi tecnici caratterizzati dal requisito dell'immediatezza della prestazione, per i quali siano richieste professionalità tecniche anche ad alto contenuto specialistico ed idonee risorse strumentali, e al medesimo fine effettua studi ed esami sperimentali e tecnici nello specifico settore”.

Si legge nella convenzione che al Corpo nazionale dei vigili del fuoco è affidato il servizio di HETMS (Servizi di Emergenza Tecnico Medico con Elicottero), servizio svolto in sinergia con il Servizio sanitario nazionale.

Il servizio di HETMS è finalizzato ad assicurare il tempestivo intervento di soccorso per garantire l’incolumità e la tutela delle funzioni vitali delle persone che, per condizioni sanitarie e/o ambientali, necessitano di un urgente intervento di soccorso tecnico e sanitario, nonché l’eventuale trasporto assistito al presidio ospedaliero idoneo a consentire nel modo più rapido e razionale l’intervento diagnostico – terapeutico. Consiste nell’integrare il servizio di soccorso sanitario, reso da personale del Servizio sanitario nazionale, con quello tecnico “urgente” mediante elicottero. La Regione Liguria convenzionante si impegna a versare, nel limite massimo di 2.000.000/00 euri annui, una quota annua fissa di € 1,780.000,00 e una quota annua variabile, riferita agli interventi eccedenti il limite di 450 interventi annui, per ciascun intervento. Nella delibera di approvazione dello schema si argomenta la natura non retributiva della partecipazione finanziaria della Regione allo svolgimento del servizio di elisoccorso ma meramente contributiva, a parziale copertura delle spese sostenute dai Vigili del fuoco, richiamando una Consulenza tecnica d’ufficio del 26 marzo 2012, effettuata in occasione dell’impugnazione, dinanzi al Tar Liguria, di una precedente convenzione stipulata con lo stesso Corpo nazionale dei vigili del fuoco.

Con i tre appelli le società di elisoccorso e l’Associazione delle stesse rappresentative hanno, in sostanza, dedotto l’illegittimità dell’attribuzione senza gara del servizio di elisoccorso, in violazione delle norme comunitarie e nazionali che ne avrebbero imposto l’indizione sia al fine di garantire la concorrenzialità che di raggiungere, per l’Amministrazione, risparmi di spesa, con offerte economicamente più vantaggiose rispetto al corrispettivo che è stato pattuito con il Corpo nazionale dei vigili del fuoco. Tale obbligo non è venuto meno a seguito della novella introdotta dall’art. 8, comma 1, d.l. 31 agosto 2013, n. 101, che ha inserito i commi 6 bis e 6 ter all’art. 24, d.lgs. n. 139 del 2005 (il comma 6 bis è divenuto comma 10, a seguito della riscrittura dell’art. 24 ad opera dell’art. 4, comma 1, d.lgs. 29 maggio 2017, n. 97).

Così inquadrata la vicenda contenziosa, può ora passarsi all’esame dei diversi ed articolati motivi dei tre atti di appello.

2. Con il primo motivo si deduce che, contrariamente a quanto affermato dal giudice di primo grado, il comma 6 bis dell’art. 24, d.lgs. n. 139 del 2005 non solo non ha natura interpretativa ma, lungi dal costituire l’avallo della possibilità di affidare senza gara il servizio di elisoccorso, ha in effetti ristretto le ipotesi di ricorso agli interventi di elisoccorso. Ed infatti, mentre nel testo originario della norma si attribuiva genericamente ai Vigili del fuoco la competenza in materia di interventi tecnici di soccorso pubblico finalizzati a salvaguardare l’incolumità delle persone e l’integrità dei beni, il comma 6 bis precisa che il Corpo nazionale dei vigili del fuoco può fare interventi di soccorso pubblico integrato in “contesti di particolare difficoltà operativa e di pericolo per l’incolumità delle persone”, e, quindi, solo in circostanze straordinarie, quali inondazioni, terremoti e altri importanti eventi calamitosi. Dunque i Vigili del fuoco non hanno una competenza generale in materia di elisoccorso.

Il motivo non è suscettibile di positiva valutazione.

Non rileva, nel caso in esame, accertare se la norma in questione abbia o meno natura interpretativa, essendo evidente che proprio il tenore letterale della stessa non consente di pervenire alle conclusioni di parte appellante. L’inciso “in contesti di particolare difficoltà operativa e di pericolo per l’incolumità delle persone” limita, infatti, l’attività di elisoccorso che i Vigili del fuoco possono svolgere alle ipotesi di “difficoltà operative”, ma solo se sono “particolari”, e alle situazioni “di pericolo per l’incolumità delle persone”; nella prima ipotesi non sono circoscritte le “particolari difficoltà operative” agli eventi di gravi calamità naturali e, nella seconda ipotesi, le situazioni “di pericolo per l’incolumità delle persone” non devono essere eccezionali o particolarmente gravi.

Si tratta di previsione al quale la convenzione si è strettamente attenuta, atteso che, come si è detto, il servizio affidato ai Vigili del fuoco è finalizzato ad assicurare il tempestivo intervento di soccorso per garantire l’incolumità e la tutela delle funzioni vitali delle persone che, per condizioni sanitarie e/o ambientali, necessitano di un urgente intervento di soccorso tecnico e sanitario, nonché l’eventuale trasporto assistito al presidio ospedaliero idoneo a consentire nel modo più rapido e razionale l’intervento diagnostico – terapeutico. “L’intervento dell’elicottero in sostituzione di altri mezzi di emergenza dovrà realizzarsi unicamente in funzione di estrema urgenza, legata alle condizioni sanitarie e/o ambientali, per cui deve essere portato il primo soccorso alla persona e alla rapidità del trasporto ai fini della tutela delle funzioni vitali”.

Tale essendo l’oggetto normativamente e pattiziamente previsto per gli interventi di elisoccorso da parte dei Vigili del fuoco, il Collegio ritiene che siano ancora attuali – nonché condivisibili – le osservazioni rese dalla sez. III (16 dicembre 2013, n. 6014, che ha, a sua volta, richiamato il precedente della sez. V 13 luglio 2010, n. 4539) in occasione dell’impugnazione della delibera della Giunta regionale ligure n. 318/2009, concernente una precedente approvazione di schema di convenzione per l'effettuazione del servizio di elisoccorso integrato tecnico sanitario 2009-2011 tra la stessa Regione ed il Ministero dell'Interno, Dipartimento dei vigili del fuoco.

Ha affermato la Sezione che, alla luce della normativa comunitaria, il Corpo dei vigili del fuoco non rientra nel concetto di operatore economico rilevante ai fini dell’applicazione della direttiva n. 2004/18/CE, in quanto esso non è soggetto che offra servizi sul mercato o, quantomeno, che offra sul mercato i servizi oggetto della convenzione impugnata. Ha aggiunto che l’attività oggetto della convenzione è riconducibile ad interventi di soccorso pubblico, caratterizzati dal requisito dell'immediatezza della prestazione, che i Vigili del fuoco, a differenza dei servizi a pagamento per soccorso non urgente previsti dal secondo periodo del comma 1 dell'art. 25, d.lgs. 8 marzo 2006, n. 139 (sul riassetto delle disposizioni relative alle funzioni ed ai compiti del Corpo nazionale dei vigili del fuoco), sono tenuti ad assicurare alla collettività (al fine, tra l'altro, di salvaguardare l'incolumità delle persone), senza "oneri finanziari per il soggetto o l'ente che ne beneficia" (primo periodo del comma 1, cit.).

Il servizio oggetto di convenzione non può considerarsi attività che il Corpo nazionale dei vigili del fuoco è autorizzato dalla normativa nazionale ad offrire sul mercato, sì che, in relazione al suo espletamento, non può ravvisarsi, in capo a detto Corpo, la qualità di operatore economico che, sola, come si è detto, può valere a configurare un appalto di servizi assoggettato alla disciplina della direttiva 2004/18/CE e a quella codicistica.

Ha aggiunto il giudice di appello che, a livello di normativa nazionale, l'art. 15, comma 1, l. 7 agosto 1990, n. 241, richiamato nelle premesse della convenzione di cui si tratta, dispone che "le amministrazioni pubbliche possono sempre concludere tra loro accordi per disciplinare lo svolgimento in collaborazione di attività di interesse comune". L’accordo tra amministrazioni rappresenta lo strumento utile per soddisfare il pubblico interesse, il coordinamento, in un quadro unitario, di interessi pubblici di cui ciascuna amministrazione è portatrice. Del resto, in materia di accordi tra Pubbliche amministrazioni, al di fuori dell’ipotesi più ricorrente di svolgimento di funzioni comuni (quali, ad esempio, la costituzione di un consorzio tra enti per la gestione tecnica ed amministrativa di aree industriali o la gestione di un servizio comune), è possibile ricorrere all’art. 15, l. n. 241 del 1990 quando una Pubblica amministrazione intenda affidare a titolo oneroso ad altra Amministrazione un servizio, ove questo ricada tra i compiti dell’ente. In tale quadro è stato, ad esempio, ritenuto legittimo l’affidamento del servizio di trasporti intra – inter ospedalieri da parte di un’azienda ospedaliera alla Croce Rossa Italiana, ente di diritto pubblico avente, tra i propri compiti, quello di effettuare, con propria organizzazione, il servizio di pronto soccorso e trasporto infermi, concorrendo all’adempimento delle finalità del Servizio sanitario nazionale attraverso apposite convenzioni (Cons. St., sez. V, 12 aprile 2007, n. 1707; 16 settembre 2011, n. 5207).

Alla luce, quindi, della valenza generale rivestita dagli accordi organizzativi di cui al citato art. 15, gli enti pubblici possono "sempre" utilizzare lo strumento convenzionale per concludere tra loro accordi organizzativi volti a disciplinare lo svolgimento in collaborazione di attività di interesse comune e in particolare, per quanto qui ne occupa, al fine di programmare e di realizzare un servizio pubblico di soccorso alla persona in situazioni di emergenza.

Ha ancora chiarito la sez. III (sentenza n. 6014 del 2013) che una cooperazione del genere tra autorità pubbliche non può interferire con l'obiettivo principale delle norme comunitarie in materia di appalti pubblici, vale a dire la libera circolazione dei servizi e l'apertura alla concorrenza non falsata in tutti gli Stati membri, "poiché l'attuazione di tale cooperazione è retta unicamente da considerazioni e prescrizioni connesse al perseguimento di obiettivi d'interesse pubblico e poiché viene salvaguardato il principio della parità di trattamento degli interessati di cui alla direttiva 92/50, cosicché nessun impresa privata viene posta in una situazione privilegiata rispetto ai suoi concorrenti" (Corte giust. Comm.ue 9 giugno 2009 in C480/06, Stadt Halle e RPL Lochau, punti 50 e 51).

In conclusione, sia applicando i principi comunitari che tracciano i casi in cui non è obbligatorio l’affidamento di un servizio tramite gara pubblica, che i principi della legge sul procedimento amministrativo in materia di accordi tra Pubbliche amministrazioni, era possibile affidare direttamente, con convenzione, al Corpo nazionale dei vigili del fuoco il servizio di elisoccorso, nei casi previsti.

Per completezza espositiva il Collegio ricorda come, con sentenza 18 dicembre 2007, in C532/03, la Corte di Giustizia, pronunciandosi su una fattispecie del tutto analoga a quella qui in trattazione, abbia ritenuto non contrastante con gli obblighi nascenti dal Trattato un accordo tra un'amministrazione pubblica ed il servizio dei Vigili del fuoco a Dublino per il trasporto d'urgenza in ambulanza nell'esercizio delle rispettive competenze, come nella specie derivanti dalla legge, con contestuale corresponsione di un contributo destinato a coprire parte dei costi del servizio.

3. Anche il secondo motivo di appello non è suscettibile di positiva valutazione atteso che, da una attenta lettura dell’art. 1 della convenzione, risulta con evidenza che la richiesta di trasporto interospedaliero sanitario è possibile solo, come si evince dal primo periodo, in casi di “estrema urgenza” e, quindi, di pericolo per la persona, a nulla rilevando – in presenza di tale presupposto – che la stessa sia già ricoverata in una struttura ospedaliera.

4. Il terzo e il quarto motivo di appello sono infondati alla luce delle argomentazioni esposte sub 2, in ordine alla natura e alla ratio sottesa all’art. 15, l. n. 241 del 1990, richiamabile anche a seguito dell’intervento del Legislatore del 2013 (art. 8, comma 1, d.l. n. 101) sull’art. 24, d.lgs. n. 139 del 2005 e alla possibilità di affidare al Corpo nazionale dei vigili del fuoco il servizio di cui è causa senza espletamento di una gara.

5. Con il quinto motivo di appello si deduce la violazione delle competenze del Corpo nazionale soccorso alpino e speleologico (CNSAS), espressamente non toccate dal primo alinea del comma 6 bis dell’art. 24, d.l. n. 139 del 2006. L’intervento tecnico nell’ambito delle attività di elisoccorso sanitario è, ad avviso degli appellanti, per legge attribuito in via esclusiva al Corpo nazionale soccorso alpino e speleologico, mentre l’intervento, in tale settore, del Corpo nazionale dei vigili del fuoco può avvenire solo in presenza di circostanze straordinarie alle quali la gestione del servizio di elisoccorso sanitario da parte del Servizio sanitario nazionale, in collaborazione con il Corpo nazionale soccorso alpino e speleologico, non possa far fronte.

Anche tale motivo non è suscettibile di positiva valutazione, alla luce della corretta lettura della normativa di riferimento.

