

Il gestore uscente è esonerato dall'obbligo di effettuare la visita di sopralluogo.

di Isabella Tassone

Data di pubblicazione: 1-11-2020

Proprio in relazione alla funzione del sopralluogo, così come delineata dalla ricordata giurisprudenza, deve ammettersi che un simile obbligo è da considerarsi superfluo e sproporzionato allorché sia imposto ad un concorrente che sia gestore uscente del servizio, il quale per la sua stessa peculiare condizione si trova già nelle condizioni soggettive ideali per conoscere in modo pieno le caratteristiche dei luoghi in cui svolgere la prestazione oggetto della procedura di gara.

GUIDA ALLA LETTURA

Il pronunciamento oggetto del presente commento verte sull'istituto del c.d. **sopralluogo obbligatorio preventivo**, inteso come attività di cognizione dello stato dei luoghi di pertinenza delle prestazioni contrattuali da espletarsi a opera delle imprese che intendano aderire alla competizione.

La disciplina di riferimento nella materia *de qua* si rinviene notoriamente nell'art. 79, comma 2, D. Lgs. 18 aprile 2016, n. 50, recante la normativa relativa ai termini di ricezione delle domande di partecipazioni e delle offerte.

Per ciò che qui rileva, la predetta disposizione consente di subordinare la formulazione dell'offerta alla visione dei locali di esecuzione della commessa o alla consultazione *in situ* dei documenti di gara, onde consentire agli aspiranti concorrenti di determinarsi in modo consapevole rispetto al concreto contesto tecnico di esecuzione dell'appalto (in tal senso, Cons. Stato, sez. V, 19 febbraio 2018, n. 1037; idem sez. VI, 23 giugno 2016, n. 2800).

Tale eventualità era già contemplata nel "vecchio" codice degli appalti, giusto il disposto dell'ormai abrogato art. 70, comma 10, D. Lgs. 12 aprile 2006, n. 163.

In proposito, giova precisare che la visita di sopralluogo integra un adempimento con valenza sostanziale e non meramente formale, la cui mancata effettuazione comporta l'esclusione dalla procedura, senza possibilità di regolarizzazione (cfr. Cons. Stato, sez. V, 26 luglio 2018, n. 4597; idem sez. IV, 19 ottobre 2015, n. 4778).

Tuttavia, come chiarito dall'Autorità Nazionale Anticorruzione, la stazione appaltante può imporre lo svolgimento delle operazioni di sopralluogo a pena di esclusione unicamente nei casi in cui l'oggetto del contratto presenti una stretta e diretta correlazione con le strutture

edilizie (cfr. par. 14, Nota illustrativa del Bando-Tipo n.1/2017, approvato dall'Autorità con delibera n. 1228 in data 22 novembre 2017).

L'istituto in rassegna ha valenza significativa nell'ambito delle procedure evidenziali, siccome preordinato al perseguimento della seguente duplice finalità:

- sotto il versante privatistico, consentire ai partecipanti di conoscere *de visu* le condizioni dell'appalto in guisa da poter calibrare la propria proposta contrattuale all'ottenimento del bene della vita finale rappresentato dal provvedimento di aggiudicazione;
- sotto il versante pubblicistico, garantire il soddisfacimento dell'interesse pubblico a ottenere un ventaglio di offerte competitive, qualitativamente elevate e particolarmente attendibili dal punto di vista economico.

Data la funzione del sopralluogo preventivo, come sopra delineata, appare evidente che l'onere di visionare i luoghi destinati allo svolgimento del servizio non possa estendersi al precedente affidatario, in omaggio al canone giuspubblicistico del raggiungimento dello scopo.

Specificamente, questi è esonerato dall'effettuare tale adempimento procedurale alla luce della sua peculiare posizione fattuale, risultando già insediato nei locali da visitare e, dunque, in possesso di un solido patrimonio conoscitivo circa il contesto interessato dalle prestazioni contrattuali (cfr. in tal senso, cit. Cons. Stato, n. 4597/2018).

Tale orientamento è stato confermato nel pronunciamento in commento: i Giudici di Palazzo Spada hanno ivi ribadito che **l'obbligo di sopralluogo preventivo non è predicabile nei confronti del gestore uscente.**

Il Supremo Consesso Amministrativo ha tuttavia censurato gli esiti processuali di caducazione integrale della procedura e riedizione della gara cui è pervenuta la sentenza impugnata.

Le conclusioni del T.A.R. sono state motivate alla luce dell'accertata illegittimità tanto della clausola del bando impositiva dell'obbligo del sopralluogo a tutti i concorrenti quanto del provvedimento di ammissione alla gara del precedente affidatario del servizio a cagione della mancata presa visione dei luoghi.

