

Le “clausole escludenti” del bando di gara vanno immediatamente impugnate anche in caso di mancata presentazione della domanda di partecipazione

di Antonietta Sgobba

Data di pubblicazione: 13-10-2017

1. L'impresa appartenente al settore coinvolto dalla procedura, che non ha abbia presentato domanda di partecipazione alla gara, rimane, comunque, titolare di un interesse legittimo differenziato e qualificato - e, quindi, sotto il profilo processuale, della legittimazione a ricorrere - qualora contesti e impugni quelle clausole della lex specialis, in forza delle quali se avesse presentato l'istanza sarebbe stata esclusa.

2. La presentazione di una domanda di partecipazione dall'esito sicuramente negativo per la concorrente viene a risolversi in un inutile formalismo, non elevabile ad onere e condizione della proposizione del ricorso avverso quelle prescrizioni del bando (ritenute illegittime), in applicazione delle quali verrebbe sicuramente esclusa.

3. Nell'ordinamento comunitario, è stato precisato che la partecipazione ad una procedura concorsuale può rappresentare, in linea di principio, una condizione da soddisfare per dimostrare l'interesse all'aggiudicazione dell'appalto, salvo che la mancata presentazione dell'offerta sia causata dalla previsione, nel bando di gara o nel disciplinare, di "specifiche" discriminatorie che ostacolano la possibilità di fornire l'insieme delle prestazioni richieste .

N. 09863/2017 REG.PROV.COLL.

N. 04553/2017 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Prima Bis)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso R.G. n. 4553 del 2017, proposto da “Aersud Elicotteri srl” (cf e p.iva 05863741004), sottoposta alla direzione e coordinamento “AIRI srl” unipersonale, in persona del Presidente e legale rappresentante pro tempore, dott. Ing. Riccardo Aichner, con sede in Roma (00197), via G. Cuboni 12, rappresentata e difesa, anche disgiuntamente tra loro, dagli avv.ti prof. Francesco Cardarelli (cod. fisc.: CRDFNC61R04H501F; Filippo Lattanzi (cod. fisc.: LTTFFPP63M29H501J) e Luca Mazzeo (cod. fisc. MZZLHR70H08L219U; ed elettivamente domiciliata presso lo studio di quest’ultimo, in Roma, via Eustachio Manfredi, n. 5;

contro

-Ministero dell'Interno - Dipartimento dei Vigili del Fuoco, in persona del Dirigente pro-tempore, non costituito in giudizio;
-Ministero dell'Interno, in persona del Ministro pro-tempore, rappresentato e difeso per legge dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliato in Roma, via dei Portoghesi, n. 12;

nei confronti di

-“Leonardo spa” (già “Leonardo-Finmeccanica” società per azioni), c.fisc: 00401990585, con sede in Roma, piazza Monte Grappa, n. 4, in persona del Responsabile dell’Unità Organizzativa Affari Legali, Societari e Compliance, avv. Andrea Parrella (cod. fisc.: PRRNDR66A23H501M), in virtù dei poteri a lui conferiti dall’Amministratore Delegato pro-tempore, con procura in data 2.02.2017, registrata presso l’Agenzia delle Entrate di Roma 4 il 07.02.2017 (serie 1T n. 3869), rappresentata e difesa dal prof. avv. Mario Esposito (cod. fisc.: SPSMRA71C01D612C), domiciliata presso lo studio dello stesso, in Roma, via Lattanzio, n. 66;

per l'annullamento

a) del Bando di Gara, pubblicato sul cosiddetto “portale della trasparenza ANAC” in data 10.4.2017 e spedito per la pubblicazione alla GUCE e alla GURI in data 11.4.2017 (ma solo sulla prima pubblicato in data 13.4.2017), con il quale il Ministero dell'Interno Dipartimento dei Vigili del Fuoco, del Soccorso Pubblico e della Difesa Civile, Direzione Centrale per l’Emergenza ed il Soccorso Tecnico – Ufficio Soccorso Aereo ha indetto una *“procedura ristretta, con criterio di aggiudicazione dell’offerta economicamente più vantaggiosa, individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo, per l’acquisizione di due elicotteri di tipo bimotore a turbine di classe media e per la fornitura del connesso supporto tecnico-logistico e addestrativo”*;

(b) del Disciplinare di Gara del 10.4.2017, relativo alla suddetta procedura, disponibile sul sito internet del Corpo Nazionale dei Vigili del Fuoco;

(c) degli allegati “A” e “B” al Disciplinare di Gara, rispettivamente recanti *“Requisito”* e *“Capitolato Tecnico”*;

(d) di ogni ulteriore atto connesso e/o provvedimento connesso presupposto e conseguente rispetto a quelli suindicati, ivi compresi la (non conosciuta) determina a contrarre n. 16 del 22

dicembre 2016 e l'avviso di preinformazione del 22 dicembre 2016.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Leonardo Spa e di Ministero dell'Interno;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore, alla pubblica udienza del giorno 12 luglio 2017, il cons. Concetta Anastasi e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO

Con atto notificato in data 10.5.2017 e depositato in data 18.5.2017, la ricorrente società premetteva che il Ministero dell'Interno - Dipartimento dei Vigili del Fuoco, del Soccorso Pubblico e della Difesa Civile – Direzione Centrale per l'Emergenza ed il Soccorso Tecnico, con bando inviato in data 11 aprile 2017 alla G.U.C.E. e alla G.U. e pubblicato sul sito *internet* del Ministero delle Infrastrutture e sul sito *www.vigilfuoco.it*, oltre che sul cosiddetto "*portale della trasparenza ANAC*" il 10.4.2017, aveva indetto una gara a procedura ristretta, ai sensi dell'art. 61 del D.Lgs. n. 50/2016, per l'acquisizione di due elicotteri di tipo bimotore a turbina di classe media, e per la fornitura del connesso supporto tecnico-logistico e addestrativo, per il prezzo complessivo, posto a base di gara, di € 29.300.000,00, da aggiudicarsi secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ai sensi degli artt. 94 e 95 de Codice degli Appalti.

La ricorrente, in condizione di produrre un elicottero (mod. H175) di lunghezza pari a m 18,50 e di larghezza pari a 14,80 - *id est*: avente entrambe le dimensioni superiori a quelle richieste-impugnava il bando di gara e tutti gli atti ad esso allegati, poiché, a suo avviso, mediante la fissazione di specifiche tecniche irragionevoli, determinerebbe una indebita limitazione dell'accesso alla gara.

In particolare, evidenziava che il Capitolato tecnico allegato al bando di gara sarebbe illegittimo nella parte richiedente, a pena di esclusione, le seguenti specifiche tecniche, per gli elicotteri da acquisire:

"Nel rispetto delle dimensioni e limitazioni operative delle infrastrutture delle basi elicotteristiche del CNVVF dislocate sul territorio italiano,.... deve avere:

· una lunghezza totale ("rotors turning") non superiore a 17,50 m;

· un ingombro frontale non superiore a 13,00 m, al fine di poter essere trainato all'interno degli hangar delle basi elicotteristi-che del CNVVF, senza dover ruotare il rotore principale durante la manovra di hangaraggio”.

Ad avviso dell'esponente, tutta la procedura sarebbe preordinata a favorire, ingiustificatamente, lo “stesso modello di elicottero bimotore medio già in dotazione agli altri Corpi dello Stato CNVVF e FF.AA. Italiane”, prodotto da “Leonardo spa”, anche mediante il meccanismo di attribuzione dei punteggi, a prescindere da dimostrate ragioni di efficienza (punti 4.2.4. e 4.2.20 alle pagg. 18 e 20 del capitolato in ordine alle specifiche riferite alla velocità e al consumo) e ribadiva che avrebbe altresì presentato un reclamo presso la Commissione Europea, al fine di segnalare le gravi violazioni della vigente normativa dell'Unione in materia di contratti pubblici di forniture.

A sostegno del proprio gravame, deduceva :

1) *violazione e falsa applicazione degli artt. 59, 61, 63 e 68 del D.Lgs. n. 50 del 2016 e dei corrispondenti artt. 26, 28, 32 E 42, anche alla luce dei considerando nn. 50 e 74, della Direttiva 2014/24/UE. Violazione e falsa applicazione dei principi di proporzionalità, concorrenzialità e non discriminazione in materia del diritto di stabilimento e di libera prestazione dei servizi ex artt. 49, 50 e 56 del TFUE. Violazione dei principi di buon andamento, imparzialità, ragionevolezza ed efficienza nell'azione della PA ex artt. 3 e 97 Cost. e del principio della libertà di iniziativa economica privata ex art. 41 Cost.. Violazione e falsa applicazione dei principi di efficienza, economicità e trasparenza di cui all'art. 1 della Legge n. 241/1990. Eccesso di potere per illogicità manifesta, disparità di trattamento, difetto di motivazione e istruttoria, sviamento;*

La stazione appaltante avrebbe del tutto immotivatamente richiesto specifiche tecniche che, in sostanza, verrebbero a tradursi in una ingiustificata e significativa restrizione del numero degli operatori economici di settore partecipanti alla gara.

2) *violazione e falsa applicazione degli artt. 59, 61, 63 e 68 del D.Lgs. n. 50 del 2016 e dei corrispondenti artt. 26, 28, 32 e 42, anche alla luce dei considerando nn. 50 e 74, della Direttiva 2014/24/UE. Violazione e falsa applicazione dei principi di proporzionalità, concorrenzialità e non discriminazione in materia del diritto di stabilimento e di libera prestazione dei servizi ex artt. 49, 50 e 56 del TFUE.. Violazione dei principi di buon andamento, imparzialità, ragionevolezza ed efficienza nell'azione della PA ex artt. 3 e 97 Cost. e del principio della libertà di iniziativa economica privata ex art. 41 Cost. Violazione e falsa applicazione dei principi di efficienza, economicità e trasparenza di cui all'art. 1 della Legge n. 241/1990. Eccesso di potere per illogicità manifesta, disparità di trattamento, difetto di motivazione e istruttoria, sviamento;*

A causa delle specifiche tecniche indicate, sarebbe consentito partecipare e presentare un'offerta ammissibile soltanto con riferimento all'elicottero modello AW139, nonostante altri mezzi di altri produttori potrebbero essere perfettamente in grado di rispondere alle esigenze funzionali sottese alla commessa.