Il comma 2 dell’art. 1, l. n. 74 del 2001 prevede che il “il CNSAS provvede in particolare, nell'ambito delle competenze attribuite al CAI dalla legge 26 gennaio 1963, n. 91, e successive modificazioni, al soccorso degli infortunati, dei pericolanti e al recupero dei caduti nel territorio montano, nell'ambiente ipogeo e nelle zone impervie del territorio nazionale”. Dunque l’obbligo di rivolgersi al Corpo nazionale del soccorso alpino è circoscritta al territorio montano, all'ambiente ipogeo e alle zone impervie del territorio nazionale.

Diversamente, ai sensi del comma 3 dell’art. 2, l. n. 74 del 2001, nel testo modificato dall’art. 5 bis, d.l. 30 dicembre 2009, n. 195, le Regioni possono – e non devono – stipulare apposite convenzioni con le strutture operative regionali e provinciali del CNSAS, per disciplinare i servizi di soccorso e di elisoccorso. La facoltatività di tale stipula è evidente ove si consideri che il testo del comma 3 dell’art. 2, l. n. 74 cit., prima dell’intervento del 2009, prevedeva che “Le regioni …. stipulano apposite convenzioni con le strutture operative regionali e provinciali del CNSAS”.

Logico corollario di quanto appena chiarito è che, al di fuori del soccorso in territorio montano, in ambiente ipogeo e in zone impervie del territorio nazionale, è ben possibile stipulare la convezione di soccorso con il Corpo nazionale dei vigili del fuoco, che svolge tale attività con a bordo del mezzo personale aerosoccorritore certificato SAF 2B e, ove occorre l’intervento in mare, di sommozzatori, o, ancora, personale “nucleare - biologico - chimico – radiologico” (NBCR), impegnato ad operare nelle condizioni più difficili a causa della presenza di sostanze potenzialmente pericolose per la pubblica incolumità (contaminazione da radiazioni nucleari, attentati con armi non convenzionali, rilasci di sostanze pericolose come gas o carburanti a seguito di incidenti).

6. Con il settimo motivo è stata dedotta l’inadeguatezza dei mezzi di elisoccorso in capo ai Vigili del fuoco, come (sarebbe) dimostrato dal fatto che si è più volte dovuto ricorrere all’intervento sostitutivo del 118 piemontese e, in alcune occasioni, di quello toscano. Il motivo è infondato in punto di fatto, come si evince dalla documentazione versata in atti dalla stessa parte appellante. Se è vero che gli interventi non sono stati due o tre, come aveva affermato in primo grado l’Amministrazione resistente, è altresì vero che non sono in numero tale da dimostrare l’inefficienza del servizio offerto dal Corpo nazionale dei vigili del fuoco.

7. Non è suscettibile di positiva valutazione neanche l’ottavo motivo, con il quale si afferma l’erroneità della sentenza del giudice di primo grado, nella parte in cui ha respinto la censura con la quale era stata dedotta l’illegittimità dell’art. 4 della convezione perché – in contrasto con quanto prescritto dall’art. 1.2 dell’Accordo Stato-Regioni del 3 febbraio 2005, che impone l’uso esclusivo degli aeromobili da parte delle centrali operative 118 – ha attribuito il coordinamento operativo al servizio 115.

Rileva il Collegio che non è stata fornita prova certa della mancanza di uso esclusivo dei mezzi, non potendosi considerare tale l’attribuzione del coordinamento operativo al servizio 115 che invece, come condivisibilmente affermato dal giudice di primo grado, risulta coerente con la necessità di scegliere il mezzo aereo più idoneo in relazione al tipo d’intervento richiesto.

8. Per confutare il nono motivo di appello è sufficiente richiamare il comma 6 ter dell’art. 24, d.lgs. n. 139 del 2006 (il comma 6 ter è divenuto comma 11, a seguito della riscrittura dell’art. 24 ad opera dell’art. 4, comma 1, d.lgs. n. 97 del 2017), secondo cui “agli aeromobili del C.N.V.V.F. impiegati negli interventi di soccorso pubblico integrato di cui al comma 6 bis si applicano le disposizioni di cui agli artt. 744, comma 1, e 748 del codice della navigazione”, con la conseguenza che titolare delle verifiche in materia adeguatezza delle condizioni di sicurezza operativa è la stessa Amministrazione, attraverso speciali regolamentazioni mentre i regolamenti comunitari invocati da parte appellante hanno come perimetro di azione la regolazione dell’aviazione civile. Nella specie è l’art. 1, d.m. 10 dicembre 2012 che prevede che il “Dipartimento dei vigili del fuoco, del soccorso pubblico e della difesa civile …. espleta le funzioni di Autorità di regolazione operativa e tecnica, certificazione, vigilanza e controllo della componente aerea del Corpo nazionale dei vigili del fuoco …. secondo quanto previsto dall'art. 748 della parte aeronautica del Codice della navigazione”. Le norme del Codice della navigazione citate consentono, di fatto, al Corpo nazionale dei vigili del fuoco di esercitare l’attività di elisoccorso integrato beneficiando, a differenza di tutti gli altri operatori del settore, del differente regime previsto per gli aeromobili di Stato. Ciò in considerazione delle necessità operative di un operatore istituzionale, il cui fine non è il conseguimento del profitto ma la salute della popolazione.

Non è pertinente il richiamo, svolto dalle appellanti, alla nota Enac del 15 gennaio 2015 sia perché successiva alla data di adozione della delibera di Giunta regionale n. 1721 del 27 dicembre 2013, di approvazione dello schema di convezione con il Ministero dell’interno – Dipartimento dei Vigili del fuoco, sia perché nella stessa si fa riferimento al servizio HEMS, e non a quello – diverso (come chiarito a pag. 3 della convezione) – HEMTS, oggetto della convenzione stessa, che comprende la parte tecnica del soccorso.

E’, infine, manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale del comma 6 ter dell’art. 24, d.l. n. 101 del 2013, sollevata da parte appellante per l’ipotesi in cui il Collegio avesse interpretato il comma 6 ter nel senso di escludere l’obbligo di effettuare sui mezzi i controlli previsti dalla disciplina comunitaria. La questione è stata sollevata in relazione all’art. 77 Cost., per mancanza del presupposto del “caso straordinario di necessità ed urgenza”, che legittima il Governo ad emanare il decreto legge; agli artt. 24, 113, 11 e 117 Cost., perchè la norma violerebbe il principio di effettività della tutela giurisdizionale; agli artt. 32 e 97 Cost., perché sottrarrebbe il servizio di elisoccorso, affidato ai Vigili del fuoco, a fondamentali garanzie di sicurezza e tutela dell’incolumità delle persone.

La questione di legittimità costituzionale è manifestamente infondata. In primo luogo sussistevano i presupposti dell’urgenza per ricorrere ad un decreto legge, stante la necessità di fare chiarezza in ordine all’utilizzo, da parte delle Regioni, dello strumento della convenzione per svolgere, unitamente ai Vigili del fuoco, il servizio di elisoccorso integrato, sgombrando così il campo da dubbi in ordine all’effettiva disciplina da applicare allorchè i Vigili del fuoco svolgessero tale specifica attività. Aggiungasi che i presupposti costituzionali per la decretazione d’urgenza riguardano il decreto-legge nella sua interezza, inteso come insieme di disposizioni omogenee per la materia o per lo scopo (Corte cost. 16 febbraio 2012, n. 22), e il sindacato sulla legittimità dell’adozione, da parte del Governo, di un decreto-legge va comunque limitato ai casi di “evidente mancanza” dei presupposti di straordinaria necessità e urgenza richiesti dall’art. 77, comma 2, Cost. o di “manifesta irragionevolezza o arbitrarietà della relativa valutazione” (Corte cost. 30 aprile 2015, n. 75).

Quanto alla violazione degli artt. 32 e 97 Cost., è sufficiente ricordare che i controlli sussistono, ma sono quelli individuati dalla regolamentazione interna, e le appellanti non hanno dimostrato la loro inefficacia al conseguimento dello scopo della sicurezza.

La ratio sottesa all’intervento del legislatore del 2013 esclude poi la violazione del principio di effettività della tutela giurisdizionale, atteso che non è in ogni caso, sempre e comunque escluso che si possa legiferare in modo difforme a quanto statuito dal giudice con una sentenza, seppure passata in giudicato, ove lo richiedano interessi generali meritevoli di tutela, quali, nel caso all’esame del Collegio, l’efficienza del servizio di elisoccorso integrato e i risparmi di spesa.

9. Il sesto motivo di appello lamenta l’erroneità della sentenza del giudice di primo grado nella parte in cui ha giudicato inammissibile, e comunque infondata nel merito, la censura con la quale era stato dedotto che la remunerazione per ora di volo, riconosciuta ai Vigili del fuoco, sarebbe molto al di sopra del costo medio riconosciuto da altre Regioni ad operatori privati per lo stesso tipo di attività. Ne conseguirebbe che il compenso accordato ai Vigili del fuoco non servirebbe solo a coprire le spese vive e che, quindi, dalla prestazione svolta conseguirebbe un profitto.

Al fine del decidere il Collegio ritiene necessario disporre una verificazione ai sensi dell’art. 66 c.p.a., avente ad oggetto la congruità della somma che è stata prevista quale rimborso spesa dei costi affrontati in attuazione della convenzione impugnata.

Alla verificazione provvederà un docente esperto nel settore dell’ingegneria aereonautica che verrà individuato dal Rettore dell’Università agli Studi “La Sapienza” di Roma entro quindici giorni dalla comunicazione della presente sentenza.

Per l’adempimento del mandato il Verificatore potrà accedere a tutti gli atti del fascicolo processuale dei tre appelli.

Al fine di garantire il contraddittorio tra le parti costituite il Verificatore, prima di procedere, dovrà convocare i difensori delle stesse parti e, prima di depositare la relazione finale, dovrà sottoporre una bozza ai medesimi difensori, che potranno presentare osservazioni scritte sulle quali il Verificatore dovrà in specifico prendere posizione.

La verificazione dovrà essere compiuta nel termine di trenta giorni dalla comunicazione della presente sentenza, con deposito della relazione conclusiva nei successivi trenta giorni.

La relazione finale dovrà contenere una previa ricognizione delle operazioni effettuate, la specificazione delle conclusioni cui perviene e ogni altra informazione utile ai fini della definizione del presente giudizio.

Ai sensi dell’art. 66, comma 3, c.p.a., all’organismo verificatore è assegnato un anticipo sul compenso, determinato in complessivi euro mille, provvisoriamente posto a carico delle tre appellanti.

10. In conclusione, respinti i motivi di ricorso dal primo al quinto e dal settimo al nono, si rinvia, per la decisione del sesto motivo, all’esito della verificazione. Si fissa, a tal fine, per il prosieguo la pubblica udienza del 26 luglio 2018.

11. Al definitivo anche la statuizione sulle spese.

**P.Q.M.**

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza),

pronunciando sugli appelli nn. 3424/2015, 3426/2015 e 3428/2015, come in epigrafe proposti: a) li riunisce; b) respinge i motivi di appelli dal primo al quinto e dal settimo al nono; c) dispone, in relazione al sesto motivo, una verificazione.

Fissa l’udienza di discussione del merito alla data del 26 luglio 2018.

Spese al definitivo.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 15 febbraio 2018 con l'intervento dei magistrati:

Franco Frattini, Presidente

Umberto Realfonzo, Consigliere

Massimiliano Noccelli, Consigliere

Paola Alba Aurora Puliatti, Consigliere

Giulia Ferrari, Consigliere, Estensore

Pubblicato il 23/02/2018
**N. 00092/2018 REG.PROV.COLL.**
**N. 00795/2017 REG.RIC.**

**REPUBBLICA ITALIANA**
**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**
**Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio**
**sezione staccata di Latina (Sezione Prima)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso n. 795 del 2017 R.G., proposto da Ars Educandi cooperativa sociale, in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dall’avvocato Luisa Durazzano, da intendersi domiciliata agli effetti del presente giudizio presso la segreteria;
***contro***
il ministero dell’istruzione, dell’università e della ricerca, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall’avvocatura generale dello Stato, presso la cui sede in Roma, via dei Portoghesi n. 12, è domiciliato ex lege;
Istituto Comprensivo 2° Anagni non costituito in giudizio;
***nei confronti di***
Stile libero società cooperativa sociale, in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dagli avvocati Alessandro Agostini e Stefano Tanachella, da intendersi domiciliata agli effetti del presente giudizio presso la segreteria della sezione;
***per l’annullamento, previa sospensione dell’esecuzione***
del decreto di aggiudicazione definitiva della gara per l’affidamento del servizio di assistenza specialistica per l’anno scolastico 2017-2018 presso l’istituto comprensivo 2° Anagni, della risposta del Dirigente scolastico alla diffida della ricorrente, del decreto recante l’aggiudicazione provvisoria della gara, del bando di gara e dell’avviso pubblico e di ogni altro atto presupposto, connesso e/o conseguente nonché per la dichiarazione di inefficacia del contratto eventualmente stipulato e per l’aggiudicazione della gara alla ricorrente mediante subentro e, in ogni caso, per la condanna dell’amministrazione al risarcimento dei danni anche informa specifica.;

Visti il ricorso e i relativi allegati;
Visti gli atti di costituzione in giudizio del Ministero dell'Istruzione dell'Università e della Ricerca e di Stile Libero - Soc. Coop. Soc. Onlus;
Viste le memorie difensive;
Visti tutti gli atti della causa;
Relatore nell'udienza pubblica del giorno 25 gennaio 2018 il dott. Davide Soricelli e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