Secondo l'argomentare del Collegio, non vi è necessità di rinnovare l'intera procedura di gara nel caso di specie siccome è conforme all'ordito regolatorio di riferimento sopra richiamato la mancata effettuazione del sopralluogo nei locali di svolgimento dell'attività oggetto del contratto *in itinere* da parte del gestore uscente.

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 3588 del 2020, proposto da A.R.E.U. – Azienda Regionale Emergenza Urgenza, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'Avvocato Marco Orlando, con domicilio digitale come da PEC indicata in atti;

contro

Elisicilia S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'Avvocato Luigi Borgia, con domicilio digitale come da PEC indicata in atti;

nei confronti

GSA – Gruppo Servizi Associati S.p.A., in persona dell'Amministratore delegato e legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa, dagli Avv.ti Luca Mazzeo e Paolo Caruso, con domicilio digitale come da PEC indicate in atti e domicilio fisico presso il loro Studio in Via Eustachio Manfredi n. 5, 00197 - Roma,

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Prima) n. 631/2020, resa tra le parti, del 15 aprile 2020 n. 631 con la quale era accolto in parte il ricorso incidentale ed in parte il ricorso principale nel giudizio proposto

per quanto riguarda il ricorso introduttivo per l'annullamento:

della deliberazione n. 221 del 30 luglio 2019 del Direttore Generale di AREU- Azienda Regionale Emergenza Urgenza della Regione Lombardia, comunicata con nota prot. 8272.2019 del 7 agosto 2019, con cui erano aggiudicati a Gruppo Servizi Associati s.p.a. i lotti 1-Como (CIG: 7710775CD0) e 3- Sondrio (CIG: 771080231B), relativi alla Gara Europea a procedura aperta in tre lotti, mediante piattaforma di intermediazione telematica Sintel, per l'appalto di fornitura del servizio antincendio necessario alle basi Hems di Como, Milano e Sondrio per la durata iniziale di tre anni eventualmente rinnovabile di ulteriori tre anni e di ogni atto presupposto, connesso e conseguente ivi compresi i verbali di gara e la suddetta nota prot.8272 del 7 agosto 2019,

nonché, in via subordinata, il disciplinare di gara al punto 11, nella parte in cui prevedeva il sopralluogo obbligatorio per i partecipanti nella medesima giornata e alla stessa ora;

per quanto riguarda il ricorso incidentale presentato da GSA:

in parte qua e per quanto di ragione, dell'art. VI.3. del Bando di Gara, dell'art. 11 del Disciplinare di Gara e dell'art. 4 del Capitolato Speciale, se e in quanto l'obbligo del sopralluogo ivi previsto debba essere inteso come riferito anche ai gestori uscenti del precedente appalto che intendano partecipare alla successiva procedura aperta in 3 lotti, mediante piattaforma di intermediazione telematica Sintel, per l'appalto di fornitura del servizio antincendio necessario alle basi Hems di Como, Milano e Sondrio per un periodo iniziale di 3 anni; rinnovabile per ulteriori 3 anni;

in via subordinata, per l'annullamento, anche ai fini della riedizione della gara, della nota prot. 1-6-03 del 29 gennaio 2019 con cui AREU non ha consentito a GSA di effettuare il sopralluogo in giorno diverso e successivo rispetto a quello previsto dall'art. 11 del Disciplinare di Gara, seppur precedente al termine di scadenza di proposizione delle offerte;

per quanto riguarda i motivi aggiunti presentati da Elisicilia:

per l'annullamento dei medesimi atti già gravati con l'atto introduttivo;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

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

Visto l'atto di costituzione in giudizio e l'appello incidentale proposto da GSA – Gruppo Servizi Associati S.p.A.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 1 ottobre 2020 il Cons. Solveig Cogliani e uditi per le parti gli Avvocati Marco Orlando e Michele Miraglia su delega dichiarata degli Avvocati Luigi Borgia e Paolo Caruso;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

I - Si verte, nella specie, in una gara europea a procedura aperta, mediante piattaforma di intermediazione telematica Sintel, indetta da A.R.E.U. – Azienda Regionale Emergenza Urgenza della Lombardia, per l'affidamento del servizio antincendio necessario nelle basi HEMS di Como, Milano e Sondrio, di durata triennale, eventualmente prorogabile per ulteriori tre anni, i cui rispettivi servizi costituiscono lotti distinti (Lotto 1 – Como CIG 7710775CD0; Lotto 2 – Milano CIG 771078336D; Lotto 3 – Sondrio CIG 771080231B), con criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Alla gara partecipavano due operatori economici: GSA ed Elisicilia.

All'esito, il servizio era aggiudicato a GSA, gestore uscente.

Elisicilia contestava in giudizio l'ammissione alla gara dell'aggiudicataria, sostenendone l'illegittimità per l'omessa effettuazione del sopralluogo sui luoghi oggetto del servizio, come prescritto dal capitolato speciale.

