

Rito appalti e accesso agli atti. Conoscibilità dei documenti contenenti informazioni su segreti tecnici o commerciali.

di Antonella Venturi

Data di pubblicazione: 13-9-2021

L'esercizio del diritto di accesso in merito ad atti inerenti segreti tecnici o commerciali dell'offerta presentata dal concorrente ad una gara pubblica è subordinato alla dimostrazione dell'esistenza di un concreto nesso di strumentalità tra le informazioni contenute nei documenti oggetto dell'istanza di accesso e la tutela in giudizio degli interessi dell'impresa ricorrente, quale partecipante alla medesima gara e il cui esito è controverso.

Guida alla lettura

Con la **sentenza n. 4158 del 31.05.2021** il **Consiglio di Stato** si è soffermato sull'esercizio del diritto di accesso agli atti nell'ambito del rito appalti, occupandosi in particolare dell'ipotesi in cui l'istanza ex art. 116 c. 1 dell'impresa ricorrente abbia ad oggetto informazioni inerenti segreti tecnici o commerciali dell'offerta presentata dal concorrente ad una gara pubblica.

Esaminando la richiesta avanzata dall'appellante incidentale, i Giudici di Palazzo Spada hanno precisato che l'accoglimento dell'istanza di accesso debba considerarsi, in questi casi, subordinata alla assoluta inoppugnabilità delle informazioni ai fini della tutela giudiziale dell'impresa che si considera lesa dall'esito della gara, e comunque alla sussistenza di un concreto nesso di strumentalità tra la conoscenza delle informazioni richieste e la tutela del diritto di difesa.

Nel caso di specie il Consiglio di Stato, non ravvisando i presupposti del predetto nesso di strumentalità, ha confermato l'indispensabilità delle informazioni ai fini della tutela giudiziale, né essendovi alcuna dimostrazione in contrario, ha confermato la declaratoria di improcedibilità dell'istanza di accesso già espressa dal Giudice di prime cure.

La pronuncia in oggetto si pone in perfetta armonia rispetto al dettato legislativo.

Sul punto, a livello sovranazionale rilevano i criteri direttivi di cui all'art. 21 della direttiva 2014/24/UE, all'art. 22 della direttiva 2014/25/UE e all'art. 28 della direttiva 2014/23/UE a tenore dei quali, fatti salvi gli obblighi di trasparenza e di pubblicità sugli appalti aggiudicati e gli obblighi di informazione dei candidati e degli offerenti, le stazioni appaltatrici sono tenute, salvo diversa ed espressa previsione nazionale od eurounitaria, a non rivelare «*informazioni di natura riservata dagli operatori economici e da essi considerate riservate, compresi anche, ma non esclusivamente, segreti commerciali, nonché gli aspetti riservati delle offerte*»; nonché autorizzate a «*imporre agli operatori economici le condizioni intese a proteggere la natura confidenziale delle informazioni [rese] disponibili durante tutta la durata del procedimento*».

Tali principi sono stati recepiti dal legislatore nazionale nel disposto dell'art. 53 del D.lgs. 50/2016, il quale e 6 espressamente subordina l'accesso alle informazioni fornite nell'ambito dell'offerta o a giustificazione medesima che costituiscano segreti tecnici o commerciali alla difesa in giudizio degli interessi dei concorrenti pregiudicato dall'esito della procedura di affidamento del contratto.

Già prima della pubblicazione della pronuncia in esame, tale previsione era stata interpretata amministrativa come implicante una assoluta indispensabilità della conoscenza delle informazioni in possesso dei concorrenti tecnici o commerciali per la tutela giudiziale degli interessi dei concorrenti che intendano contestare l'esito della gara pubblica.

Ed infatti, a più riprese il Consiglio di Stato aveva osservato come l'accesso alle informazioni inerenti segreti tecnici o commerciali dovesse di fatto risultare assolutamente imprescindibile al fine della tutela dei diritti in sede di giudizio dei concorrenti rimasti esclusi (Cons. Stato, sentenza 6463/2020, 1451/2020, 6083/2018).

Ponendosi nel solco della suddetta giurisprudenza e in totale armonia con il dettato legislativo, quindi, con la sentenza 4158/2021 ribadisce la necessità di un concreto nesso di strumentalità tra la conoscenza delle informazioni non divulgabili e la tutela giudiziale dei ricorrenti.

Ancora una volta, quindi, emerge la necessità di operare un bilanciamento degli interessi in gioco, in quanto l'impossibilità di assicurare altrimenti il diritto di difesa costituzionalmente garantito consentirà di conciliare la segretezza delle informazioni sull'altare della tutela dei diritti.