**FATTO**

Con il ricorso all’esame la cooperativa ricorrente contesta gli esiti della procedura di gara indicata in epigrafe denunciando in particolare che illegittimamente: 1) il Dirigente scolastico ha cumulato nella propria persona le funzioni di responsabile unico del procedimento e di presidente della commissione di gara, così violando l’articolo 77, comma 4, d.lg. 18 aprile 2016, n. 50 che prevede invece l’incompatibilità tra tali funzioni; 2) non sono stati pubblicati sul profilo del committente nella sezione “amministrazione trasparente” tutti gli atti della procedura e, in particolare, il provvedimento di nomina della commissione (coi curricula dei componenti) e il verbale della commissione del 3 ottobre 2017 (relativo alla seduta in cui sono state esaminate e valutate le offerte) con conseguente violazione dell’articolo 29 d.lg. n. 50; 3) il bando di gara richiede quale requisito di ammissione il possesso di una sede operativa funzionante stabilmente nel territorio della provincia di Frosinone, con violazione conseguente del principio di concorrenza e di massima apertura delle gare pubbliche; 4) l’avviso pubblico richiede quale requisito di ammissione esperienza di tre anni nel settore dell’assistenza ai disabili mentre il bando di gara per il medesimo requisito richiede esperienza di 5 anni, con conseguente insanabile contraddittorietà della lex specialis; 5) i criteri di valutazione delle offerte (in particolare quello della innovatività delle proposte laboratoriali e dei progetti aggiuntivi e migliorativi) è del tutto generico; 6) l’articolo 9 del bando prevede l’attribuzione di un punteggio per l’esperienza maturata dal concorrente nel settore dell’assistenza ai disabili graduandolo in base al numero di scuole presso le quali tale esperienza è stata maturata; ciò violerebbe il principio generale secondo cui elementi attinenti alla capacità tecnica non possono costituire parametro di valutazione delle offerte tanto più che il parametro del numero degli istituti presso cui l’esperienza è stata maturata non è in alcun modo in grado di fornire elementi in ordine alla qualità dell’offerta; a ciò si aggiunge che è irragionevole sia il punteggio massimo previsto in correlazione alle esperienza in questione sia la circostanza che il medesimo criterio faccia riferimento alle sole esperienze maturate presso scuole dell’infanzia – primaria o secondaria di primo grado e non presso qualsiasi istituzione scolastica; analoga censura, mutatis mutandis, è formulata relativamente al criterio “continuità degli operatori” e alla previsione di un punteggio per ogni operatore in possesso di attestato di corso di formazione metodo A.B.A..
Il ministero dell’istruzione dell’università e della ricerca e l’aggiudicataria resistono al ricorso.
Con ordinanza n. 310 del 7 dicembre 2017 la sezione ha respinto l’istanza di tutela cautelare.

**DIRITTO**

Preliminarmente va respinta l’eccezione di inammissibilità del ricorso per difetto di interesse sollevata dalla controinteressata che sostiene che la ricorrente non avrebbe offerto la “prova di resistenza”, cioè non avrebbe dimostrato che, in difetto delle illegittimità denunciate, essa si sarebbe aggiudicata la gara.
L’eccezione è infondata dato che chi contesta gli esiti di una gara non è in generale tenuto a offrire la prova che in difetto delle illegittimità che denuncia l’avrebbe vinta; ciò vale in particolare nei casi in cui – come avviene nella fattispecie – sono denunciate illegittimità che, ove ritenute fondate, comporterebbero l’annullamento delle operazioni di gara e la rinnovazione della procedura.
Ciò premesso, il ricorso è in parte fondato.
È anzitutto infondato il primo motivo con il quale viene denunciata l’illegittimità della composizione della commissione di gara.
Va premesso che il provvedimento di nomina della commissione non è stato depositato dalle parti (la ricorrente sostiene che esso non è stato neppure pubblicato nelle forme prescritte dall’articolo 29 d.lg. n. 50); non è comunque stato contestato che il Dirigente scolastico abbia cumulato le funzioni di presidente della commissione e di r.u.p..
E infatti la difesa dell’amministrazione ha contestato la censura proposta rilevando che l’articolo 77 d.lg. n. 50 non sarebbe applicabile nella fattispecie venendo in rilievo un contratto “sotto soglia” e invocando un parere del Consiglio di Stato che, muovendo dalla continuità esistente tra il “vecchio” articolo 84 d.lg. 12 aprile 2006, n. 163 e il nuovo articolo 77 d.lg. n. 50, esclude la configurazione di automatiche incompatibilità a carico del r.u.p..
Il Collegio osserva che, anche a prescindere dal carattere di contratto sotto soglia dell’affidamento all’esame (rilievo al quale potrebbe opporsi che l’incompatibilità invocata è questione di “trasparenza” al rispetto del cui principio sono soggetti anche i contratti sotto soglia), l’articolo 77 è stato modificato (la nuova formulazione è in vigore dal 20 maggio 2017), nel senso di non escludere a priori la partecipazione del r.u.p. alle commissioni di gara (“la nomina del RUP a membro delle commissioni di gara è valutata con riferimento alla singola procedura”); nella fattispecie, se si considera la modestia dell’affidamento e soprattutto la circostanza che la stazione appaltante è un istituto di istruzione nel cui organico deve supporsi non esista personale amministrativo che abbia una particolare specializzazione in materia di gare, la partecipazione alla commissione del Dirigente scolastico che ha anche assunto la veste di r.u.p. non può essere considerata illegittima, apparendo ragionevolmente giustificata.
La mancata pubblicazione degli atti di gara nelle forme dell’articolo 29 – benchè imposta dalla natura di adempimento posto a garanzia della trasparenza della procedura – non implica illegittimità degli atti di gara potendo solo influire sulla decorrenza dei termini per la proposizione delle impugnazioni basate sulla conoscenza degli atti non resi noti.
La censura relativa al requisito della sede nella provincia di Frosinone è invece inammissibile dato che la ricorrente – avendo partecipato alla gara e risultando che si è collocata al secondo posto della relativa graduatoria (in particolare il collocamento al secondo posto risulta dalla memoria della controinteressata) – non è stata lesa (ma al limite favorita) da tale previsione.
Analoga considerazione può esser fatta per la contraddittorietà della durata dell’esperienza richiesta quale requisito di ammissione alla gara (tre anni secondo l’avviso pubblico e cinque anni secondo il bando); la ricorrente non ha ragione di dolersi di questa contraddizione dato che ha partecipato alla gara ed era quindi (verosimilmente) in possesso del requisito più restrittivo richiesto dal bando.
Risultano invece in parte fondate le censure formulate avverso il bando di gara e, in particolare, quelle che denunciano la illegittima commistione tra requisiti soggettivi di partecipazione alla gara e parametri per la valutazione delle offerte.
Per regola generale, applicabile anche ai contatti sotto soglia, trattandosi di regola posta a garanzia della parità di trattamento e della concorrenza tra gli operatori, non è consentito inserire tra i criteri di valutazione delle offerte elementi relativi alla capacità tecnica dell’impresa; nella fattispecie, invece, il bando di gara prevede tra i criteri di valutazione dell’offerta elementi che con l’offerta oggettivamente considerata non presentano alcun legame, riferendosi invece a caratteristiche (oltretutto quantitativo-dimensionali) del concorrente; ciò vale in particolare per l’elemento relativo all’esperienza maturata nel settore dell’assistenza ai disabili presso scuole dell’infanzia – primaria e secondaria di primo grado, con “l’aggravante” che per questo criterio è prevista l’attribuzione di un punteggio massimo elevato (sino a trenta punti) e graduato in base al numero di istituti presso il quale è stata maturata l’esperienza (con l’evidente conseguenza che sono favoriti i concorrenti di maggiori dimensioni); né l’introduzione di questo criterio di valutazione può essere eccezionalmente giustificabile in base al rilievo che l’esperienza così maturata possa essere in grado di garantire una maggiore qualità dell’offerta (a differenza per es. del criterio relativo alla continuità degli operatori ovvero al possesso da parte degli addetti dell’attestato di formazione metodo A.B.A., criteri per i quali potrebbe fondatamente sostenersi che essi riflettono una miglior qualità del servizio erogabile). La circostanza che il concorrente abbia svolto un servizio analogo a quello posto in gara presso altri istituti scolastici (magari in gran numero) non garantisce infatti che l’offerta dell’operatore così qualificato sia migliore di quella di altri operatori che abbiano maturato esperienze meno (quantitativamente) significative.
Ciò comporta, con assorbimento di ogni altra censura, l’annullamento della lex specialis di gara e, in via derivata, di tutti gli atti del procedimento.
In ordine alla conseguenze dell’annullamento e, in sintesi, ritiene il Collegio: a) di non dichiarare inefficace il contratto ex articolo 122 c.p.a., considerato che il vizio riscontrato comporterebbe la rinnovazione dell’intero procedimento a partire dalla redazione di un nuovo bando di gara; in questa situazione, quindi, la dichiarazione di inefficacia, considerato altresì che si tratta di un affidamento limitato al corrente anno scolastico che è ormai ampiamente trascorso e quasi prossimo alla scadenza, non attribuirebbe alcun concreto vantaggio alla ricorrente e priverebbe soltanto gli utenti del servizio; b) di respingere la domanda avente a oggetto l’aggiudicazione della gara alla ricorrente e il suo “subentro” nel servizio; è infatti evidente che l’accoglimento di tale domanda presupporrebbe l’avvenuto riscontro della illegittimità della mancata aggiudicazione alla ricorrente (cioè l’accertamento che, in difetto delle illegittimità denunciate, essa avrebbe vinto la gara); così tuttavia non è, dato che la ricorrente non ha proposto vizi il cui positivo riscontro avesse una tale conseguenza ma esclusivamente vizi il cui riscontro avrebbe implicato l’integrale rinnovazione (e tale sarebbe la conseguenza del vizio riscontrato); c) di respingere infine la domanda di risarcimento dei danni “anche in forma specifica”; si tratta infatti di una domanda formulata in termini del tutto generici senza neppure la allegazione dello specifico danno di cui si chiede la riparazione; in realtà, esclusa la possibilità di reintegrazione in forma specifica (cioè dell’aggiudicazione del servizio alla ricorrente) per le ragioni appena esaminate, l’unico danno che la ricorrente potrebbe aver subito è quello derivante dal mero fatto della partecipazione alla gara (che comporta naturalmente dei costi), ma a parte che non sono questi i danni di cui è stato chiesto il ristoro (nel senso che questi danni non sono stati allegati né provati), è ragionevole supporre, tenuto conto della modestia della gara, che la partecipazione alla stessa non abbia implicato a carico del concorrente il sostenimento di costi significativi.
Conclusivamente il ricorso è accolto in parte, con conseguente annullamento degli atti di gara. Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate in dispositivo.

**P.Q.M.**

Il Tribunale amministrativo regionale del Lazio, sezione staccata di Latina, definitivamente pronunciandosi sul ricorso in epigrafe, lo accoglie in parte, come da motivazione.
Condanna l’amministrazione al pagamento delle spese di giudizio che liquida in euro duemila, oltre accessori di legge, con distrazione al difensore della ricorrente per dichiarato anticipo.
Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.
Così deciso in Latina nella camera di consiglio del giorno 25 gennaio 2018 con l'intervento dei magistrati:
Antonio Vinciguerra, Presidente
Davide Soricelli, Consigliere, Estensore
Antonio Massimo Marra, Consigliere

Pubblicato il 20/02/2018
**N. 01973/2018 REG.PROV.COLL.**
**N. 02172/2017 REG.RIC.**

**REPUBBLICA ITALIANA**
**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**
**Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio**

**(Sezione Terza Quater)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 2172 del 2017 proposto dalla spa Istituto Biochimico Italiano - Giovanni Lorenzini, in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentata e difesa dagli avv.ti Antonio Lirosi e Cinzia Guglielmello presso il cui studio in Roma, Via delle Quattro Fontane n.20, è elettivamente domiciliata;
***contro***
la Regione Lazio, in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentata e difesa dall'avv. Fiammetta Fusco ed elettivamente domiciliata presso la sede dell'Avvocatura Regionale in Roma, Via Marcantonio Colonna n.27;
***nei confronti di***
Correvio Italia spa, in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentata e difesa, anche disgiuntamente, dagli avv.ti Sonia Selletti, Mauro Putignano, Gabriele Cuonzo, Daniele Ampollini e Fabrizio Paoletti ed elettivamente domiciliata presso lo studio dell'avv. Paoletti in Roma, Via
Maresciallo Pilsudiski, 118;
***per l'annullamento:***
- dell'appalto specifico indetto dalla Regione Lazio - tramite la piattaforma SDAPA Farmaci 2 della Consip - con determinazione del Direttore della Direzione centrale Acquisiti n.G16639 del 29.12.2016, pubblicata sul sito della citata Regione in data 30/12/2016 e sul BUR n.3 del 10.1.2017, per la "fornitura di prodotti farmaceutici utilizzati in ambito ospedaliero per la distribuzione diretta occorrenti alla Aziende Sanitaria della Regione Lazio" nella parte in cui per il lotto n.1097 A - Tirofiban - richiede come forma farmaceutica la fiala da 50 ml; a provvedimento del Ministero della Salute n. DGRPROF/1.5.h.a.7.1/, di mancato del rilascio della European Professional Card – EPC n. 18285, del 15.06.2017;
- della determinazione del Direttore Generale della Centrale Acquisti n.G01135 del 6.2.2017 nella parte in cui non inserendo il lotto A tra quelli oggetto di modifica di cui all'All.A - ha confermato quanto prescritto in proposito nella precedente determinazione regionale;
- della lettera di invito e del capitolato di oneri e relativi allegati laddove interpretati nel senso di non ammettere prodotti già commercializzati in sacche già pronte per l'uso;
- del chiarimento del 7.2.2017 con cui la stazione appaltante in relazione al quesito formulato dalla società ricorrente ha affermato che " la Ditta potrà presentare offerta a parità di concentrazione richiesta nella tabella elenco lotti",
- di tutti gli atti presupposti, connessi e/o conseguenziali, così come indicati nell'epigrafe del gravame.