L'Azienda Regionale e GSA contestavano tale censura, richiamando il principio interpretativo secondo cui l'obbligo del sopralluogo non sussiste in capo al gestore uscente del servizio, che, in tale qualità, può offrire adeguati indici di affidabilità circa la conoscenza del contesto tecnico di svolgimento delle prestazioni contrattuali.

GSA proponeva altresì un ricorso incidentale, diretto a sostenere l'illegittimità del bando di gara e del disciplinare, nella parte in cui fosse interpretato nel senso di imporre l'obbligo del sopralluogo anche in capo al precedente gestore del servizio.

L'oggetto principale del presente contenzioso riguarda l'interpretazione – ai fini del vaglio di legittimità degli atti della procedura relativi ai Lotti 1 e 3 – del punto 11 del Disciplinare, che prevedeva che la partecipazione dei concorrenti fosse subordinata alla preventiva effettuazione obbligatoria del sopralluogo con la produzione, tra la documentazione amministrativa, del relativo attestato, in quanto l'Elisicilia contestava la mancanza di sopralluogo da parte del GSA.

L'Amministrazione considerava la particolare situazione del GSA – anch'essa – gestore uscente del servizio in questione.

Con la sentenza appellata, il giudice di primo grado, in accoglimento contestuale del ricorso principale e del ricorso incidentale, ha annullato gli impugnati provvedimenti (aggiudicazione e bando di gara), statuendo l'obbligo per la stazione appaltante di procedere alla riedizione della gara.

La pronuncia impugnata, attraverso un'ampia ricostruzione del quadro normativo vigente e degli indirizzi giurisprudenziali in materia, afferma che l'obbligo del sopralluogo preventivo grava su tutti i concorrenti, ma non sul gestore uscente del servizio, che, all'evidenza, conosce perfettamente il contesto entro cui l'attività oggetto del contratto in itinere dovrà effettuarsi.

Peraltro, le decisione muove dal rilievo secondo cui il disciplinare di gara è inequivoco nell'imporre l'obbligo del sopralluogo a tutti i concorrenti, senza esentare il gestore uscente.

Ne consegue, pertanto, l'illegittimità dell'ammissione alla gara di GSA, per violazione di una prescrizione della *lex specialis*.

Il disciplinare, a sua volta, è illegittimo perché impone al gestore uscente un onere incompatibile con la disciplina di rango primario, così come interpretata dalla giurisprudenza consolidata.

Da tale doppia illegittimità, il TAR fa conseguire l'accoglimento, nel merito, tanto del ricorso principale quanto del ricorso incidentale, con l'annullamento integrale della procedura di gara e l'effetto conformativo della sua riedizione.

A giudizio della sentenza impugnata, infatti, l'accertamento della illegittimità della clausola del bando non è sufficiente per elidere l'obbligo del sopralluogo in capo a GSA, consolidandone l'ammissione alla gara e l'aggiudicazione del contratto.

Per il TAR la clausola illegittima ha inciso sulle determinazioni dei concorrenti, influenzando, in particolar modo sulle scelte relative all'offerta economica. Edilsicilia, confidando sull'esclusione di GSA, infatti, avrebbe proposto un corrispettivo accompagnato da un modesto ribasso.

L'appellante A.R.E.U. deduce i motivi di seguito specificati.

1. *Error in iudicando e in procedendo*; apoditticità della motivazione; illogicità; erroneità dei presupposti e travisamento in fatto ed in diritto delle censure di primo grado; sproporzione; ultrapetizione; ingiustizia manifesta, contraddittorietà.

La sentenza di primo grado affermava che *“Lo scrutinio del ricorso principale e di quello incidentale conduce alla caducazione degli atti impugnati e alla necessità di una riedizione della procedura concorsuale de qua agitur”*.

Si tratterebbe di un errore evidente. Infatti, il GSA proponeva ricorso incidentale chiedendo di accertare e dichiarare la nullità (con il primo motivo) e/o l'illegittimità (con il secondo motivo) della clausola contenuta nella *lex specialis* *“se e in quanto l'obbligo del sopralluogo ivi previsto debba essere inteso come riferito anche ai gestori uscenti del precedente appalto che intendano partecipare alla successiva gara per l'affidamento del medesimo servizio, nonché entro un termine perentorio”* (cfr. conclusioni del ricorso incidentale di GSA).

L'interesse principale di GSA era, dunque, quello di veder accertata la corretta condotta della Stazione Appaltante nello stabilire che l'obbligo di sopralluogo era, certamente, un onere posto in capo di tutti i concorrenti intenzionati a partecipare alla gara, ma ritenendo, altresì, che detto onere, ove non rispettato – nuovamente - da parte del gestore uscente, non poteva condurre quest'ultimo alla sua esclusione; né tanto meno avrebbe dovuto o potuto condurre alla riedizione della gara.