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 9956 del 2020, proposto da Heart Life Croce Amica S.r.l., in proprio e in qualità di mandataria del costituendo raggruppamento con One Emergenza Società Cooperativa Sociale Onlus (mandante) e Formia Soccorso S.r.l. (mandante), in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Crescenzo Santuori, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio fisico eletto presso la segreteria della terza sezione del Consiglio di Stato in Roma, p.zza Capo di Ferro 13;

contro

Croce Bianca S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Maurizio Boifava, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio fisico eletto presso la segreteria della terza sezione del Consiglio di Stato in Roma, p.zza Capo di Ferro 13;

nei confronti

Azienda Sanitaria Locale Rieti, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Vincenza Di Martino, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio fisico eletto presso il suo studio in Roma, via Pompeo Magno 7;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Terza) n. 13391/2020, resa tra le parti, concernente l'affidamento dei servizi di trasporto protetto, trasferimento di pazienti presso altre strutture sanitarie e trasporto di materiale non prevalentemente sanitario, oggetto della gara indetta nel 2019 dalla ASL Rieti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio ed i ricorsi incidentali proposti dall'Azienda Sanitaria Locale di Rieti e dalla Croce Bianca S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Viste le note di udienza depositate dalle parti il 12 maggio 2021;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 13 maggio 2021, tenuta in modalità telematica, il Cons. Giovanni Pescatore;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con deliberazione n. 141 del 22 febbraio 2019 la ASL di Rieti ha indetto una procedura aperta per l'affidamento del servizio di trasporto protetto, trasferimento dei pazienti presso altre strutture sanitarie e trasporto materiale non prevalentemente sanitario (biologico per esami, posta, farmaci, documentazione sanitaria) - da aggiudicare secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

2. All'esito della fase valutativa Croce Bianca si è collocata al primo posto della graduatoria

finale, con un punteggio totale di 82,47 (52,47 punti per l'offerta tecnica e 30 punti per il prezzo) che, una volta riparametrato, ha portato ad un punteggio complessivo di 89,89. A seguire, il RTI Heart Life (HL) ha ottenuto un punteggio totale di 80,47 (58 punti per l'offerta tecnica e 22,47 punti per il prezzo) che, riparametrato, ha portato ad un punteggio complessivo di 88,04 punti.

3. Con il ricorso di primo grado, HL ha contestato il conseguente provvedimento di aggiudicazione adottato in favore di Croce Bianca, lamentando: i) la carenza dei requisiti di partecipazione, derivante dalla asserita nullità del contratto di avvalimento e dalla mancata allegazione della dichiarazione di impegno dell'ausiliaria; ii) l'illegittima attribuzione dei punteggi all'offerta tecnica e iii) la carenza di alcuni requisiti tecnici prescritti dal Capitolato.

4. La dichiarazione di impegno dell'ausiliaria di cui all'art. 89, comma 1, d.lgs. n.50/2016, avente data certa anteriore al termine di presentazione delle offerte (4 maggio 2019), è stata trasmessa alla stazione appaltante in data 2 marzo 2020.

Con motivi aggiunti HL ha quindi inteso denunciare l'illegittimità del procedimento di soccorso istruttorio finalizzato ad acquisire la dichiarazione di impegno dell'impresa ausiliaria di Croce Bianca, sostenendo di averne avuto conoscenza solo in occasione del deposito documentale dell'Azienda agli atti del processo.

5. Con sentenza n. 13391/2020, il Tar Lazio, Roma, sez. III-Quater, ha respinto il ricorso principale e ha dichiarato irricevibile per tardività il ricorso per motivi aggiunti.

6. I termini della contesa si ripropongono sostanzialmente invariati in questa sede di appello, attraverso l'appello principale della HL al quale si contrappongono gli appelli incidentali di Croce Bianca e della Asl Rieti: il primo di questi inteso a censurare il capo decisionale con il quale il possesso degli automezzi è stato inquadrato tra i requisiti di partecipazione e non di esecuzione; il secondo indirizzato avverso la declaratoria di improcedibilità dell'istanza di Croce Bianca di esibizione dell'integrale offerta tecnica di HL.

7. A seguito della reiezione dell'istanza cautelare (disposta dapprima con decreto monocratico n. 7371/2020, quindi con ordinanza collegiale n. 232/2021), la causa è stata posta in decisione all'udienza pubblica del 13 maggio 2021.