Visti il ricorso e i relativi allegati;
Visti gli atti di costituzione in giudizio della Regione Lazio e della Correvio spa;
Viste le memorie difensive;
Visti tutti gli atti della causa;
Relatore nella camera di consiglio del giorno 13 febbraio 2018 il dott. Giuseppe Sapone e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

**FATTO e DIRITTO**

La società ricorrente, la quale commercializza il farmaco generico Tirofiban Ibisquis a base del principio attivo Tirofiban in sacche da 250 ml ciascuna contenente 12,5 mg del citato principio attivo, con il proposto gravame ha impugnato gli atti, in epigrafe indicati, relativi al lotto 1097 - A della gara indetta dalla regione Lazio, contestando che nel suddetto lotto era prevista la fornitura del principio attivo Tirofiban clorodidrato monoidrato nella sola forma farmaceutica della Fiala, con dosaggio di 50 ml (0,25mg/ml), corrispondente in toto al farmaco Aggrastat 250 mcg/ml concentrato per soluzione per infusione, commercializzato in flaconcini da 50 ml dalla Correvio spa.
Il ricorso è affidato al seguente ed articolato motivo di doglianza:
Violazione e falsa applicazione dell'art.10, comma 1, della Direttiva 83/2001/CE. Difetto di istruttoria. Eccesso di potere per insussistenza e falsità dei presupposti. Violazione dei principi di ragionevolezza. Violazione dei principi di concorrenza e di non discriminazione, di imparzialità e di trasparenza, di massima partecipazione alla gare e par condicio. Sviamento di potere. Contraddittorietà.
E' da rilevare in punto di fatto che:
a) nelle more della procedura di gara la Regione Lazio con riferimento ad uno specifico quesito posto dalla società ricorrente relativamente alla formulazione del lotto in questione ha precisato, con il chiarimento, pure gravato in via principale, che la "Ditta potrà presentare offerte a parità di concentrazione richiesta nella tabelle lotti";
b) il suddetto lotto è stato, infine aggiudicato all'Istituto Biochimico Italiano - Giovanni Lorenzini in quanto il prezzo del proprio farmaco era risultato inferiore a quello del farmaco della Correvio.
Si è costituita in giudizio la Regione Lazio la quale ha contestato la fondatezza del ricorso incidentale proposto dalla Correvio avverso il predetto chiarimento, sostenendo che era possibile offrire indifferentemente un prodotto in sacca o un prodotto in fiala e che occorreva far riferimento alla concentrazione " terapeutica", da individuare nella quantità di principio attivo necessaria a svolgere l'attività terapeutica, con la conseguenza che il farmaco della società ricorrente risultava in possesso di tale requisito.
Si è costituita pure la predetta Correvio, la quale:
a) ha prospettato la tardività del proposto gravame ed ha contestato la fondatezza delle dedotte doglianze;
b) ha proposto ricorso incidentale alla luce dell'interpretazione del chiarimento reso dalla stazione appaltante contestando la mancata esclusione dell'offerta della ricorrente e formulando a tal fine il seguente motivo di doglianza:
Violazione e falsa applicazione della lex specialis. Eccesso di potere per sviamento, travisamento dei fatti, manifesta illogicità ed irragionevolezza, difetto di motivazione, contraddittorietà. Violazione del principio di par condicio;
c) ha, da ultimo, proposto, motivi aggiunti di doglianza con cui ha impugnato la determinazione regionale G0969665 dell'11 luglio 2017 con la quale è stato aggiudicato alla ricorrente il lotto in questione, deducendo a tal fine il seguente ed articolato motivo di doglianza:
Violazione e falsa applicazione della lex specialis per violazione delle specifiche tecniche dei prodotti offerti. Violazione e falsa applicazione dell'art.9, comma 5, del d.l. n.264/1974, convertito in legge n.386 del 1974 e dell'art.3, comma 128, espressamente richiamati nel Capitolato speciale. Eccesso di potere per travisamento dei fatti, sviamento, illogicità manifesta, contraddittorietà, violazione della par condicio tra i concorrenti, sviamento, difetto di istruttoria e di motivazione.
Alla pubblica udienza del 13 febbraio 2018 il ricorso è stato assunto in decisione.
In ordine logico deve essere esaminato per prima il ricorso incidentale proposto dalla Correvio spa avverso il chiarimento della stazione appaltante in forza del quale l'offerta della ricorrente è stata ammessa a partecipare alla gara.
Al riguardo il Collegio osserva che:
I) nessun formale provvedimento di ammissione è stato adottato dalla stazione appaltante;
II) il chiarimento de quo (la Ditta potrà presentare offerta a parità di concentrazione richiesta nelle tabelle lotti) era esplicito nel ritenere determinante ai fini della partecipazione unicamente il requisito della concentrazione, negando al contempo rilevanza alla forma farmaceutica del farmaco, in contrasto con quanto era stato palesemente previsto dalla lex specialis;
III) in simile contesto, quindi, non potendo tale chiarimento essere autonomamente impugnato in assenza di un successivo provvedimento di ammissione, la Correvio era tenuta a proporre ricorso incidentale solo allorchè ha avuto consapevolezza che la stazione appaltante alla luce dell'interpretazione estensiva del menzionato chiarimento avrebbe ammesso alla gara l'offerta della controinteressata;
IV) tale situazione si è concretizzata allorchè la resistente regione nella memoria del 17 marzo 2017 ha riconosciuto la legittimità del suddetto chiarimento, e pertanto dalla data di deposito in giudizio della stessa decorreva il termine per proporre il ricorso incidentale, che la Correvio ha correttamente rispettato.
Ad abundantiam deve essere, inoltre, sottolineato che:
1) la disposizione di cui all'art. 120, comma 2 bis, c.p.a., come introdotta dal d.lg. n. 50 del 2016, prevede espressamente ed inequivocabilmente che il dies a quo per proporre tale particolare impugnativa decorra dalla pubblicazione del provvedimento che determina esclusioni /ammissioni sul profilo della Stazione Appaltante; stante la specialità di una simile previsione, va da sé che inevitabilmente sia destinata a prevalere su ogni altra previsione o applicazione di tipo giurisprudenziale. In particolare, l'art. 120, comma 2 bis, c.p.a. è derogatorio dei principi tradizionalmente ricevuti e, prevedendo un meccanismo notevolmente oneroso per i potenziali ricorrenti, deve ritenersi di stretta interpretazione. Tale norma non può trovare diretta e testuale applicazione nel caso di mancata pubblicazione delle ammissioni sul profilo del committente della Stazione Appaltante ai sensi dell'art. 29, comma 1, Codice dei contratti pubblici " (Tar Lazio, Sez.III quater, n.9379/2017; Sez.II quater, n.8704/2017; Tar Campania, sez.V, n.4689/2017);
2) ne discende, pertanto, che in assenza del presupposto richiamato dalla citata norma e al fine di garantire in ogni caso un'effettiva tutela giurisdizionale l'illegittima ammissione del concorrente risultato aggiudicatario può essere prospettata in sede di impugnazione dell'aggiudicazione definitiva, come ha diligentemente fatto la Correvio con i motivi aggiunti.
Ciò considerato, risulta fondata la doglianza prospettante l'illegittimità del contestato chiarimento e la conseguente ammissione alla gara della offerta della società ricorrente, atteso che:
a) la lex specialis della gara prevedeva per il principio attivo Tirofibian Cloroidrato Monoidrato solamente la forma farmaceutica della fiala;
b) il capitolato ha stabilito in via generale che " le forme farmaceutiche " compresse" e "capsule" nonchè " fiale" e "flacone" si intendono sovrapponibili se non espressamente indicato il contrario;
c) per alcuni lotti, ma non per quello oggetto della presente controversia, il Capitolato ha espressamente previsto la possibilità di offrire il medicinale in fiala o in sacca;
d) ne discende, quindi, che essendo stata prevista per il predetto lotto soltanto la forma farmaceutica della fiala, il chiarimento reso dalla stazione appaltante che aveva considerato determinante ai fini dell'ammissione alla gara unicamente la quantità di principio attivo necessaria a svolgere l'attività terapeutica, che il farmaco del menzionato Laboratorio posseva, risulta in palese contrasto con la lex specialis.
L'accoglimento del ricorso incidentale comporta che il Collegio è chiamato ad esaminare le censure dedotte in via principale, con cui è stata contestata la lex specialis in quanto avrebbe illegittimamente precluso la partecipazione alla gara della ricorrente, il cui farmaco non aveva la forma farmaceutica della fiala.
Il gravame deve essere dichiarato tardivo.
Al riguardo deve essere osservato che:
I) la lex specialis nella parte in cui prevedeva la forma farmaceutica della fiala risultava preclusiva della partecipazione della società ricorrente, come è avvalorato dall'art.5 del Capitolato, il quale stabiliva che i prodotti oggetto della fornitura "dovranno corrispondere a quanto richiesto nell'Allegato Elenco Lotti in termini di principio attivo, dosaggio e forma farmaceutica ed eventuali altre caratteristiche specificate nella colonna via di somministrazione terapeutiche" e che " il difetto dei predetti requisiti riscontrati prima della stipula della convenzione comporterà la decadenza e/o revoca e/o annullamento dell'aggiudicazione";
II) stante la natura ostativa della suddetta disciplina alla partecipazione della ricorrente e quindi direttamente lesiva della sua sfera giuridica ne discende che la determinazione di indizione della gara, pubblicata sul sito della Regione Lazio il 30/12/2016 e sul BUR del 10/1/2017, doveva essere ritualmente impugnata entro il termine decadenziale di 30 gg, che non è stato rispettato nella controversia in esame;
III) nè a suffragare la tempestività della proposizione del gravame risulta essere conferente il rilievo ricorsuale che si basa sulla circostanza che con successiva determinazione del 6.2.2017 la Regione Lazio ha modificato i lotti della gara in questione ed ha contestualmente prorogato il termine per la presentazione delle offerte, atteso che tale modifica non ha alcun moto investito il lotto 1097-A e, pertanto, assume in relazione a quest'ultimo natura meramente confermativa.
Fondata, per le argomentazioni di cui sopra, è infine la doglianza formulata con i motivi aggiunti, dedotti dalla Correvio avverso il provvedimento di aggiudicazione definitiva a favore dell'Istituto Biochimico Italiano - Giovanni Lorenzini con la quale è stata contestata la mancata esclusione dell'offerta di quest'ultimo.
Per quanto riguarda la domanda sempre formulata con i motivi aggiunti di condanna dell'amministrazione resistente al risarcimento del danno in forma specifica mediante aggiudicazione dell'appalto e subentro nel contratto previa dichiarazione di inefficacia di quello eventualmente stipulato dalla stazione appaltante con la società ricorrente, il Collegio la rigetta avuto presente che:
a) come affermato nella delibera di aggiudicazione impugnata l'esecuzione della fornitura in questione doveva essere eseguita in via di urgenza ai sensi dell'art.32, comma 8, de d.lgvo n.50/2016;
b) la Correvio non ha in alcun modo dimostrato che il contratto tra la stazione appaltante e l'aggiudicataria non era stato in alcun modo stipulato ovvero che anche se stipulato vi era stato solo un principio di esecuzione, tale da giustificare il proprio subentro.
In definitiva il Collegio:
a) accoglie il ricorso incidentale proposto dalla Correvio nonchè i successivi motivi aggiunti proposti da quest'ultima avverso l'aggiudicazione definitiva a favore della ricorrente;
b) dichiara irricevibile il ricorso principale;
c) rigetta la domanda della Correvio tesa ad ottenere la condanna dell'amministrazione regionale al risarcimento del danno in forma specifica.
Sussistono i presupposti per compensare tra le parti le spese del presente giudizio, alla luce della peculiarità delle questioni dibattute.

**P.Q.M.**

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Terza Quater), definitivamente pronunciando sul ricorso n.2172 del 2017, come in epigrafe proposto:
a) accoglie il ricorso incidentale e i motivi aggiunti proposti dalla Correvio spa e, per gli effetti, annulla la gravata aggiudicazione;
b) dichiara irricevibile il ricorso principale;
c) rigetta la domanda risarcitoria proposta dalla Correvio.
Spese compensate.
Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.
Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 13 febbraio 2018 con l'intervento dei magistrati:
Giuseppe Sapone, Presidente, Estensore
Pierina Biancofiore, Consigliere
Alfredo Storto, Consigliere

Pubblicato il 21/02/2018
N. 00500/2018 REG.PROV.COLL.
N. 02614/2017 REG.RIC.

**REPUBBLICA ITALIANA**
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia

(Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 2614 del 2017, proposto da:
Elettronica Bio Medicale S.p.a., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avvocati Luca Tufarelli e Mario Di Carlo, con domicilio eletto presso lo studio Luca Tufarelli in Milano, via Monte Napoleone, 20;
contro
Ats Citta' Metropolitana di Milano, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avvocati Marino Bottini e Simona Falconieri, con domicilio eletto presso il loro studio in Milano, corso Italia, 19;
Azienda Socio Sanitaria Territoriale Asst Rhodense non costituitasi in giudizio;
nei confronti di
Medicair Italia S.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avvocato Stefano Soncini, con domicilio eletto presso il suo studio in Milano, viale Elvezia, 12;
per l'annullamento
degli atti relativi alla procedura aperta finalizzata all'affidamento del servizio di assistenza e di manutenzione delle apparecchiature per ventiloterapia di proprietà della ATS della Città Metropolitana di Milano e della ASST Rhodense, lotti 1, 8, 10, 13, 14 e 37, ed in particolare:
- della deliberazione n. 1326 del 9.10.2017, comunicata ad EBM in pari data, nella parte in cui ha aggiudicato i lotti 1, 8, 10, 13, 14 e 37 alla Medicair Italia S.r.l. anziché alla EBM;
- del provvedimento di presa d’atto dell’esito della gara dell’ASST Rhodense, di estremi e contenuto non noto;
- dei verbali di gara e relativi allegati ed, in particolare, del verbale n. 110 del 2.08.2017, n. 120 del 25.08.2017 e n. 131 del 4.10.2017;
- del Bando, disciplinare, capitolato speciale d’appalto, chiarimenti nelle more intervenuti e della lex specialis tutta;
- dei contratti ove nelle more intervenuti;
- di qualsiasi altro atto e/o documento presupposto, connesso e conseguente.