2. Sull'accoglimento del ricorso principale: *error in iudicando e in procedendo*; eccesso di potere per apoditticità della motivazione; illogicità; erroneità dei presupposti e travisamento in fatto ed in diritto delle censure di primo grado; sproporzione, ultrapetizione, ingiustizia manifesta; contraddittorietà.

Nella sentenza gravata, il T.A.R. afferma che dall'accoglimento del ricorso incidentale deriverebbe l'inammissibilità del solo primo motivo del ricorso principale, ma non anche del secondo mezzo del ricorso introduttivo *“con il quale – anche a voler obnubilare ogni considerazione sulla legittimità della imposizione dell'obbligo anche al gestore uscente - si*

lamentata in sostanza la violazione della par condicio tra i partecipanti, avendo la Amministrazione provveduto a disattendere ex post – e non ad espungerlo ex ante, rendendolo preventivamente noto ai potenziali partecipanti - l'art. 11 del disciplinare, esonerando in concreto dall'obbligo ivi testualmente foggiato uno dei concorrenti (cfr. capo 4 e ss. della sentenza).

Elisicilia, infatti, affermava di essere stato pregiudicato dal non aver saputo (in ragione dell'omessa applicazione per GSA della clausola che l'obbligava al sopralluogo) che alla gara si sarebbe presentata anche GSA (cfr. capi 4.4.1 e ss. della sentenza impugnata).

3. Sulla condanna alle spese. Erronea sarebbe anche la sentenza nella parte in cui ha posto integralmente a carico della Stazione appaltante le spese di giudizio, liquidate nell'ingente misura di otto mila euro oltre accessori a favore di ciascuna parte con refusione dei contributi unificati versati da entrambe le parti, compensando integralmente le spese tra i due ricorrenti.

L'appellante, peraltro, evidenzia come in sede cautelare questo Consiglio aveva accolto l'appello avverso l'ordinanza del primo giudice, con ordinanza n. 5280/2019, ritenendo che *“nella fattispecie dedotta non vi è questione di disapplicazione del bando di gara, peraltro successivamente impugnato in via meramente cautelativa dalla parte odierna appellante, ma della sua applicazione avuto riguardo alla peculiare posizione fattuale del gestore uscente, già insediato nei luoghi oggetto di sopralluogo il servizio antincendio per cui è causa è funzionale e necessario al servizio di elisoccorso svolto da AREU”*.

Si è costituita Elisicilia – quanto ai profili cautelari - evidenziando la carenza dei presupposti per la concessione del provvedimento cautelare, visto anche il reiterarsi delle proroghe nel tempo, che consentirebbero la continuità del servizio e ribadendo nel merito le censure proposte in primo grado.

Si è costituita GSA chiedendo l'annullamento, previa sospensione, della sentenza di primo grado e riproponendo i motivi non accolti del ricorso incidentale.

Con appello incidentale GSA deduce i motivi di seguito specificati.

I. Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 79, comma 2, del d.lgs. n. 50/2016; violazione e falsa applicazione dell'art. 11 del Disciplinare di gara; travisamento in fatto e in diritto; contraddittorietà.

II. Travisamento delle difese di primo grado; violazione del principio dispositivo e della corrispondenza tra chiesto e pronunciato - violazione dell'ordine di trattazione dei motivi.

III. In via subordinata, erroneo accoglimento del secondo motivo di ricorso principale della Elisicilia ed erronea caducazione della gara - violazione del principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato; illogicità, ingiustizia manifesta e contraddittorietà; erroneità dei presupposti e travisamento in fatto e in diritto delle censure di primo grado.

IV. Ancora, in via subordinata, erroneo rigetto del primo motivo di ricorso incidentale,

violazione art. 83 del d.lgs. n. 50/2016.

V. In estremo subordine, riproposizione del terzo motivo di ricorso incidentale, finalizzato, in prima battuta, alla conferma dell'aggiudicazione e, quanto meno, alla riedizione della gara.

Con memoria Edilsicilia ha riproposto, altresì, ai sensi dell'articolo 101, comma 2 c.p.a., i motivi di ricorso formulati con il ricorso introduttivo non esaminati dal primo giudice. Come di seguito indicati.

A) Impugnativa del disciplinare di gara, art. 11, per violazione del principio di segretezza dei partecipanti, di cui all'art. 53 d.lgs. n. 50 del 2016, eccesso di potere per disparità di trattamento; in quanto l'ammissione di G.S.A. alla gara, nonostante la mancata effettuazione del sopralluogo, prevista a pena di esclusione, avrebbe inficiato la procedura, falsando gli esiti della gara.