Inoltre, sarebbe illegittima la previsione del successivo affidamento diretto in caso di partecipazione di un solo concorrente, peraltro come conseguenza delle eccessivamente restrittive specifiche tecniche.

La circostanza che l'intera operazione mirerebbe a concretizzare un affidamento diretto sarebbe ulteriormente aggravata dalla previsione di bando e di disciplinare che facoltizzerebbe l'amministrazione a acquisire, nei successivi 5-7 anni, due ulteriori elicotteri della stessa linea dei due già acquisiti dal medesimo fornitore in sostituzione di parte della flotta ad ala rotante, attualmente in dotazione del CNVVF, in considerazione "*dell'onerosa conseguenza di notevolissimi problemi di gestione, efficienza ed efficacia operativa nonché di sicurezza del volo*".

3) violazione e falsa applicazione degli artt. 59, 61, 63 e 68 del D.Lgs. n. 50 del 2016 e dei corrispondenti artt. 26, 28, 32 e 42, anche alla luce dei considerando nn. 50 e 74, della Direttiva 2014/24/UE. Violazione e falsa applicazione dei principi di proporzionalità, concorrenzialità e non discriminazione in materia di stabilimento e di libera prestazione dei servizi ex art. 49, 50 e 56 del TFUE. Violazione dei principi di buon andamento, imparzialità, ragionevolezza ed efficienza nell'azione della PA ex artt. 3 e 97 Cost. e del principio della libertà di iniziativa economica privata ex art. 41 Cost.. Violazione e falsa applicazione dei principi di efficienza, economicità e trasparenza di cui all'art. 1 della Legge n. 241/1990. Eccesso di potere per illogicità manifesta, disparità di trattamento, difetto di motivazione e istruttoria, sviamento;

Il bando sembrerebbe preordinato a pervenire all'affidamento diretto mediante la predisposizione formale di una procedura ristretta contenente specifiche tecniche che "*fotograferebbero*" le caratteristiche dell'unico prodotto che potrebbe essere offerto da un solo operatore (l'AW139 di Leonardo Spa), come si desumerebbe altresì da altre previsioni disciplinanti il meccanismo di attribuzione dei punteggi, che si aggiungerebbero ai requisiti tecnici essenziali già descritti a pena di esclusione.

Anche sotto questo profilo, a prescindere da ragioni di funzionalità o di efficacia ed efficienza, il mezzo di "Leonardo spa" verrebbe ingiustificatamente premiato, con particolare riguardo ai requisiti della velocità e del consumo mentre nessun punteggio ulteriore - pur in presenza di caratteristiche migliorative - sarebbe in particolare conferito a mezzi della gamma Airbus (come l'H175 e l'H145).

Concludeva per l'accoglimento del ricorso, con vittoria di spese.

Con atto depositato in data 22.5.2017, si costituiva formalmente la difesa erariale e, in data 26.5.2017, depositava documentazione.

Con atto depositato in data 23.5.2017, si costituiva formalmente anche la controinteressata società e, in data 26.5.2017, depositava anch'essa ulteriore documentazione.

Con memoria depositata in data 29.5.2017, la difesa erariale svolgeva le proprie argomentazioni difensive, eccependo altresì l'inammissibilità del ricorso sotto duplice profilo:

sia sotto il profilo della carenza di interesse, in quanto la ricorrente, per sua stessa ammissione, non sarebbe stata in grado di offrire un elicottero che, oltre agli altri requisiti richiesti, soddisferebbe gli imprescindibili requisiti dimensionali essenziali del Capitolato Tecnico, sia perché gli altri modelli di elicottero che la ricorrente sarebbe stata in grado di offrire non sarebbero stati ammessi in ogni caso alla gara, perché certificati secondo le specifiche JAR/FAR/EASA CS-27 (peso inferiore a 3.175 kg) e, quindi, oggettivamente inadeguati allo svolgimento delle impegnative e variegate missioni richieste al Corpo Nazionale dei Vigili del Fuoco.

Con memoria depositata in data 29.5.2017, anche la controinteressata società eccepiva inammissibilità del ricorso per carenza di interesse anche per la mancata partecipazione alla gara, e contestava i singoli profili di doglianza svolti dalla ricorrente società.

Con Ordinanza n. 6504 del 1.6.2017, questa Sezione respingeva la domanda cautelare proposta dalla ricorrente società.