Visti il ricorso e i relativi allegati;
Visti gli atti di costituzione in giudizio di Ats Citta' Metropolitana di Milano e di Medicair Italia S.r.l.;
Viste le memorie difensive;
Visti tutti gli atti della causa;
Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;
Relatore nell'udienza pubblica del giorno 8 febbraio 2018 la dott.ssa Elena Quadri e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

**FATTO**

L’Ats Citta' Metropolitana di Milano ha indetto una gara a procedura aperta espletata in unione d’acquisto con l’Asst Rhodense per l’affidamento con il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa del servizio di assistenza e di manutenzione di apparecchiature per ventiloterapia di proprietà delle due aziende interessate.
Per i lotti 1, 8, 10, 13, 14 e 37 della procedura in questione, che riguardano l’assistenza e la manutenzione di apparecchiature prodotte da Breas e Apex, partecipavano Elettronica Bio Medicale S.p.a. e Medicair Italia S.r.l., e le offerte tecniche delle due concorrenti ottenevano, rispettivamente, 70 e 38,34 punti.
Anche l’offerta economica dell’odierna ricorrente era più bassa per tutti i lotti suindicati (mentre quella di Medicair non contemplava alcun ribasso rispetto alla base d’asta), lotti che venivano, quindi, alla stessa aggiudicati.
Successivamente la stazione appaltante procedeva ad effettuare la valutazione di anomalia dell’offerta di Elettronica Bio Medicale, che risultava congrua.
Nel frattempo, in seguito alla segnalazione di Medicair sulla sussistenza di una condizione di esclusività commerciale sulle apparecchiature Breas ed Apex, il RUP comunicava di avere interpellato in merito le società in questione, che avevano confermato l’esistenza di rapporti esclusivi con detto operatore (cfr. il verbale n. 131 del 4 ottobre 2017) e proponeva l’aggiudicazione dei lotti 1, 8, 10, 13, 14 e 37 a Medicair, proposta che veniva confermata con il provvedimento di aggiudicazione definitiva del 9 ottobre 2017, per un importo del valore complessivo di euro 316.170,00, corrispondente alla base d’asta.
Con il ricorso all’esame del collegio la società istante ha impugnato i provvedimenti indicati in epigrafe, con i quali la stazione appaltante ha aggiudicato in via diretta alla Medicair Italia S.r.l. i lotti 1, 8, 10, 13, 14 e 37 della procedura in questione.
A sostegno del proprio gravame l’istante ha dedotto i seguenti motivi di diritto:
Violazione della lex specialis di gara e degli artt. 4, 32, 63, 83, 94 e 95 del d.lgs. n. 50/2016; eccesso di potere per difetto di istruttoria, sviamento dalla causa tipica, travisamento dei fatti, difetto di motivazione, violazione del legittimo affidamento, atteso che, dopo avere indetto una procedura di gara che prevedeva l’aggiudicazione con il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa, la stazione appaltante, invece di aggiudicarla al soggetto risultato primo in graduatoria, si sarebbe determinata ad aggiudicarla al soggetto che vanta un’esclusiva commerciale, violando la lex specialis di gara;
Violazione della normativa in materia di dispositivi medici, in part. degli artt. 3 del d.lgs.n. 46/97, 3 del d.lgs. n. 332/2000 e 2 della Direttiva 90/385/CEE; eccesso di potere per illegittima restrizione della concorrenza;
Violazione dell’art. 63 del d.lgs. n. 50/2016, dell’art. 32 della Dir. 2014/24/UE, degli artt. 1743 e 2596 c.c.; eccesso di potere per difetto dei presupposti, difetto di istruttoria, travisamento dei fatti, difetto di motivazione, contraddittorietà, violazione dei principi di economicità, efficienza e buona amministrazione, atteso che la stazione appaltante, nell’ambito di una procedura aperta, avrebbe poi proceduto illegittimamente ad un affidamento diretto senza che ne sussistessero i presupposti.
Con memoria notificata alle controparti e depositata in giudizio il 23 dicembre 2017, da valere anche come ricorso per motivi aggiunti, la società istante ha specificato le proprie censure.
Si sono costituite in giudizio l’Ats Citta' Metropolitana di Milano e Medicair Italia S.r.l., che hanno eccepito il difetto di giurisdizione in ordine alle censure afferenti gli assunti illeciti antitrust, ai sensi dell’art. 33, comma 2, della legge n. 287/1990, chiedendo, comunque, il rigetto del ricorso per infondatezza nel merito.
Successivamente le parti costituite hanno depositato memorie a sostegno delle rispettive conclusioni.
All’udienza pubblica dell’8 febbraio 2017 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

**DIRITTO**

Il collegio ritiene, in via preliminare, di disattendere l’eccezione di difetto di giurisdizione sollevata dalle controparti in relazione alle censure afferenti gli assunti illeciti antitrust.
Tali doglianze concernono, infatti, chiaramente, profili afferenti la violazione della disciplina dei contratti pubblici, della regolamentazione dei dispositivi medici e dei servizi professionali del mercato interno, che appartengono al sindacato giurisdizionale del giudice amministrativo.
Nel merito, il ricorso è fondato.
Ed invero, l’art. 63 del d.lgs. n. 50/2016, che disciplina l’uso della procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara, così recita: “1. Nei casi e nelle circostanze indicati nei seguenti commi, le amministrazioni aggiudicatrici possono aggiudicare appalti pubblici mediante una procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara, dando conto con adeguata motivazione, nel primo atto della procedura, della sussistenza dei relativi presupposti.
2. Nel caso di appalti pubblici di lavori, forniture e servizi, la procedura negoziata senza previa pubblicazione può essere utilizzata:
…
b) quando i lavori, le forniture o i servizi possono essere forniti unicamente da un determinato operatore economico per una delle seguenti ragioni:
…
3) la tutela di diritti esclusivi, inclusi i diritti di proprietà intellettuale.
Le eccezioni di cui ai punti 2) e 3) si applicano solo quando non esistono altri operatori economici o soluzioni alternative ragionevoli e l'assenza di concorrenza non è il risultato di una limitazione artificiale dei parametri dell'appalto;
…
Le circostanze invocate a giustificazione del ricorso alla procedura di cui al presente articolo non devono essere in alcun caso imputabili alle amministrazioni aggiudicatrici”.
In relazione all’interpretazione della norma in questione e dell’art. 57 del precedente codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 163/2006), con particolare riferimento alla ricorrenza dei presupposti, la costante giurisprudenza amministrativa così si è espressa:
“Osserva il Collegio che lo stesso art. 57 del codice vigente al momento dell'affidamento, disponeva alla lettera b) che l'affidamento diretto fosse legittimo qualora, per ragioni di natura tecnica o artistica ovvero attinenti alla tutela di diritti esclusivi, il contratto potesse essere affidato unicamente ad un operatore economico determinato (norma che peraltro ha trovato la sua riproduzione anche nella vigente disciplina).
Come precisato dall'ANAC, nelle Linee guida per il ricorso a procedure negoziate senza previa pubblicazione di un bando, nel caso di forniture e servizi ritenuti infungibili, a proposito dell'attuale art. 63, ma richiamando anche tutta la giurisprudenza formatasi in passato, per i casi in cui una fornitura e un servizio siano effettivamente infungibili, il legislatore, comunitario e nazionale, ha previsto deroghe alla regola della selezione attraverso una selezione pubblica, considerato che l'esito di un'eventuale gara risulterebbe scontato, esistendo un unico operatore economico in grado di aggiudicarsela e, conseguentemente, l'indizione di una procedura ad evidenza pubblica determinerebbe uno spreco di tempo e di risorse.
Naturalmente, trattandosi di una deroga alla regola della gara pubblica, occorre che l'infungibilità sia debitamente accertata e motivata nella delibera o determina a contrarre dell'amministrazione, nel pieno rispetto dei principi di economicità, efficacia, tempestività e correttezza, ovvero dei principi di concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza e proporzionalità.
Come affermato dalla giurisprudenza della Corte di giustizia europea (cfr. Sentenza della C. Giust. UE 8 aprile 2008, causa C-337/05), confermata del resto dalla giurisprudenza della Sezione (sez. III, 8 gennaio 2013, n. 26) la procedura negoziata senza pubblicazione del bando di gara riveste carattere di eccezionalità rispetto all'obbligo delle amministrazioni aggiudicatrici di individuare il loro contraente attraverso il confronto concorrenziale, per cui la scelta di tale modalità richiede un particolare rigore nell'individuazione dei presupposti giustificativi, da interpretarsi restrittivamente, ed è onere dell'amministrazione committente dimostrarne l'effettiva esistenza.
Del resto, va anche precisato che l'esclusiva si riferisce a un prodotto o a un processo, l'esistenza di un diritto esclusivo non implica necessariamente che il bisogno del contraente non possa essere soddisfatto in modo adeguato anche ricorrendo ad altri prodotti o processi.
Nei casi di infungibilità dei prodotti e dei servizi, il Codice prevede la possibilità di derogare ai principi dell'evidenza pubblica” (Cons. Stato, sez. III, 18 gennaio 2018, n. 310; cfr., sul punto, anche Cons. di Stato, sez. V, 3 febbraio 2016, n. 413; 30 aprile 2014, n. 2255; Tar Friuli-Venezia Giulia, sez. I, 17 giugno 2015, n. 290; T.A.R. Puglia, Lecce, sez. II, 29 gennaio 2015, n. 393).
“E’ illegittimo il bando di gara il quale finisce per prevedere una sorta di privativa in favore di un singolo operatore, in contrasto con il principio comunitario di liberalizzazione delle attività economiche. Infatti l’attribuzione di diritti esclusivi è consentita solo allorquando i medesimi scopi non siano affatto realizzabili attraverso l’azione dei mercati sia pure regolati, il che accade: o perché si tratta di promuovere finalità che non possono essere conseguite, con accettabili standard di benessere sociale, ove le decisioni allocative siano determinate dai prezzi; ovvero quando la spontaneità stessa del mercato agisca come fattore anticoncorrenziale; ovvero ancora quando l’attività non è per nulla appetibile per le imprese private. Pertanto in mancanza di giustificazioni sostanziali, la possibilità per l’amministrazione intimata di istituire un effetto di “privativa”, implicito nella volontà di sostituire un regime di concorrenza “nel” mercato con uno di concorrenza “per” il mercato, o comunque di “restrizione” all’esercizio dell’attività d’impresa per cui è causa, risulta lesivo dei principi comunitari di liberalizzazione delle attività economiche (Tar Lombardia, sez. I, 30 dicembre 2013, n. 3000).
Dopo aver descritto il panorama giurisprudenziale sui limiti di applicazione dell’art. 63, comma 2, del d.lgs. n. 50/2016, pare opportuno richiamare il contenuto delle linee guida n. 8 per il ricorso a procedure negoziate senza previa pubblicazione di un bando nel caso di forniture e servizi ritenuti infungibili, approvate dal Consiglio dell’ANAC nell’adunanza del 13 settembre 2017 con deliberazione n. 950 e depositate presso la segreteria del Consiglio il 10 ottobre 2017.
In proposito, l’ANAC ha affermato che: “Da un punto di vista giuridico ed economico, i concetti di infungibilità ed esclusività non sono sinonimi. L’esclusiva attiene all’esistenza di privative industriali, mentre un bene o servizio è infungibile se è l’unico che può garantire il soddisfacimento di un certo bisogno.
L’infungibilità può essere dovuta all’esistenza di privative industriali ovvero essere la conseguenza di scelte razionali del cliente o dei comportamenti del fornitore; l’effetto finale è comunque un restringimento della concorrenza, con condizioni di acquisto meno favorevoli per l’utente.
Non esiste una soluzione unica per prevenire e/o superare fenomeni di infungibilità, ma è
necessario procedere caso per caso al fine di trovare soluzioni in grado di favorire la trasparenza,
la non discriminazione e l’effettiva concorrenza nel mercato.
… Esistono numerose situazioni che possono portare una stazione appaltante a ritenere infungibile un certo bene o servizio; in alcuni casi ciò deriva da caratteristiche intrinseche del prodotto stesso, in altri può essere dovuto a valutazioni di opportunità e convenienza nel modificare il fornitore. Nei casi di infungibilità dei prodotti e/o dei servizi richiesti il Codice prevede la possibilità di derogare
alla regola dell’evidenza pubblica (art. 63), ma, in tal caso, in attuazione dei principi di proporzionalità ed adeguatezza, occorre che il sacrificio del processo concorrenziale sia giustificato e compensato dai guadagni di efficienza o, più in generale, dai benefici che ne derivano in termini di qualità ed economicità dei servizi o dei beni fomiti. Ne consegue, allora, che ciascuna stazione appaltante accerta i presupposti per ricorrere legittimamente alla deroga in esame, valutando il caso concreto alla luce delle caratteristiche dei mercati potenzialmente interessati e delle dinamiche che li caratterizzano, e motiva sul punto nella delibera o determina a contrarre o altro atto equivalente, nel pieno rispetto dei principi di economicità, efficacia, tempestività e correttezza, ovvero dei principi di concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza e proporzionalità. Il primo passo, fondamentale, consiste nell’accertare in modo rigoroso l’infungibilità del bene. …
In altri termini, la stazione appaltante non può accontentarsi al riguardo delle dichiarazioni presentate dal fornitore, ma deve verificare l’impossibilità a ricorrere a fornitori o soluzioni alternative attraverso consultazioni di mercato, rivolte anche ad analizzare i mercati comunitari e/o, se del caso, extraeuropei (Ad esempio una stazione appaltante deve valutare se ricorrono i presupposti per l’utilizzo della procedura di cui all’art. 63 d.lgs. 50/2016 nel caso in cui la stessa abbia già acquistato un’apparecchiatura - per la quale il produttore dichiara formalmente di essere l’unico ad effettuare l’assistenza tecnica – ma vi siano altri operatori economici che dimostrano di possedere i requisiti tecnici necessari per effettuare la medesima assistenza ovvero nel caso in cui possa utilizzare materiali di consumo “compatibili”, se il produttore di questi ultimi certifica che sono utilizzabili sull’apparecchiatura in questione, ma il produttore dell’apparecchiatura dichiara nel manuale d’uso che la stessa deve essere utilizzata solo con materiali “originali”. In tali ipotesi, infatti, sarebbe astrattamente possibile per l’amministrazione rivolgersi a più operatori economici, ma stante le dichiarazioni del produttore, non è detto che la stessa otterrebbe il medesimo grado di qualità delle prestazioni; tuttavia l’eventuale minor qualità potrebbe essere compensata da un costo più basso). Neppure un presunto più alto livello qualitativo del servizio ovvero la sua rispondenza a parametri di maggior efficienza può considerarsi sufficiente a giustificare l’infungibilità. Si tratta, infatti, di elementi che, da soli, non possono condurre al ricorso alla procedura negoziata senza bando precludendo, in tal modo, ad altri potenziali concorrenti di presentare offerte qualitativamente equipollenti se non superiori al presunto unico fornitore in grado di soddisfare certi standard”.
Da tutto quanto sopra richiamato può, dunque, ricavarsi il principio per il quale, costituendo l’affidamento diretto una modalità di attribuzione di commesse pubbliche che deroga al principio generale della libera concorrenza, l’Amministrazione è legittimata a farne uso esclusivamente nei casi in cui sussistano specifiche ragioni che le impediscano di reperire l’opera, la fornitura o il servizio sul libero mercato, o a condizioni sproporzionate.
Tali specifiche ragioni devono essere, quindi, individuate ed esplicitate nella determinazione di affidamento diretto, che dovrà essere, sul punto, idoneamente motivata, con particolare riferimento all’istruttoria e alle indagini di mercato espletate.
Nella fattispecie all’esame del collegio tale dettagliata motivazione non si rinviene, essendosi il direttore generale limitato ad affermare genericamente di avere riscontrato l’esistenza della posizione di esclusività commerciale di Medicair dalle dichiarazioni della stessa, nonché di Apex e Breas (cfr. il provvedimento di aggiudicazione del 9 ottobre 2017, versato in atti).
Anzi, la circostanza in base alla quale alla gara avevano partecipato due operatori, e migliore offerta era stata peraltro valutata quella presentata da chi, tra i due, non aveva i diritti di esclusiva, avrebbe dovuto indurre la stazione appaltante a condurre un supplemento di istruttoria per verificare la ricorrenza effettiva dei presupposti per l’affidamento diretto, ovvero non solo dell’esistenza dei diritti esclusivi, che vincolano solo le parti del relativo contratto, ma anche delle condizioni di infungibilità, ovvero l’assenza di altri operatori o di soluzioni alternative ragionevoli sul mercato in grado di operare l’assistenza e la manutenzione dei prodotti Apex e Breas.
Come affermato nelle linee guida dell’ANAC esaminate in precedenza, invero: “poiché l’esclusiva si riferisce a un prodotto o a un processo, l’esistenza di un diritto esclusivo non implica che il bisogno del contraente non possa essere soddisfatto in modo adeguato anche ricorrendo ad altri prodotti o processi. Peraltro, anche in presenza di un diritto esclusivo potrebbero esistere distributori indipendenti o operatori economici che accedono al bene, che possono offrire, in concorrenza tra loro, un determinato prodotto o servizio”.
Pare, in proposito, al collegio illuminante la giurisprudenza della Corte di giustizia in tema di “principio dell’esaurimento comunitario” del diritto di esclusiva e di “importazioni parallele”, elaborati al fine di effettuare un corretto bilanciamento tra i diritti di esclusiva dei titolari di privative industriali e i diritti di libera circolazione delle merci e dei servizi, nonché dei consumatori ad approvvigionarsi in un mercato regolato dal principio della libera concorrenza.
Più specificamente, il principio di esaurimento comunitario previsto in ambito nazionale dall’art. 5 del d.lgs. 10 febbraio 2005, n. 30 e in ambito europeo dagli artt. 13 del Reg. 207/2009/CE e 21 del Reg. 6/2002/CE, rappresenta quella regola generale che vige in tema di diritti di proprietà industriale secondo cui, una volta che un bene viene messo in commercio nel territorio comunitario o nello spazio unico europeo da parte del titolare, o con il suo consenso, egli perde le relative facoltà di privativa con riferimento allo specifico bene immesso in commercio.
Il principio è stato elaborato dalla giurisprudenza della Corte di giustizia dell’Unione Europea per favorire le cosiddette “importazioni parallele”, ossia le importazioni di beni all’interno di uno spazio territoriale senza o perfino contro il consenso del titolare della privativa, nel caso in cui la differenza di prezzo applicato per differenti mercati permette l’acquisto in uno spazio e la rivendita in un altro spazio con il percepimento di un margine di profitto.
Anche in tema di dispositivi medici la giurisprudenza della Corte di giustizia si è espressa, più volte, positivamente con riferimento all’ammissibilità delle importazioni parallele (cfr., ad esempio,
Corte di giustizia, 13 ottobre 2016, causa C-277/15; 24 novembre 2016, causa C-662/15).
La stazione appaltante non ha dunque raccolto e comunque indicato nel procedimento de quo, elementi sufficienti per affermare che il diritto di esclusiva, vigente nella fattispecie in questione, possa , dunque, non costituire un ostacolo all’approvvigionamento dei servizi o della fornitura dei pezzi di ricambio da soggetti diversi da Medicair.
Riguardo, invece, al profilo concernente la tutela della salute, giustamente posto in luce dall’Amministrazione in ragione dell’essenzialità delle apparecchiature di ventiloterapia e dei pezzi di ricambio originali, il collegio ritiene che tale tutela venga in ogni caso nella fattispecie adeguatamente assicurata in ragione delle specifiche e dettagliate modalità di effettuazione del servizio, nonché della obbligatoria e rigorosa compatibilità dei pezzi di ricambio e di consumo contemplate dalla lex specialis di gara: e se Elettronica Bio Medicale non potesse concretamente dimostrare di essere in grado di svolgerla, non potrebbe conseguire l’aggiudicazione, ma per una ragione evidentemente del tutto diversa da quella stabilita dalla stazione appaltante.
Da tutto quanto sopra osservato emerge, dunque, come si sia verificato, nella fattispecie all’esame del collegio, un palese difetto di istruttoria, anche con riferimento alle necessarie valutazioni in ordine all’economicità dell’affidamento del servizio, atteso che l’offerta di Medicair aveva ottenuto un punteggio più basso sia riguardo al profilo tecnico che a quello economico.
Alla luce delle suesposte considerazioni, assorbendosi le ulteriori censure dedotte, il ricorso va accolto e, per l’effetto, va disposto l’annullamento dell’aggiudicazione della gara alla società controinteressata, con il conseguente obbligo dell’Amministrazione di proseguire la procedura di specie conformandosi ai succitati principi.
Le spese di giudizio seguono la soccombenza e si liquidano come in dispositivo.