B) Violazione e falsa applicazione dell'art. 3.2.1. del capitolato speciale di gara, dell'art. 16 punto B del disciplinare e dell'art. 83 d.lgs. n. 50/2016; violazione e/o falsa applicazione del Regolamento UE 2018/ 858, dell'art. 78 del Codice della strada e dell'art. 236 del d.P.R. n. 495/1992; violazione e/o falsa applicazione del d.m. n. 238/07; eccesso di potere per difetto di istruttoria, carenza di motivazione, violazione del principio di buon andamento dell'agire dell'amministrazione;

Il capitolato speciale di gara espressamente, per quanto d'interesse, al punto 3.2. prescriveva:
"3.2 Automezzi antincendio ed impianti di spegnimento

3.2.1 Automezzi antincendio

Le Ditte dovranno fornire ed mantenere in efficienza un automezzo antincendio rispondente al disposto normativo per la classe antincendio H2 e regolarmente omologato per ciascuna delle tre basi di Milano, Como e Sondrio. La data di prima immatricolazione dell'automezzo non dovrà essere anteriore di 10 anni rispetto alla data di scadenza della presentazione offerte.

Copia delle caratteristiche dell'automezzo proposto e dell'omologazione dovrà essere allegata alla documentazione di gara. Dovranno, in particolare, essere evidenziate le caratteristiche che rendono il mezzo rispondente al disposto normativo del Ministero dell'Interno in vigore per gli automezzi antincendio..."

Si tratterebbe di requisito minimo richiesto a pena di esclusione, come chiarito al punto 16 del disciplinare di gara ove con riferimento al contenuto dell'offerta tecnica è testualmente scritto al punto B: *"... Dopo aver redatto una dettagliata descrizione degli automezzi, dei soggetti impiegati per la conduzione degli stessi e del personale destinato al servizio, nonché le modalità di sostituzione riparazione ed i mezzi e le attrezzature messi a disposizione del personale, il servizio di assistenza all'impianto antincendio, I DPI in modo da poter verificare la rispondenza del servizio ai requisiti minimi previsti dal capitolato a pena di esclusione..."*.

I mezzi indicati nell'offerta tecnica da G.S.A. non sarebbero omologati e nemmeno conformi al

DM 238/07.

GSA, come sarebbe stato possibile evincere dalla documentazione acquisita il 30.09.2019, avrebbe proposto per entrambi i lotti un mezzo modello FIAT FULLBACK (autocarro) allestito con:

- Serbatoio idrico con capacità 1000 lt,
- Serbatoio schiumogeno con capacità 100 lt,
- Gruppo motopompa con portata 500 lt/min,
- Premiscelatore.

Per tali mezzi la GSA ha allegato a supporto due “*Dichiarazione di omologazione e conformità*” a firma dell’allegatore del mezzo SAFCO ITALIA che nulla direbbe sulla conformità del mezzo al Codice della Strada.

Inoltre, la stessa dichiarazione sarebbe difforme dal dettato normativo in materia antincendio, in quanto i mezzi non risulterebbero assolutamente conformi al d.m. n. 238/07 (art. 6 – eliporti e elisuperfici a livello del terreno).

Quanto all’omologazione come mezzi antincendio, entrambi i veicoli proposti, ne risulterebbero sprovvisti, in violazione della normativa di riferimento, oltreché della *lex specialis* di gara che la richiedeva espressamente. Il Regolamento comunitario (UE) 2018/858 stabilisce le disposizioni amministrative e le prescrizioni tecniche per l’omologazione e l’immissione sul mercato di tutti i nuovi veicoli, dei sistemi, dei componenti e delle entità tecniche indipendenti di cui all’articolo 2, paragrafo 1, e per le omologazioni individuali, nonché delle parti e accessori che possono comportare gravi rischi per il corretto funzionamento dei sistemi essenziali dei veicoli.

In quanto requisito dell’offerta, le relative carenze non sarebbero peraltro, ammesse al soccorso istruttorio, ai sensi dell’art 83 comma 8 del d.lgs. n. 50/2016. Pertanto, ne deriverebbe che G.S.A. avrebbe dovuto essere esclusa dalla procedura di gara per non aver offerto mezzi antincendio conformi al d.m. n. 238/2007 ed omologati, che costituivano requisiti minimi richiesti a pena di esclusione dalla *lex specialis* di gara.

G.S.A. si sarebbe limitata a fornire invece dei veicoli che per la legge italiana sono soltanto degli autocarri per trasporto di cose e non omologati per l’uso antincendio.

C) Violazione e/o falsa applicazione dell’art. 16 punto B 2.1. B.2.3. B.2.4 E 18.1. del disciplinare di gara; violazione dell’art. 95, d.lgs. n. 50/2016; eccesso di potere per difetto di istruttoria e errore sui presupposti; motivazione erronea e/o perplessa.