Con memoria depositata in data 26.6.2017, la ricorrente società replicava alle avversarie deduzioni e proponeva istanza istruttoria.

Con memoria depositata in data 26.6.2017, la controinteressata contestava la tesi di parte ricorrente.

Con memoria depositata in data 30.6.2017, la ricorrente insisteva per la violazione, nel caso di specie, dell'art. 68, comma 4° del D. Lgs n. 50 del 2016.

Con memoria depositata in data 30.6.2017, la controinteressata replicava ulteriormente eccependo, fra l'altro, la tardività dell'istanza istruttoria nonché l'inammissibilità, a causa del suo "*carattere esplorativo*".

Alla pubblica udienza del 12 luglio 2017, il ricorso passava in decisione.

DIRITTO

1. Va esaminata preliminarmente l'eccezione di carenza di interesse, sollevata dalla controinteressata società, poiché la ricorrente non ha presentato domanda di partecipazione alla gara *de qua*, anche perché la questione della sussistenza dell'interesse e della legittimazione è soggetta a *rilievo di ufficio* da parte del giudice, secondo un principio generale dell'ordinamento, in quanto attinente al *diritto di azione* di chiunque faccia valere in giudizio un diritto (o un interesse legittimo), assumendo di esserne titolare (*ex plurimis*: già Cons. Stato, Sez. V, 28.7.1978 n. 884; Sez. IV, 8.6.1982 n. 332; Cass. Sez. Un., 16.2.2016, n. 2951).

Invero, l'impresa appartenente al settore coinvolto dalla procedura, che non abbia presentato domanda di partecipazione alla gara, rimane, comunque, titolare di un *interesse legittimo differenziato e qualificato* - e, quindi, sotto il profilo processuale, della *legittimazione a ricorrere* - qualora contesti e impugni quelle clausole della *lex specialis*, in forza delle quali se avesse presentato l'istanza sarebbe stata esclusa.

In tal caso, l'impresa ha interesse a gravare la relativa determinazione, proprio al fine di impedire lo svolgimento della procedura selettiva con le regole contestate (*conf.*: T.A.R. Sicilia Palermo, Sez. I - 24/5/2007 n. 1432).

In effetti, la presentazione di una domanda di partecipazione dall'esito sicuramente negativo per la concorrente viene a risolversi in un inutile formalismo, non elevabile ad onere e condizione della proposizione del ricorso avverso quelle prescrizioni del bando (ritenute illegittime), in applicazione delle quali verrebbe sicuramente esclusa (*conf.*: Consiglio di Stato, sez. VI - 4/6/2009 n. 3448; T.A.R. Piemonte, sez. I - 26/10/2009 n. 2330).

In particolare, nell'ordinamento comunitario, è stato precisato che la partecipazione ad una procedura concorsuale può rappresentare, in linea di principio, una condizione da soddisfare per dimostrare l'interesse all'aggiudicazione dell'appalto, salvo che la mancata presentazione dell'offerta sia causata dalla previsione, nel bando di gara o nel disciplinare, di "*specifiche*" discriminatorie che ostacolano la possibilità di fornire l'insieme delle prestazioni richieste (*conf.*: Corte Giustizia C.E., sez. VI - 12/2/2004 n. C-230/02).

Pertanto, l'eccezione va rigettata.

2. Con il primo mezzo, parte ricorrente sostiene che la stazione appaltante avrebbe del tutto immotivatamente richiesto specifiche tecniche che, in sostanza, verrebbero a tradursi in una ingiustificata e significativa restrizione del numero degli operatori economici di settore partecipanti alla gara.

2.1. La valutazione compiuta dall'Amministrazione, in sede di determinazione dell'oggetto della fornitura e di individuazione delle sue caratteristiche tecniche, può essere sottoposta al sindacato giurisdizionale sotto il profilo della palese illogicità, quando le operazioni suddette non involgano una mera scelta di convenienza ed opportunità, svincolata da valutazioni tecniche, ma impingano in cognizioni tecniche circa le particolari esigenze connesse all'oggetto dell'appalto *de quo*, in fase antecedente rispetto alla stessa stesura della *lex specialis* e nella stessa poi trasfusa, in modo da giungere, per tale via, all'individuazione del prodotto o dei prodotti più idonei (in funzione delle caratteristiche di ciascuno, dell'azione da tali caratteristiche assicurata e delle relative modalità d'impiego).

Invero, il giudizio di sostanziale "*equivalenza*" del prodotto offerto da un'impresa, ai fini del soddisfacimento delle esigenze della P.A., ha natura *tecnico-discrezionale*, in ordine alla valutazione di identica rispondenza dell'uno come dell'altro prodotto ai bisogni dell'Amministrazione.

Il principio di "*equivalenza*" permea l'intera disciplina dell'evidenza pubblica, per cui la possibilità di ammettere (a seguito di valutazione della stazione appaltante) prodotti aventi specifiche tecniche analoghe a quelle richieste risponde al principio del *favor participationis* (*conf.*: Cons. Stato, Sez. IV 26.8.2016 n. 2701 e la giurisprudenza ivi richiamata).