**P.Q.M.**

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l’effetto, dispone l’annullamento dell’aggiudicazione della gara alla società controinteressata.
Condanna l’Ats Citta' Metropolitana di Milano e Medicair Italia S.r.l., in solido ed in parti uguali, alla rifusione delle spese di giudizio nei confronti della società ricorrente, che si liquidano in una somma complessiva pari ad euro 7.000,00, oltre ad oneri di legge e alla rifusione del contributo unificato dalla stessa versato.
Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.
Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 8 febbraio 2018 con l'intervento dei magistrati:
Angelo Gabbricci, Presidente
Elena Quadri, Consigliere, Estensore
Roberto Lombardi, Primo Referendario

Pubblicato il 12/02/2018
N. 00856/2018REG.PROV.COLL.
N. 03361/2017 REG.RIC.

**REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**
Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso in appello iscritto al numero di registro generale 3361 del 2017, proposto da:
Team System s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Paolo Centore, con domicilio eletto presso lo studio legale Caravella in Roma, via Tuscolana, 16;

contro

Ministero dell'interno, in persona del Ministro pro tempore, nonché Ministero dell'interno - Fondo assistenza personale della Polizia di Stato, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentati e difesi per legge dall'Avvocatura generale dello Stato, presso i cui uffici in Roma, via dei Portoghesi, 12, sono elettivamente domiciliati;

nei confronti di

Marconi Group s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Gabriele Cristinzio, con domicilio eletto presso il suo studio in Isernia, via Occidentale, 148;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. LAZIO – ROMA, SEZIONE I TER n. 03369/2017, resa tra le parti, concernente affidamento dei servizi di noleggio attrezzature da spiaggia, pulizia, ristorazione e bar, salvamento a mare, manutenzione ordinaria della struttura, delle attrezzature e degli impianti, presso il Centro balneare della Polizia di Stato di Maccarese, alla Via dell'Ara s.n.c., nonché risarcimento danni.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Marconi Group s.r.l. e del Ministero dell'Interno;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 18 gennaio 2018 il Cons. Valerio Perotti e udito per le parti l’avvocato dello Stato Garofoli;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

**FATTO e DIRITTO**

Risulta dagli atti che con bando pubblicato sulla GUUE. n. 2016/S 056-93995 del 19 marzo 2016 e sulla GURI n. 30 del 6 aprile 2016, il Ministero dell’interno - Fondo di assistenza per il personale della Polizia di Stato, indiceva una procedura aperta di gara, preordinata all'affidamento dei servizi di noleggio attrezzature da spiaggia, pulizia, ristorazione e bar, salvataggio a mare, manutenzione ordinaria della struttura, delle attrezzature e degli impianti presso il Centro balneare della Polizia di Stato di Roma, sito in località Maccarese - Fiumicino (Roma), alla via dell'Ara s.n.c..

Oggetto dell’appalto – da aggiudicarsi con il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa e con elemento economico costituito da un prezzo a base d’asta di euro 355.320,00 soggetto a rialzo – era l’affidamento dei menzionati servizi per quattro anni, decorrenti dalla stipula del contratto.

Con ricorso al Tribunale amministrativo del Lazio, la Team System s.r.l. impugnava il provvedimento prot. 559/c/f/5/1.2.2 del 23 giugno 2016, con il quale era stata disposta la sua esclusione dalla procedura a seguito del riscontro, in sede di esame della documentazione presentata a comprova del possesso dei requisiti generali, di una situazione di irregolarità fiscale a suo carico, alla data del 30 maggio 2016, emersa dal sistema AVCpass dell’ANAC.

La detta irregolarità risultava dalla certificazione dell’Anagrafe tributaria dell’Agenzia delle Entrate - Direzione provinciale di Caserta del 13 giugno 2016, che dava atto di due violazioni definitivamente accertate, l’una per euro 60.018,58 e l’altra per euro 73.814,73, entrambe antecedenti la data di presentazione dell’offerta.

In conseguenza dell’esclusione, la gara veniva provvisoriamente aggiudicata alla seconda classificata, Marconi Group s.r.l..

La Team System s.r.l. aveva quindi notificato alla stazione appaltante un preavviso di ricorso, ai sensi dell’art. 243-bis d.lgs. n. 163 del 2006, asserendo che la stessa Agenzia delle entrate avesse rappresentato che la ricorrente, alla data di presentazione dell’offerta (19 aprile 2016) non era al corrente di alcuna pendenza fiscale e che solo successivamente a tale data le era pervenuto l’atto di riscossione emesso da Equitalia Sud s.p.a..

Inoltre, la Team System aveva presentato istanza di rateizzazione del debito, poi accolta.

Nonostante tale preavviso, con provvedimento del 3 luglio 2016 era stata confermata l’esclusione della ricorrente ed il giorno successivo disposta l’aggiudicazione definitiva alla Marconi Group s.r.l., con esecuzione anticipata del contratto.

A sostegno del ricorso venivano formulate le seguenti censure:

violazione dell’art. 38, comma 1, lett. g) d.lgs. 163/2006, eccesso di potere per carenza di presupposto, ovvero della violazione fiscale grave e definitivamente accertata alla data della presentazione dell’offerta, eccesso di potere per illogicità.

Ad avviso della ricorrente, al momento della presentazione dell’offerta le violazioni non potevano dirsi definitive, non essendo spirati i termini per l’impugnazione o per proporre istanza di rateizzazione, come peraltro certificato, con riferimento alla data del 27 aprile 2016, dall’Agenzia delle entrate di Caserta.

Violazione dell’art. 38, comma 1, lett. g) d.lgs. 163/2006, eccesso di potere per carenza di istruttoria, manifesta ingiustizia, sviamento.

La stazione appaltante, una volta acquisita la certificazione sopra citata, avrebbe infatti dovuto rideterminarsi sul provvedimento di esclusione.