Il disciplinare di gara all’articolo 16 lett. B per quanto d’interesse prescriveva: “**B2 ATTREZZATURE E AUTOMEZZI**”

B2.1 indicare caratteristiche del mezzo ulteriori, rispetto al minimo di capitolato, che possano essere funzionali alle esigenze del servizio ed indicare l'età degli automezzi che verranno utilizzati

B2.2 B2.3 dettagliare i tempi di sostituzione/riparazione degli automezzi inferiore alle 12 ore successive dell'evento di inefficienza

B2.4 dettagliare quali automezzi ed attrezzature sono a disposizione del personale di vigilanza antincendio oltre a quelli minimi previsti, funzionali alle esigenze del servizio..."

Il medesimo disciplinare all'articolo 18.1. stabiliva che, per gli elementi di cui sopra, potesse essere attribuito un punteggio massimo di punti 3 per il criterio B.2.1., punti massimi di 4 per i tempi di sostituzione/riparazione degli automezzi e punti massimi di 4 per l'età degli automezzi inferiori a quella minima di capitolato fino a 3 anni.

Ebbene, secondo Elisicilia erroneamente G.S.A. avrebbe ricevuto dalla Commissione di gara ben 9,15 punti in totale (2,79+ 2,68+3,68) per i tre sub-criteri sopra descritti, come si ricava dalla lettura del verbale di gara del 17 aprile 2019.

Inoltre la stessa afferma che i mezzi proposti da G.S.A. non potranno mai ottenere l'omologazione di legge.

In ogni caso, in via gradata, G.S.A. avrebbe dovuto, per lo meno, ricevere punti zero per i tre sub-criteri.

Ciò avrebbe consentito ad Elisicilia di aggiudicarsi il lotto 1 di Como.

Sarebbe evidente l'errore di valutazione in cui è incorsa, quindi, la Commissione di Gara.

Pertanto l'appellata insiste nelle conclusioni e nella richiesta di risarcimento dei danni in forma specifica o subordinatamente per equivalente.

Era accolta con istanza cautelare.

Le parti hanno proposto memorie di replica in vista dell'udienza di discussione

L'appellante principale e l'appellante incidentale hanno ribadito le proprie ragioni con ulteriori memorie ed hanno eccepito l'inammissibilità della riproposizione in memoria delle censure non esaminate in primo grado.

All'udienza del 1° ottobre la causa è stata trattenuta in decisione.

Il – L'appello principale e l'appello incidentale di GSA sono fondati.

I motivi di appello possono essere esaminati congiuntamente.

La Sezione condivide la ricostruzione del quadro normativo descritta dalla pronuncia di primo grado, che afferma con chiarezza il principio secondo cui il gestore uscente del servizio non può essere gravato dell'onere di documentare l'effettuazione di un nuovo sopralluogo nei luoghi interessati dalle prestazioni contrattuali, qualora l'oggetto della fornitura o del servizio presenti caratteristiche sovrapponibili a quelle del rapporto in atto.

Non sono persuasive, però, le conseguenze processuali che la sentenza ne trae, né l'interpretazione del disciplinare di gara.

In primo luogo, non è convincente l'esito processuale conseguente all'accoglimento del ricorso incidentale proposto contro la clausola del disciplinare di gara che, secondo il TAR, impone l'onere del sopralluogo a tutti i concorrenti, senza esentare il gestore uscente del servizio.

Infatti, una volta accertata l'illegittimità della prescrizione, l'ammissione in gara di GSA deve reputarsi conforme al quadro normativo di riferimento, senza alcuna necessità di rinnovare l'intera procedura.

Né può dirsi che, in tal modo, sia violata la par condicio dei concorrenti o siano deluse le aspettative legittime dei concorrenti.

Infatti, l'esonero dal nuovo sopralluogo di GSA non ha in alcun modo inciso sulla posizione di Edilsicilia, che ha correttamente effettuato l'adempimento procedurale.

Non può assumere rilievo l'affermazione secondo cui Edilsicilia, prevedendo di restare l'unico concorrente in gara, in esito all'esclusione di GSA, avrebbe proposto un ribasso economico troppo esiguo.

Edilsicilia era perfettamente consapevole della presenza in gara di GSA e non aveva alcuna certezza in ordine alle determinazioni che la stazione appaltante avrebbe potuto assumere circa l'ammissione o l'esclusione di GSA. In tale prospettiva, la sua offerta economica non risulta in alcun modo condizionata dalle regole fissate nel disciplinare.

In secondo luogo, come affermato già in sede cautelare, questa Sezione ritiene che il disciplinare di gara debba correttamente interpretarsi nel senso che esso non imponesse affatto il sopralluogo anche al gestore uscente.