2.2. L'art. 68 ("*Specifiche tecniche*") del D. Lgs 18.4.2016 n. 50, in recepimento dell'art. 42

della Direttiva 26/02/2014 n. 24 (Gazzetta Uff. 28/03/2014 n.94) ed attuazione dell'art. 1, comma 1°, lett. c) epp), della legge 28 gennaio 2016, n. 11 (*“Deleghe al Governo per l'attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture”*), stabilisce che le specifiche tecniche, inserite nei documenti di gara per definire le caratteristiche previste per lavori, servizi o forniture, devono consentire pari accesso degli operatori economici alla procedura di aggiudicazione e non devono comportare, direttamente o indirettamente, ostacoli ingiustificati all'apertura degli appalti pubblici alla concorrenza.

Conseguentemente, individua le modalità con le quali debbano essere formulate dette specifiche tecniche.

A tutela della concorrenzialità, dispone che le specifiche tecniche, salvo che siano giustificate dall'oggetto dell'appalto, non possono menzionare una fabbricazione, una provenienza determinata od un procedimento particolare caratteristico dei prodotti o dei servizi forniti da un operatore economico specifico, né far riferimento ad un marchio, ad un brevetto ad un tipo, a un'origine o ad una produzione specifica, che avrebbero l'effetto di favorire o di eliminare talune imprese o taluni prodotti.

Tale menzione o riferimento sono tuttavia consentiti, in via eccezionale, nel caso in cui una descrizione sufficientemente precisa e intelligibile dell'oggetto dell'appalto non sia possibile: in tal caso, la menzione o il riferimento sono accompagnati dall'espressione *“o equivalente”*.

Invero, la P.A. ha il potere di individuare i prodotti ritenuti più appropriati alle sue finalità, ma sulla base di specifiche caratteristiche dei prodotti stessi e, dunque, facendo riferimento ad elementi effettivamente significativi, che consentano di distinguere nettamente l'oggetto della fornitura, o, per converso, di ritenere equivalente l'uno oggetto all'altro, senza determinare alcuna discriminazione a favore o contro le imprese produttrici di determinati beni.

Le amministrazioni aggiudicatrici non possono, comunque, dichiarare inammissibile o escludere un'offerta per il motivo che i lavori, le forniture o i servizi offerti non siano conformi alle specifiche tecniche alle quali hanno fatto riferimento, se l'offerente dimostra, con qualsiasi mezzo appropriato, che le soluzioni proposte ottemperano in maniera equivalente ai requisiti definiti dalle specifiche tecniche.

Nei casi in cui le specifiche tecniche risultino tutte incentrate sul riferimento al prodotto, il riferimento tecnico deve consentire di individuare il dato funzionale del prodotto, in relazione alle sue caratteristiche essenziali.

Quest'aspetto deve risultare adeguatamente da una valutazione dell'Amministrazione preliminare al procedimento di gara, dalla quale emerga con chiarezza che può ritenersi equivalente l'offerta di un prodotto piuttosto che dell'altro, sulla scorta delle concrete esigenze dell'amministrazione.

In particolare, il suddetto art. 68 del D. Lgs, n. 50 del 2016, con il comma 4°, stabilisce: *“Le specifiche tecniche consentono pari accesso degli operatori economici alla procedura di aggiudicazione e non devono comportare direttamente o indirettamente ostacoli ingiustificati all'apertura degli appalti pubblici alla concorrenza”*.

La *ratio* dello specifico intervento normativo è quella di garantire che la predisposizione di specifiche tecniche nei bandi e nei capitolati - seppur idonea a delimitare tecnicamente il mercato ed a ridurre il novero degli operatori economici potenzialmente coinvolti nella procedura di affidamento della commessa pubblica- debba avvenire in modo obiettivo, chiaramente definito e trasparente, al fine di evitare che le Amministrazioni aggiudicatrici predispongano regole di gara gratuitamente discriminatorie e del tutto avulse da obiettivi - e per questo legittimamente condivisibili - esigenze collegate al tipo di appalto da affidarsi e, soprattutto, al concreto lavoro, servizio o fornitura da realizzare.

2.2.3. Nella specie, le ragioni che hanno condotto l'Amministrazione ad individuare le necessarie specifiche tecniche sono esposte nell'*Allegato A* del Disciplinare.

Si tratta di ragioni connesse a parametri oggettivi, quali la natura dei compiti attribuiti al Servizio aereo del Corpo dei Vigili del Fuoco, considerati in sé e nelle interconnessioni con analoghe attribuzioni di altri corpi militari e di polizia; la natura delle strutture operative e degli altri luoghi nei quali gli elicotteri devono intervenire; il *budget* di spesa disponibile (per l'acquisizione sia delle macchine che delle prestazioni di supporto logistico ed addestrativo); l'esigenza di acquisire aeromobili migliorativi, sotto vari aspetti (funzionali, di sicurezza, di dotazione tecnologica ecc.), rispetto a quelli già in dotazione al Corpo.