Violazione dell’art. 38, comma 1, lett. g) d.lgs. 163/2006, eccesso di potere, essendo stata accolta l’istanza di rateizzo.

Eccesso di potere per motivazione perplessa e contraddittoria, violazione dell’art. 3 l. 241/90.

Ciò in quanto l’amministrazione aveva motivato l’esclusione dapprima con riferimento all’anomalia dell’offerta e, quindi, alla carenza dei requisiti di ordine generale.

Violazione degli artt. 87 e 88 d.lgs. 163/2006, violazione dei criteri di verifica delle offerte anormalmente basse, avendo l’Amministrazione ritenuto congrua l’offerta all’esito della verifica di anomalia.

Nel costituirsi in giudizio, sia il Ministero dell’Interno che la Marconi Group s.r.l. chiedevano il rigetto del ricorso, per infondatezza.

Con sentenza 10 marzo 2017, n. 3369, il Tribunale amministrativo del Lazio respingeva il gravame, sul presupposto che correttamente la stazione appaltante avesse dichiarato l’esclusione dalla gara della ricorrente, a fronte della certificazione dell’Agenzia delle entrate di Caserta, alla data del 21 giugno 2016, di due violazioni “definitivamente accertate”, certificazione la cui correttezza non era sindacabile dall’amministrazione.

Né poteva rilevare, in senso contrario, la successiva rettifica dell’Agenzia fiscale nel comunicare l’avvenuta presentazione di istanza di rateizzazione, perché il requisito della regolarità fiscale può ritenersi sussistere, pur in presenza di violazione accertata, solo se l’istanza di rateizzazione sia stata presentata dal concorrente e sia stata accolta prima della scadenza del termine di presentazione della domanda di partecipazione alla gara o della presentazione dell’offerta.

Avverso tale decisione la Team System s.r.l. interponeva appello, articolato nei seguenti profili di censura:

Violazione e/o falsa applicazione dell’art. 38 comma 1 lett. g) del D.lgs. n° 163/2006 - Eccesso di potere per carenza di presupposto, e cioè insussistenza di violazione grave fiscale definitivamente accertata alla data di presentazione dell’offerta - eccesso di potere per illogicità;

Violazione e/o falsa applicazione dell’art. 38 comma 1 lett. g) del D.lgs. n° 163/2006 - Eccesso di potere per carenza di istruttoria;

Violazione e/o falsa applicazione dell’art. 38 comma 1 lett. g) del D.lgs. n° 163/2006 - Eccesso di potere per travisamento dei fatti.

Si costituivano in giudizio la controinteressata Marconi Group s.r.l. ed il Ministero dell’Interno, eccependo l’infondatezza del gravame e chiedendone la reiezione.

Con ordinanza 6 luglio 2017, n. 2858, questa V Sezione del Consiglio di Stato rigettava l’istanza cautelare proposta dall’appellante, ritenuta l’assenza dei presupposti di legge.

All’udienza del 18 gennaio 2018 la causa veniva trattenuta in decisione.

Con il primo motivo di appello la società Team System s.r.l. eccepisce l’insussistenza dei presupposti della causa di esclusione di cui all’art. 38, comma 1 lett. g) del d.lgs. n. 163 del 2006, non potendosi parlare, nel caso di specie, di violazioni fiscali “definitivamente accertate”, non essendo ancora spirati – alla data di presentazione dell’offerta (19 aprile 2016) – i termini per impugnare le relative cartelle di pagamento, notificate rispettivamente l’11 marzo 2016 (divenuta quindi inoppugnabile il successivo 10 maggio 2016) ed il 7 aprile 2016 (inoppugnabile dal 6 giugno 2017).

Il motivo non è fondato.

L’appellante, infatti, non considera che la definitività dell’accertamento tributario decorre non dalla notifica della cartella esattoriale – in sé, semplice atto con cui l’agente della riscossione chiede il pagamento di una somma di denaro per conto di un ente creditore, dopo aver informato il debitore che il detto ente ha provveduto all’iscrizione a ruolo di quanto indicato in un precedente avviso di accertamento – bensì dalla comunicazione di quest’ultimo.

La cartella di pagamento (che infatti non è atto del titolare della pretesa tributaria, ma del soggetto incaricato della riscossione) “costituisce solo uno strumento in cui viene enunciata una pregressa richiesta di natura sostanziale, cioè non possiede […] alcuna autonomia che consenta di impugnarla prescindendo dagli atti in cui l'obbligazione è stata enunciata” (ex multis, Cass., SS.UU., 8 febbraio 2008, n. 3001), laddove è l’avviso di accertamento l’atto mediante il quale l’ente impositore notifica formalmente la pretesa tributaria al contribuente, a seguito di un’attività di controllo sostanziale.

E’ invece l’avviso di accertamento il titolo esecutivo della pretesa tributaria, ossia l’atto formale con cui l’amministrazione finanziaria muove una precisa contestazione al contribuente in merito all'adempimento di una specifica obbligazione fiscale: con esso vengono indicati al contribuente i dati di fatto e di diritto per i quali è richiesto un versamento, nonché la misura dello stesso (art. 42 del d.P.R. 29 settembre 1973, n. 600) e l’imponibile.

A fronte dell’attestazione dell’Agenzia delle entrate di Caserta, che segnalava a carico della Team System s.r.l. due violazioni fiscali “definitivamente accertate”, la stazione appaltante non aveva altra possibilità che di escludere detta società dalla gara, essendole preclusa un’autonoma valutazione della questione (ex multis, Cons. Stato, V, 21 giugno 2012, n.3663; V, 18 gennaio 2011, n. 789).

A ciò si aggiunga che, non avendo l’appellante né allegato, né dimostrato che precedentemente alle cartelle esattoriali non gli fossero stati notificati gli avvisi di accertamento presupposti, va fatta applicazione del principio già enunciato da Cons. Stato, V, 5 maggio 2016, n. 1783, secondo cui l’art.1, comma 5, d.-l. 2 marzo 2012, convertito in l. 26 aprile 2012 n. 44, contiene una definizione normativa di “definitività” dell’accertamento, per la quale “costituiscono violazioni definitivamente accertate quelle relative all’obbligo di pagamento di debiti per imposte e tasse certi, scaduti ed esigibili; […] quest’ultima condizione di pagamento è data per verificata con la notifica della cartella esattoriale”.

Per l’effetto, al momento della notifica delle cartelle di pagamento (avvenuta in epoca antecedente il deposito dell’offerta), in difetto della detta prova contraria, i sottostanti accertamenti tributari dovevano ritenersi ormai definitivi.

Con il secondo motivo di appello – strettamente legato al precedente, sotto il profilo argomentativo – viene invece dedotto che l’Agenzia delle entrate di Caserta avrebbe comunque reso alla società interessata una dichiarazione con la quale, a “rettifica” della certificazione precedentemente rilasciata, attestava che alla data del 27 aprile 2016, a carico di quest’ultima “non risultano violazioni definitivamente accertate rispetto agli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse secondo la legislazione vigente”.

Pertanto, anche a voler ritenere vincolante per l’amministrazione quanto formalizzato nella certificazione risultante dall’AVCPass, la successiva rettifica avrebbe avuto comunque l’effetto di far venir meno il precedente pregiudizio a carico della società aggiudicataria della gara.

Anche questo motivo non appare fondato.

Sul punto, invero, la sentenza ha ricordato come, secondo costante insegnamento giurisprudenziale, “il requisito della regolarità fiscale, […] può essere sussistente, pure in presenza di una violazione accertata, solo se l’istanza di rateizzazione sia stata presentata dal concorrente e sia stata accolta prima della scadenza del termine di presentazione della domanda di partecipazione alla gara, o della presentazione dell’offerta (Cons. Stato, A.P. 15/2013)”.

Non è infatti sufficiente che prima della scadenza del termine di presentazione dell’offerta il contribuente abbia semplicemente inoltrato istanza di rateizzazione, occorrendo anche che, entro la predetta data, il relativo procedimento si sia concluso con un provvedimento favorevole dell’amministrazione finanziaria.

Nel caso di specie, proprio dalla nota indicata dall’appellante risulta che erano state emesse, nei confronti della Team System s.r.l., due cartelle esattoriali, laddove l’istanza di rateizzazione era stata presentata dalla debitrice d’imposta solamente il 31 maggio 2016 (e contestualmente accolta).

Al riguardo, va detto che il termine ultimo per la presentazione delle offerte era fissato per il 27 aprile 2016.

Di conseguenza, al momento di presentazione dell’offerta da parte della ricorrente – il 19 aprile 2016 – e pure alla scadenza del termine ultimo di presentazione delle stesse – il 27 aprile 2016 – sussistevano a carico di Team System s.r.l. due violazioni tributarie definitivamente accertate (poiché i relativi titoli esecutivi, verosimilmente, non erano stati a loro tempo impugnati), certificate dall’Agenzia delle Entrate, laddove l’istanza di rateizzazione veniva presentata dall’appellante solo in data successiva, addirittura dopo essere intervenuta l’aggiudicazione provvisoria in suo favore.

Il che non consente di rispettare i parametri vincolanti evidenziati dall’Adunanza plenaria di questo Consiglio, con la richiamata sentenza n. 15 del 5 giugno 2013.

In argomento, inoltre, può altresì richiamarsi – tra i tanti – il recente Cons. Stato, III, 21 luglio 2017, n. 3614, per cui i requisiti di partecipazione alle procedure relative ad appalti pubblici debbono essere posseduti non solo alla data di presentazione della domanda di partecipazione alla gara (il che, nel caso di specie, neppure era avvenuto) ma anche, successivamente, fino all'aggiudicazione definitiva ed alla stipulazione del contratto.

Solo per completezza, va infine ricordato che le due cartelle di pagamento erano state entrambe notificate al debitore in data antecedente a quella di presentazione dell’offerta.

Con il terzo motivo di appello la sentenza di primo grado viene invece censurata nella parte in cui fa riferimento alla tardiva – rispetto al termine di presentazione delle offerte – istanza di rateizzazione del debito fiscale, quale ulteriore elemento giustificativo dell’esclusione ex art. 38, comma 1 lett. g) del d.lgs. n. 163 del 2006.

Anche questo argomento non è fondato.

Invero, anche a prescindere dall’estrema genericità della sua formulazione (non emergendo con chiarezza l’interesse specifico a tale profilo di gravame), le ragioni già evidenziate a sostegno della definitività dell’accertamento fiscale a carico di Team System s.r.l. e, comunque, l’impossibilità di configurare comunque una sua “regolarità fiscale” alla luce dei presupposti definiti da Cons. Stato, Ad. plen. n. 15 del 2013, tolgono fondamento alle premesse argomentative dell’appellante.

Alla luce di quanto rilevato, l’appello va dunque respinto.

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

**P.Q.M.**

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna l’appellante Team System s.r.l. alla rifusione, in favore del Ministero dell’Interno e della

Marconi Group s.r.l., delle spese di lite del presente grado di giudizio, che liquida in euro 5.000,00 (cinquemila/00), oltre accessori di legge, per ciascuna di dette parti.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 18 gennaio 2018 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Severini, Presidente

Claudio Contessa, Consigliere

Fabio Franconiero, Consigliere

Valerio Perotti, Consigliere, Estensore

Federico Di Matteo, Consigliere

L'ESTENSORE  IL PRESIDENTE
Valerio Perotti  Giuseppe Severini

Pubblicato il 22/02/2018
**N. 00504/2018 REG.PROV.COLL.**
**N. 02173/2017 REG.RIC.**

**REPUBBLICA ITALIANA**
**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**
**Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia**
**(Sezione Prima)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 2173 del 2017, proposto da:
Damiani Costruzioni S.r.l., rappresentata e difesa dagli avvocati Giancarlo Tanzarella e Carlo Maria Tanzarella, con domicilio eletto presso lo studio del primo in Milano, Piazza Velasca 5;

***contro***
Comune di Corbetta, in persona del Sindaco pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Luigi Giuliano ed Augusto Moretti, con domicilio eletto presso lo studio del primo in Milano, via Chiossetto 2;
Cev - Consorzio Energia Veneto; non costituito in giudizio;

***nei confronti di***
Società M.I.T. S.r.l., rappresentata e difesa dagli avvocati Francesca Mastroviti e Guido Bardelli, con domicilio eletto presso lo studio del secondo in Milano, Via Visconti di Modrone, 12;

***per l'ottemperanza***
alla sentenza T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. I, 7.6.2017, n. 1256, ed in subordine
per la dichiarazione di nullità, o comunque per l'annullamento, della determinazione dirigenziale 1.8.2017, n. 149, e di tutti gli atti ad essa presupposti, conseguenti o comunque connessi, ed in particolare dei verbali relativi alle operazioni di riedizione del sub-procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta aggiudicataria.