La stazione appaltante, nell'ammettere GSA alla procedura, non ha effettuato una disapplicazione della *lex specialis* di gara, ma ne ha disposto una corretta applicazione avuto riguardo alla peculiare posizione fattuale del gestore uscente, già insediato nei luoghi oggetto di sopralluogo.

Infatti, il sopralluogo – nella sua materialità, quale attività di cognizione dello stato dei luoghi ai fini della formulazione di un'offerta consapevole – è stato dunque eseguito nella forma della esecuzione in loco del precedente contratto (il che è sostanzialmente incontestato), senza necessità di darne la documentazione, conforme al modello di dichiarazione previsto dalla *lex*

specialis, previa effettuazione degli ulteriori adempimenti formali ad esso prodromici previsti dal disciplinare.

Siffatta applicazione della *lex specialis* (art. 11 del Disciplinare di gara) da parte della Stazione appaltante risulta pienamente conforme al principio stabilito dalla sentenza della V Sezione di questo Consiglio di Stato, n. 4597/2018.

Con tale pronuncia, infatti, si è affermato che “*Se è vero infatti che, ... l'art. 79, comma 2, del d. lgs. n. 50 del 2016 prevede che “Quando le offerte possono essere formulate soltanto a seguito di una visita dei luoghi o dopo consultazione sul posto dei documenti di gara e relativi allegati, i termini per la ricezione delle offerte, comunque superiori ai termini minimi stabiliti negli articoli 60, 61, 62, 64 e 65, sono stabiliti in modo che gli operatori economici interessati possano prendere conoscenza di tutte le informazioni necessarie per presentare le offerte.”, così che in linea astratta la clausola di cui si discute non può di per sé dirsi contraria alla legge o non prevista dalla legge (fermo restando - si ribadisce che nel caso di specie tale previsione riguarda la fase della gara in senso stretto e non la fase dell'indagine di mercato) non può tuttavia sottacersi che la giurisprudenza ha avuto modo di precisare che il sopralluogo ha carattere di adempimento strumentale a garantire anche il puntuale rispetto delle ulteriori prescrizioni imposte dalla legge di gara e che l'obbligo di sopralluogo ha un ruolo sostanziale, e non meramente formale, per consentire ai concorrenti di formulare un'offerta consapevole e più aderente alle necessità dell'appalto. L'obbligo di sopralluogo, strumentale a una completa ed esaustiva conoscenza dello stato dei luoghi, è infatti funzionale alla miglior valutazione degli interventi da effettuare in modo da formulare, con maggiore precisione, la migliore offerta tecnica (Sez. V, 19 febbraio 2018 n. 1037). E' stato anche sottolineato che l'obbligo per il concorrente di effettuazione di un sopralluogo è finalizzato proprio ad una completa ed esaustiva conoscenza dello stato dei luoghi: tale verifica può, dunque, dirsi funzionale anche alla redazione dell'offerta, onde incombe sull'impresa l'onere di effettuare tale sopralluogo con la dovuta diligenza, in modo da poter modulare la propria offerta sulle concrete caratteristiche dei locali (Cons. Stato, VI, 23 giugno 2016 n. 2800).*”

Proprio in relazione alla funzione del sopralluogo, così come delineata dalla ricordata giurisprudenza, deve ammettersi che un simile obbligo è da considerarsi superfluo e sproporzionato allorché sia imposto ad un concorrente che sia gestore uscente del servizio, il quale per la sua stessa peculiare condizione si trova già nelle condizioni soggettive ideali per conoscere in modo pieno le caratteristiche dei luoghi in cui svolgere la prestazione oggetto della procedura di gara”.

L'applicazione della legge di gara in modo ragionevolmente diseguale rispetto a situazioni in fatto sensibilmente diseguali non comporta, dunque, alterazione della *par condicio* fra i concorrenti, difettando il presupposto della identità di situazione.

Peraltro va considerato che l'art. 11 del Disciplinare ha previsto che “*La mancata allegazione della presa visione dei luoghi oppure del certificato rilasciato dalla stazione appaltante attestante la presa visione dello stato dei luoghi in cui deve essere eseguita la prestazione è sanabile mediante soccorso istruttorio ex art. 83, comma 9 del Codice*”.