In particolare, il punto 1.3 dell'*Allegato A* al Disciplinare di Gara , ai cap. 6, 7,8 e 9, precisa:

“Gli elicotteri, al Peso Massimo al Decollo certificato, devono poter operare sia da elisuperfici / aree aeroportuali, sia da campi / terreni non preparati. Essi devono, in aggiunta, essere compatibili con le infrastrutture esistenti del CNVVF allo scopo di minimizzare i costi di esercizio. A tale proposito, si richiede che l'elicottero possa essere impiegato sulle infrastrutture delle basi elicotteristiche del CNVVF dislocate sul territorio italiano, senza causarne modifiche che determinino aggravii di costo per il CNVVF. Per quanto sopra esposto, i nuovi mezzi devono rispettare criteri essenziali di peso, dimensioni e limitazioni operative, in termini di lunghezza e altezza totale dell'aeromobile e di ingombro frontale del rotore principale.

La necessità – a carattere di urgenza – di acquisire nuovi elicotteri multiruolo di tipo bimotore medio a turbina in configurazione SAR / HETMS / LAVORO AEREO / FIRE FIGHTING / TRASPORTO SQUADRE / PROTEZIONE CIVILE da parte del CNVVF si pone all'interno di un processo di rinnovamento generale delle flotte elicotteristiche di Stato, che ha portato negli anni recenti ad ammodernare con la stessa tipologia di elicotteri (i.e. tipo bimotore medio a turbina) le flotte delle Capitanerie di Porto, Protezione Civile (la cui componente elicotteristica è successivamente passata sotto l'egida dell'Aeronautica Militare), della Guardia di Finanza, dell'Aeronautica Militare (compresa la flotta per il Trasporto di Stato) e della Polizia di Stato.

In considerazione dello scenario operativo precedentemente delineato, i nuovi elicotteri di tipo bimotore medio a turbina in configurazione SAR / HETMS / LAVORO AEREO / FIRE FIGHTING / TRASPORTO SQUADRE / PROTEZIONE CIVILE del CNVVF saranno sempre più chiamati ad interoperare / cooperare, non solo con le altre unità del CNVVF, ma anche con le FF.AA. / Forze di Polizia Nazionali, ivi comprese le flotte elicotteristiche di Stato. È necessario pertanto che i nuovi elicotteri garantiscano le operazioni su aerospazi civili / aeroporti e la cooperazione con altre unità del CNVVF e altri Assetti Nazionali attraverso la dotazioni di strumentazione di bordo e di comunicazione peculiari del CNVVF.

Al fine di poter assicurare la più ampia interoperabilità e continuità logistico / operativa fra le suddette flotte elicotteristiche di Stato, relativamente all'addestramento dei tecnici specialisti e dei piloti, all'impiego delle attrezzature necessarie per la manutenzione ed all'acquisizione delle parti di ricambio, per la presente gara, in caso di caratteristiche tecniche e prestazionali equivalenti, sarà dato titolo preferenziale allo stesso modello di elicottero bimotore medio già in dotazione agli altri Corpi dello Stato / FF.AA. Italiane. A tal proposito, punteggio sarà inoltre assegnato a modelli di elicottero bimotore medi che abbiano ricevuto, al momento della presentazione dell'offerta, l'omologazione di tipo aeromobile militare già rilasciata dalla DAAA, al fine di garantire l'interoperabilità con gli altri Corpi dello Stato / FF.AA. italiane”.

Dalle precitate motivazioni, emerge che la P.A., allo scopo di ridurre i costi di esercizio nonché di evitare eventuali differimenti dell'approvvigionamento, richiede che “essi devono, in aggiunta, essere compatibili con le infrastrutture esistenti del CNVVF” e, di conseguenza, “.. che l'elicottero possa essere impiegato sulle infrastrutture delle basi elicotteristiche del CNVVF dislocate sul territorio italiano, senza causarne modifiche che determinino aggravii di costo per il CNVVF”: per cui “i nuovi mezzi devono rispettare criteri essenziali di peso, dimensioni e limitazioni operative, in termini di lunghezza e altezza totale dell'aeromobile e di ingombro frontale del rotore principale”.

Non sembra irrazionale la previsione, da parte del dal Capitolato Tecnico, delle contestate limitazioni dimensionali -larghezza massima pari a 13 m, ingombro minimo senza ripiegamento pale e rotazione delle stesse; lunghezza massima di 17,50 m- intese ad assicurare la compatibilità dell'elicottero richiesto con le esistenti infrastrutture (*hangar* VF) del Corpo nazionale dei Vigili del Fuoco, poiché elicotteri aventi larghezze maggiori sarebbero incompatibili con molti degli *hangar* del C.N.VV.F., come emerge anche dalla documentazione versata in atti.