Visti il ricorso ed i relativi allegati;
Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Corbetta e di Società M.I.T. S.r.l.;
Viste le memorie difensive;
Visti tutti gli atti della causa;
Relatore nell'udienza pubblica del giorno 7 febbraio 2018 il dott. Mauro Gatti e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

**FATTO**

Con bando pubblicato in data 15.4.2016 il Comune di Corbetta, avvalendosi del Consorzio C.E.V. quale centrale di committenza, ha indetto una procedura di evidenza pubblica per l’affidamento dell’appalto integrato relativo alla progettazione e realizzazione dei lavori di ampliamento della scuola media “Simone da Corbetta”, per un importo a base di gara di Euro 1.803.000,00, di cui Euro 1.650.000,00 per lavori, Euro 103.000,00 per la progettazione definitiva ed esecutiva, ed Euro 50.000,00 non soggetti a ribasso, relativi ai costi della sicurezza c.d. da “interferenze”.
In esito alle operazioni di gara, l’istante si è classificata al secondo posto, preceduta da M.I.T. S.r.l., e con ricorso R.G. n. 2891/2016, ha impugnato detta aggiudicazione, avendo la controinteressata dichiarato, in sede di offerta, di sostenere costi per la sicurezza aziendale pari ad Euro 25.000,00, senza invece indicare gli stessi nell’ambito del procedimento di verifica di anomalia.
Con sentenza n. 1256/2017 il Tribunale ha accolto il ricorso, affermando che il giudizio di congruità dell’offerta della controinteressata si era formato sulla base di un quadro di giustificazioni parzialmente contraddittorio rispetto all’offerta stessa, imponendo conseguentemente alla stazione appaltante di avviare un nuovo procedimento di verifica dell’anomalia.
Con determinazione n. 117 del 16.6.2017 il Comune resistente ha revocato la citata aggiudicazione, riaprendo contestualmente la procedura, che si è conclusa con un nuovo provvedimento di affidamento dei lavori in favore di M.I.T. S.r.l.
Con il presente ricorso, l’istante ha richiesto, in via principale, l’accertamento dell’elusione del giudicato di cui alla predetta sentenza n. 1256/2017, ed in via subordinata, l’annullamento del nuovo provvedimento di aggiudicazione adottato in favore della controinteressata.
La stazione appaltante e l’aggiudicataria si sono costituite in giudizio, insistendo per il rigetto del ricorso, in rito e nel merito.
Con sentenza n. 2334 del 11.12.2017 il Tribunale ha respinto il ricorso per l’ottemperanza disponendo, ai fini dello scrutinio della domanda di annullamento, la conversione del rito, in quello di legittimità.
All’udienza pubblica del 7.2.2018 la causa è stata trattenuta in decisione.

**DIRITTO**

I) Come sopra esposto, a seguito della pubblicazione della sentenza n. 1256/2017, la stazione appaltante ha riaperto la procedura di verifica di anomalia dell’offerta della controinteressata, richiedendo alla Ditta M.I.T. S.r.l, con nota prot. n. 17381 del 19.6.2017, in particolare, di giustificare e specificare dettagliatamente gli oneri della sicurezza aziendali.
Con nota prot. n. L14921/17 del 23.6.2017, la controinteressata ha fatto pervenire le proprie giustificazioni, evidenziando che le spese generali, quantificate in sede di offerta nella misura del 10%, e quindi pari ad Euro 111.0587,82, si articolavano in tre distinte voci.
In primo luogo, vi erano le c.d. “spese di attività”, ossia le spese generali comuni a tutti gli appalti, composte dalle singole voci indicate nella tabella allegata alle giustificazioni (energia elettrica, riscaldamento, acqua, telefonia, internet, vigilanza, per consulenze amministrative e legali, per commercialisti e consulenti del lavoro, per notai, per direzione del personale, per responsabile di cantiere, per oneri assicurativi e bancari, per Ires e Irap, per imposta di registro e per tassa rifiuti), il cui ammontare complessivo era pari ad Euro 41.688,21.
La seconda categoria di spese generali era rappresentata dalle c.d. “spese di contratto”, ossia quelle “correlate alle caratteristiche peculiari dell’appalto”, anche in questo caso composte dalle singole voci indicate nella tabella allegata alle giustificazioni (oneri di partecipazione alla piattaforma CEV, oneri contrattuali, manutenzione fino al collaudo, prove e documentazione fotografica, per cauzione provvisoria e definitiva, per polizza CAR, per Direttore di Cantiere, per macchinari ed attrezzature di staff, per energia elettrica e per acqua)”, il cui ammontare complessivo era pari ad Euro 44.370,61.
Infine, nell’ambito delle spese generali, la controinteressata ha altresì incluso quelle relative ai costi della sicurezza aziendali, ammontanti ad Euro 25.000,00.
Nel verbale n. 20 del 28.6.2017 il R.u.p. e la Commissione hanno verificato la congruità dei costi della sicurezza aziendale, come sopra esposti, applicando le indicazioni operative adottate dal Consiglio Direttivo di Itaca nella seduta del 18.12.2014, dalla Commissione Infrastrutture Mobilità e Governo del Territorio nella seduta del 18.12.2014, ed approvato dalla Conferenza delle Regioni e delle Province Autonome nella seduta del 19.2.2015, attestando la ragionevole congruità degli stessi.
In particolare, il citato verbale n. 20 ha evidenziato che “i costi di sicurezza aziendali rientrano nelle spese generali dichiarate, pari ad Euro 111.058,82 complessive”, per come rappresentate nelle tabelle allegate, “che dettagliano separatamente gli oneri aziendali per la sicurezza (Euro 25.000), quelli attinenti alle spese di contratto (Euro 44.370,61), e quelli relativi alle spese di attività (Euro 41.688,21)”.
II.1) Secondo la ricorrente, le valutazioni espresse dalla stazione appaltante sarebbero errate, avendo ritenuto congrue le predette “spese attività”, la cui esiguità, a suo dire, non sarebbe sufficiente a consentire di ricomprendere, nell’ambito delle spese generali complessivamente considerate, anche gli oneri di sicurezza aziendale. In particolare, pur non contestandosi l’entità di detti costi per la sicurezza, dalla loro collocazione nell’ambito delle spese generali, deriverebbe l’insufficiente capienza delle stesse, che sarebbero state sottodimensionate dalla controinteressata, con riferimento alle predette “spese attività”.
II.2) Osserva il Collegio che, in linea generale, il giudizio sull'anomalia dell'offerta ha natura globale e sintetica sulla sua serietà, con conseguente irrilevanza di eventuali singole voci di scostamento, non avendo per oggetto la ricerca di specifiche e singole inesattezze, essendo invero finalizzato ad accertare se la stessa sia, nel suo complesso, attendibile (C.S. Sez. III, 13.9.2017, n. 4336, C.S. Sez. IV, 22.3.2013, n. 1633).
Alla luce di quanto sopra evidenziato, ritiene il Collegio che le censure della ricorrente vadano respinte, essendo infatti incentrate unicamente sulla presunta incongruità di una delle tre voci componenti le spese generali, e non sull’offerta del suo complesso, come invece richiesto dalla citata giurisprudenza.
III.1) Al di là di quanto precede, osserva il Collegio che la controinteressata, nelle proprie giustificazioni, ha dimostrato di aver esposto in sede di offerta costi dei materiali in realtà superiori a quelli effettivamente sopportati, in particolare, con riferimento alla fornitura di “acciaio tondo in barre nervate in cemento armato”, e “solaio in lastre alveolari precompresse”, per un importo pari ad Euro 12.560,50.
Detta somma, che rappresenta circa la metà dei costi di sicurezza aziendali, la cui mancata specificazione in sede di giustificazioni ha dato luogo al presente contenzioso, ad avviso del Collegio, costituisce un ulteriore prova della congruità dell’offerta della controinteressata, atteso che, anche ammettendo, come pretenderebbe la ricorrente, che siano state sottostimate le spese generali, limitatamente alla voce “spese attività”, ciò non ne proverebbe comunque la complessiva inaffidabilità, avendo infatti la controinteressata dimostrato di poter disporre di significativi margini, in relazione ad altre voci.
III.2) Nella propria memoria finale, la ricorrente sostiene che i visti argomenti di MIT, con i quali la stessa dimostra la possibilità di conseguire risparmi, in funzione del minor prezzo pagato per talune forniture, sarebbero “inaccettabili”, in quanto basati su fatti sopravvenuti all’epoca di presentazione della domanda (il minor prezzo di acquisto di materiali), non potendo perciò far parte delle giustificazioni.
Evidenzia il Collegio che, in linea generale, in sede di apprezzamento dell'offerta anomala, il concorrente sottoposto a valutazione non può effettivamente fornire giustificazioni tali da integrare un'operazione di “finanza creativa ”, modificando, in aumento od in diminuzione, le voci di costo, e mantenendo fermo l'importo finale.
Tuttavia, a fronte di determinate voci di prezzo giudicate eccessivamente basse, e dunque inattendibili, l'impresa può dimostrare, come avvenuto nella fattispecie, che per converso, altre siano state inizialmente sopravvalutate, e che in relazione alle stesse, è in grado di conseguire un concreto, effettivo, documentato, e credibile risparmio.
Come infatti già evidenziato, la verifica di anomalia ha la finalità di stabilire se l'offerta sia, nel suo complesso, e nel suo importo originario, affidabile o meno, essendo dunque ammissibile un aggiustamento di singole voci, che trovi il suo fondamento in sopravvenienze, di fatto o normative, che comportino una riduzione dei costi, per ragioni plausibili (T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. IV, 28.8.2017, n. 1774, 12.1.2017, n. 63).
IV.1) Ulteriormente, secondo l’istante, “in nessuna parte dei verbali delle operazioni di verifica dell’anomalia si dà atto che la Commissione giudicatrice abbia preso in considerazione tutti gli elementi forniti da MIT, e segnatamente, i criteri per valutare la capienza delle spese generali, a ricomprendere tutte le voci di costo dichiarato”.
In particolare, la stessa controinteressata avrebbe affermato, nelle proprie giustificazioni, che con riferimento a dette spese, le relative “percentuali sono enucleabili dai dati di bilancio”, che non sono in realtà mai stati prodotti alla stazione appaltante, la quale non avrebbe del resto provveduto ad acquisirli.
Al contrario, secondo l’istante, i bilanci della controinteressata, riferiti agli anni 2014 e 2015, indicherebbero un ammontare delle predette spese ampiamente superiore a quello evidenziato in sede di gara, ciò che dimostrerebbe l’inattendibilità della sua offerta.
IV.2) In via preliminare ed incidentale, osserva il Collegio che nella propria sentenza n. 1256/2017, lo stesso si è limitato ad imporre alla stazione appaltante l’avvio di un nuovo procedimento di verifica dell’anomalia dell’offerta (v. punto III.5), senza tuttavia imporre l’utilizzo di determinati parametri, malgrado la ricorrente, sin dal ricorso R.G. n. 2891/2016, abbia sostenuto che l’inadeguatezza delle spese generali indicate dalla controinteressata sarebbe dimostrata dalla consultazione dei suoi bilanci riferiti agli anni 2014 e 2015 (v. punto III.3).
Gli unici parametri cui deve rimanere ancorata la verifica giudiziale dell'anomalia dell'offerta sono infatti quelli dell’illogicità e dell’arbitrarietà, a fronte della penetrante discrezionalità amministrativa, sia in sede di valutazione dell'anomalia che, “a fortiori”, nella scelta di quali strumenti di indagine e verifica avvalersi per dissipare i dubbi di anomalia riconosciuti in capo alla stazione appaltante (C.S., Sez. IV, 23.7.2012, n. 4206), non potendo il giudizio di anomalia delle offerte essere automaticamente desunto dal mancato rispetto di tabelle o listini, finanche se elaborati da istituti pubblici (T.A.R. Campania, Napoli, Sez. IV, 27.3.2015, n. 1850).
IV.3) Fermo restando quanto precede, ritiene il Collegio che, sebbene la controinteressata abbia affermato, con riferimento alle spese generali, che le relative “percentuali sono enucleabili dai dati di bilancio”, ed anche se la Commissione non ha preso visione di detti bilanci, ciò non può essere determinante ai fini dell’accoglimento del ricorso.
Come infatti evidenziate nel punto III.1 della presente sentenza, la controinteressata ha documentato di aver sovrastimato talune voci, per come considerate in sede di offerta, dimostrando pertanto di poter compensare, con un’incidenza significativa, eventuali insufficienti previsioni riferite alle predette “spese attività”, rendendo conseguentemente irrilevante il raffronto tra le stesse ed il loro esatto ammontare, nell’ambito dei bilanci 2014 e 2015, come invece preteso dall’istante.
IV.4) Infine, quanto al dedotto difetto di motivazione del giudizio della commissione, per giurisprudenza pacifica, “la positiva valutazione di congruità della presunta offerta anomala è sufficientemente espressa anche con eventuale motivazione per *relationem* alle giustificazioni rese dall'impresa offerente” (C.S., Sez. V, 27.7.2017, n. 3702, 16.5.2017, n. 2319), ciò che ha avuto luogo nel caso di specie, dovendosi pertanto respingere le relative censure.
In conclusione, il ricorso va pertanto respinto.
Sussistono tuttavia giusti motivi per compensare tra le parti le spese di giudizio, in considerazione della complessità, anche tecnica, correlata al giudizio di anomalia.
V) Quanto alla richiesta di cancellazione di espressioni offensive avanzata dalla ricorrente, e riferite al contenuto della memoria comunale depositata in vista della camera di consiglio, la stessa va respinta.
In via preliminare, osserva il Collegio che la resistente avrebbe effettivamente ben potuto rappresentare le proprie ragion utilizzando un linguaggio più appropriato, evitando in particolare di affermare che la ricorrente “effettua un collage di concetti e pensieri ingiustificatamente attribuiti alla volontà di Codesto Ecc.mo Giudice”.
Tuttavia, la cancellazione delle espressioni offensive o sconvenienti va esclusa allorché il loro uso non risulti dettato da un passionale ed incomposto intento dispregiativo ed offensivo nei confronti della controparte, conservando invece un rapporto, anche indiretto, con la materia controversa, senza eccedere dalle esigenze difensive, essendo infatti preordinato a dimostrare, attraverso una valutazione negativa del comportamento della controparte, la scarsa attendibilità delle sue affermazioni (T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II, 10.3.2017, n. 3365), come avvenuto nel caso di specie.

**P.Q.M.**

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.
Spese compensate.
Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.
Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 7 febbraio 2018 con l'intervento dei magistrati:
Angelo De Zotti, Presidente
Mauro Gatti, Consigliere, Estensore