Risulta poi ulteriormente dirimente, con riferimento al principio comunitario relativo alla tutela del legittimo affidamento dell'impresa che abbia tenuto una condotta conforme alle indicazioni fornite dalla stazione appaltante ai fini dell'interpretazione della disciplina di gara (Cons. Stato, Sez. V, 20 aprile 2011, n. 2446; Cons. Stato, Sez. V, 2 dicembre 2015, n. 5454), la nota 29 gennaio 2019, versata in atti in primo grado da GSA (e che non risulta impugnata), con la quale la Stazione appaltante ha chiarito, su espressa richiesta della parte odierna appellante, che *“La possibilità di prevedere il sopralluogo obbligatorio a pena di esclusione, è ribadita anche dalla sentenza del CdS da Voi stessi richiamata (...). Tuttavia come da Voi indicato, tale sentenza, per quanto attiene l'obbligatorietà del sopralluogo, ritiene che sia “ingiustificato” richiederlo anche al gestore uscente. Pertanto, nel caso in cui codesta Società dovesse decidere di partecipare alla procedura, l'Azienda terrà in opportuno conto della sentenza del CdS n. 4597 del 26.07.2018 sezione VI”*.

III – Le ulteriori censure reintrodotte con memoria dalla parte appellata ai sensi dell'art. 101 c.p.a. sono infondate e, pertanto, può ritenersi superata l'eccezione sollevata dalla GSA.

Sinteticamente, le censure assorbite dal primo giudice attengono all'idoneità dei mezzi offerti dall'appellante incidentale. Ritiene Elisicilia che il capitolato di gara prevedesse espressamente la fornitura di “mezzi antincendio” a tale specifico fine “omologati”, sostenendo in particolare che i mezzi in questione avrebbero dovuto essere specificatamente omologati ai sensi dell'art. 78 del Codice della Strada ed altresì ai sensi del d.m. n. 238/07.

L'Amministrazione e la GSA hanno ampiamente chiarito in primo grado e ribadito in appello, al contrario, come il Capitolato non si esprime testualmente in tal senso, limitandosi semplicemente a richiedere mezzi “omologati”, né prevedesse la specifica prova di cui all'invocata disciplina del codice della strada.

E' sufficiente, a riguardo, evidenziare che in assenza di una specifica impugnazione della legge di gara, risultano inammissibili le censure circa la mancata considerazione di specifiche tecniche (e prove non previste), ciò anche a prescindere dalla non riferibilità del codice della strada alle infrastrutture in questione. Appare evidente, infatti, che l'assunto ermeneutico di parte deriva dalla mancata considerazione della circostanza che l'elisuperficie non è una strada pubblica, per come definita dall'art. 2, c. 1 d.lgs. 30.04.92 n. 285, bensì, ai sensi del d.m. n. 238/07 (cfr. art. 1, c. 1, lett. c) è una “aviosuperficie destinata ad uso esclusivo degli elicotteri”.

Ciò posto, va rilevato che i veicoli proposti da G.S.A. siano omologati ai sensi della direttiva UE 2007/46/CE, della quale invece Elisicilia lamenta la violazione, come risulta dai libretti depositati in giudizio (come confermato dalla documentazione in atti, richiamata anche nell'atto di replica dell'Amministrazione nel grado di appello: doc. 16 e 17 GSA; doc. 8, p. 15 Elisicilia), conformemente alle prescrizioni di cui all'allegato VII alla Direttiva medesima rubricato “Sistema di numerazione della scheda di omologazione CE”.

Quanto alla dotazione antincendio, risultano altresì infondate le censure di parte resistente, in quanto dagli atti di gara emerge che GSA, in sede di offerta tecnica, aveva dato atto che impiegherà lo schiumogeno “Profilm AFFF”, prodotto contenuto nella “Circolare VV.F. prot. n.

2205 del 25/02/2014 (allegata all'offerta tecnica, 6), la quale riporta l'elenco dei liquidi schiumogeni omologati e rinnovati dal Ministero dell'Interno" e che "verranno utilizzate taniche da 25 litri, in quanto sono le più agevoli e le più sicure per il trasporto", proprio per integrare il carente dimensionamento del serbatoio, negli esatti termini ammessi dal competente Ministero.

IV – In definitiva, l'appello principale di AREU e quello incidentale di GSA, devono essere accolti e in riforma della sentenza di primo grado deve essere respinto il ricorso di prime cure ed i motivi aggiunti, con la conseguente improcedibilità del ricorso incidentale di primo grado proposto da GSA e l'assorbimento degli ulteriori motivi dedotti con gli appelli.

V – La riforma della sentenza di primo grado comporta anche la riforma della determinazione sulle spese.

La complessità della fattispecie esaminata giustifica la compensazione delle spese del doppio grado di giudizio tra le parti.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando, così provvede:

accoglie l'appello principale proposto da AREU e l'appello incidentale proposto da GSA, come in epigrafe proposti;

respinge i motivi di censura riproposti da Ediliscilia, ai sensi dell'art. 101, comma 2, del CPA;

per l'effetto, in riforma dell'appellata sentenza, respinge il ricorso di primo grado e dichiara improcedibile il ricorso incidentale di primo grado.

Spese del doppio grado compensate.

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