La ricorrente è in grado di offrire un elicottero (mod. H175) di lunghezza pari a m 18,50 e di larghezza pari a 14,80, avente, quindi, dimensioni superiori a quelle compatibili con il ricovero negli *hangar* dei Vigili del Fuoco.

Il suo unico modello di elicottero, in grado di effettuare le missioni previste dal requisito (Allegato A del bando di gara), ovvero l'Airbus H175, è di una classe superiore a quella richiesta e non si appalesa compatibile, a causa di requisiti geometrici, ritenuti imprescindibili per l'Amministrazione.

La contestata scelta del requisito del peso massimo al decollo non superiore a 7000 kg nonché

dei requisiti di lunghezza (17.5m) e ingombro frontale (13,00m) non appare irrazionale non solo perché consente di assicurare la compatibilità con le esistenti infrastrutture del Corpo (*hangar IV*) e con i siti normalmente impiegati nel territorio di competenza dei reparti volo (piazzole a servizio degli ospedali, altri siti vari di interesse per le attività istituzionali, ecc.), ma anche perché non sembra irrazionale la considerazione che un elicottero con peso massimo al decollo, con un eccessivo flusso del rotore principale, potrebbe rendere più difficoltoso il lavoro a bassa quota, soprattutto in aree congestionate e con terreni non preparati.

A fronte di tali circostanze rilevanti ed idonee a giustificare le contestate specifiche tecniche, inerenti, prevalentemente, elementi dimensionali di natura essenziale, che rendono incompatibili il prodotto che la ricorrente è in grado di offrire, le altre contestazioni, inerenti le ulteriori specifiche tecniche richieste (larghezza porta scorrevole, seconda porta di accesso, posizionamento della barella, etc....), assumono un rilievo piuttosto marginale e poco rilevante.

Con altro punto di doglianza, inserito nel medesimo articolato motivo di diritto, parte ricorrente lamenta che illegittimamente la PA. avrebbe richiesto soltanto elicotteri certificati secondo le specifiche JAR/FAR29/EASA CS-29 e non anche secondo le specifiche JAR/FAR27/EASA CS-27.

Come anche evidenziato dalle parti resistenti, la certificazione JAR/FAR27/EASA CS-27 riguarda aeromobili con le seguenti caratteristiche:

This Airworthiness Code is applicable to small rotorcraft with maximum weights of 3 175 kg (7 000 lbs) or less and nine or less passenger seats. (CS27.1 – Applicability), mentre le specifiche JAR/FAR29/EASA CS-29 comprendono i *large rotorcraft*, ovvero quelli con un peso massimo al decollo superiore a 3.175 kg e più di nove sedili per i passeggeri, compatibili con le funzioni assegnate.

Gli elicotteri commercializzati dalla ricorrente società - cioè l'elicottero Airbus H145 (peso massimo 3650kg) e l'elicottero Airbus H175 (peso massimo 7.800kg)- non sembrano in grado di soddisfare le esigenze relative alle missioni richieste, poiché il primo è di classe di inferiore ed il secondo presenta elementi di incompatibilità geometrica con le attuali infrastrutture dei reparti volo del CNVVF.

Inoltre, l'elicottero Airbus EC155B1 (peso massimo 4.920kg), sempre commercializzato dalla ricorrente, idoneo a soddisfare il requisito dell'Amministrazione, non risulta compatibile con alcune caratteristiche (punti 17-20 del Capitolato tecnico) in tema di *standard* di sicurezza.

Né tali dati risultano superati dalle dichiarazioni di equivalenza, non supportate da ulteriori elementi, quali test comparativi, relazioni sulle prove eseguite, studi particolari, etc., idonea a suffragare quanto dichiarato in ordine alla equivalenza dei prodotti offerti.

Conseguentemente, si deve ritenere che, nel complesso, la scelta della P.A. di individuare le contestate specifiche tecniche non si pone in violazione di legge né appare inficiata dai vizi di macroscopica illegittimità.

3. La negativa soluzione delle questioni sollevate con la precitata censura “*depotenzia*” il terzo mezzo, con cui parte ricorrente deduce che il bando sembra preordinato a pervenire all'affidamento diretto mediante la predisposizione formale di una procedura ristretta contenente specifiche tecniche che “fotograferebbero” le caratteristiche dell'unico prodotto che potrebbe essere offerto soltanto da un unico operatore (l'AW139 di Leonardo Spa), come si desumerebbe anche da altre previsioni, disciplinanti il meccanismo di attribuzione dei punteggi che si aggiungerebbero ai requisiti tecnici essenziali già descritti a pena di esclusione.

4. Dalla infondatezza del primo mezzo -e, specificatamente, dalla non compatibilità del prodotto offerto della parte ricorrente con gli *hangar* e le ragioni giustificative delle specifiche tecniche- discende altresì la carenza di interesse ex art. 100 cpc alla coltivazione del secondo mezzo, con cui parte ricorrente insiste, in modo particolare, sulla illegittimità della previsione del successivo affidamento diretto in caso di partecipazione di un solo concorrente, come conseguenza delle eccessivamente restrittive specifiche tecniche.

In tale ottica, parte ricorrente non può giovare dell'invocata sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea Grande Sezione, 8.4.2008, causa C-337/05 - che ha condannato la Repubblica Italiana rispetto alla “*prassi costante e risalente nel tempo*” di affidare direttamente all'Agusta Spa, ora Leonardo Spa, gli appalti per la fornitura di elicotteri destinati a sopperire alle esigenze di diversi corpi militari e civili, al di fuori di qualsiasi procedura di gara, in violazione delle direttive UE- non vertendosi, oltretutto, in tema di trattativa privata.

In definitiva, il ricorso si appalesa fondato e va rigettato.

4. Nondimeno la delicatezza e la complessità di natura tecnica delle questioni involte consigliano di disporre l'integrale compensazione delle spese di giudizio.

(omissis)

GUIDA ALLA LETTURA

Una delle questioni più dibattute in giurisprudenza è certamente quella della natura immediatamente escludente delle clausole del bando di gara e dell'obbligo della loro immediata impugnazione.

Da tempo il Consiglio di Stato ha chiarito che <<*l'onere di impugnare immediatamente le previsioni della legge di gara non concerne solo quelle in senso classico escludenti*>> (cfr.

C.d.S., Ad. Plen. 29 gennaio 2003, n. 1).

Sulla scia di tale pronuncia anche la recente giurisprudenza si è arrestata riconoscendo che l'obbligo della immediata impugnazione involge anche quelle che clausole che <<rendano (realmente impossibile la presentazione di un'offerta)>> (cfr. C.d.S., sez. IV, 11 ottobre 2016, n. 4180).

In tale casistica rientrano indubbiamente:

- le <<regole impositive, ai fini della partecipazione, di oneri del tutto sproporzionati>>;

- le <<previsioni che rendano la partecipazione incongruamente difficoltosa o addirittura impossibile>>;

- le <<disposizioni abnormi o irragionevoli>> (cfr. C.d.S., sez. III, 18 aprile 2017, n. 1809; nello stesso senso C.d.S., sez. V, 26 giugno 2017, n. 3110)[\[1\]](#).

Essendo quello della natura immediatamente escludente delle clausole della lex specialis un tema assai delicato, soprattutto in considerazione delle implicazioni che lo stesso ha sul piano processuale, il Consiglio di Stato ha assunto al riguardo una posizione estremamente prudentiale, rilevando che l'interpretazione degli atti di gara soggiace alle stesse regole stabilite per i contratti dagli artt. 1362 e segg. c.c., in forza dei quali deve riconoscersi carattere preminente all'interpretazione letterale. Infatti, un corretto rapporto tra P.A. ed il privato, rispettoso dei principi di buon andamento e di buona fede, impone di interpretare la lex specialis per ciò che essa dice espressamente, dispensando così il concorrente dal dover ricostruire con indagini ermeneutiche integrative ulteriori ed inespressi significati della legge di gara (cfr. C.d.S., sez. V, 22 settembre 2015, n. 4430).

In buona sostanza, il significato da dare a quest'ultima è quello che il destinatario può ragionevolmente intendere dal suo dato letterale (cfr. C.d.S., sez. V, 9 ottobre 2015, n. 4684)[\[2\]](#).

Allineandosi al suindicato indirizzo giurisprudenziale, con la sentenza n. 4863/2017, il TAR Lazio ha ulteriormente corroborato il principio per cui l'impresa appartenente al settore coinvolto dalla procedura, che si lamenta di non aver potuto partecipare alla gara a causa del portato escludente di alcune clausole della lex specialis, ha interesse ad impugnare immediatamente queste ultime, perché solo così può impedire lo svolgimento della procedura selettiva con le regole contestate[\[3\]](#).

Il TAR ha inoltre chiarito che in caso di contestazioni di clausole ostative alla partecipazione alla gara, la presentazione della domanda di partecipazione non può costituire onere e condizione per la proposizione del ricorso, in quanto viene a risolversi in un inutile formalismo.

Così pronunciandosi, dunque, il TAR Lazio ha rimarcato il concetto per cui il principio pretorio in base al quale l'impresa che non partecipi alla gara non può contestare la relativa procedura e l'aggiudicazione, perché la sua posizione giuridica sostanziale è riconducibile ad un mero

interesse di fatto, non è affatto assoluto.

[1] Cfr. p. leozappa, in “*L’illegittimità del bando Consip per la mancata suddivisione in lotti dei (propri) servizi di advisory strategico e di consulenza legale*”, su questa rivista.

[2] Cfr. d. corsetti, in “*Clausole escludenti: interpretazione e chiarimenti sulla legge di gara. Principio di tassatività delle cause di esclusione e requisiti di capacità previsti a pena di esclusione*”, su questa rivista.

[3] Nello stesso senso leggasi anche TAR Sicilia, Palermo, sez. I, 24 maggio 2007, n. 1432.