DIRITTO

1. L'art. 14 del Disciplinare ha previsto che l'offerta tecnica dovesse specificare la dotazione degli automezzi, ovvero che - relativamente al sub-elemento "C - Parco auto a disposizione" - il concorrente dovesse "... predisporre un elenco dettagliato degli automezzi che verranno utilizzati nell'espletamento del servizio, distinto per i mezzi di soccorso e per le auto adibite al trasporto di materiale biologico e documentazione varia. Per ogni automezzo dovrà essere prodotta la carta di circolazione in originale o in copia resa ai sensi del DPR n. 445/2000, con indicazione dettagliata per ogni automezzo di: marca, modello, cilindrata, data d'immatricolazione, targa e chilometri effettuati".

1.1. Onde soddisfare “i requisiti relativi alla capacità tecnica di cui all’art. 14 lettera c) del disciplinare di gara” Croce Bianca ha allegato un contratto di avvalimento stipulato con la società SEA S.r.l., con il quale quest’ultima si è impegnata a mettere a disposizione della prima “nr. Cinque carte di circolazione delle auto adibite al trasporto di materiale biologico e documentazione varia debitamente attrezzate e autorizzate all’uso di che trattasi”.

1.2. HL ha contestato la validità del contratto di avvalimento allegato dalla Croce Bianca, denunciandone la nullità per assoluta genericità dell’oggetto. Ulteriore eccezione ha toccato l’omessa produzione della dichiarazione di impegno dell’ausiliaria di cui all’art. 89 del d.lgs. n. 50/2016, acquisita dalla stazione appaltante solo nel corso della procedura, a mezzo di soccorso istruttorio.

1.3. Il giudice di primo grado, dopo aver ricondotto il “possesso dei mezzi” ai requisiti tecnici di “partecipazione” (alla luce degli artt. 5 e 14 lettera c) del disciplinare di gara) e dopo aver qualificato il contratto prodotto dalla Croce Bianca come contratto di avvalimento in senso proprio, ne ha disconosciuta la nullità strutturale per mancanza (sub specie di “genericità”) del relativo oggetto, osservando in proposito che le cinque carte di circolazione consentono di individuare in modo chiaro i mezzi di trasporto di materiale biologico messi a disposizione dall’ausiliaria, ovvero di “..determinare le caratteristiche dei mezzi in questione” mentre “nella dichiarazione di impegno di cui all’art. 89, comma 1, del Codice dell’ausiliaria SEA s.r.l. è riportata anche una tabella con i modelli dei veicoli, la tipologia e le relative targhe”.

1.4. Quanto al soccorso istruttorio, il primo giudice ha aderito all’indirizzo giurisprudenziale che lo ammette laddove la data della dichiarazione d’impegno dell’ausiliaria sia certa ed anteriore alla data di scadenza del termine per la presentazione delle offerte; e sulla base di questa premessa ha constatato come nella fattispecie la certezza della data (3 maggio 2019) anteriore alla scadenza del termine previsto dalla lex specialis per la presentazione delle offerte (6 maggio 2019) fosse avvalorata dalla apposizione di una marca da bollo (emessa prima della scadenza delle offerte) annullata mediante apposizione del timbro comunale.

Ad ulteriore suffragio della legittimità del soccorso istruttorio, il Tar ha richiamato l’art. 12 del disciplinare di gara il quale dispone testualmente che “la mancata produzione della dichiarazione di avvalimento o del contratto di avvalimento può essere oggetto di soccorso istruttorio solo se i citati elementi erano preesistenti e comprovabili con documenti di data certa anteriore al termine di presentazione dell’offerta”.

1.5. In questa sede di appello, con un primo motivo HL osserva che:

-- a differenza di quanto affermato dal primo Collegio, le carte di circolazione non sono mai state allegate al contratto di avvalimento dalla Croce Bianca, dal che si ricaverebbe conferma della sua nullità per indeterminatezza contenutistica:

-- quanto all’acquisizione mediante soccorso istruttorio della dichiarazione di impegno dell’ausiliaria, la ricorrente oppone che il soccorso è ammesso per la “regolarizzazione documentale” e non già per la “integrazione documentale”; osserva poi che nel caso de quo l’omissione è stata radicale ed essenziale (in quanto ricadente su un requisito imposto a

pena di esclusione), quindi non compatibile con il meccanismo della sanatoria procedimentale.

1.6. Il motivo non può essere accolto.

Costituisce circostanza documentale - oltre che riconosciuta dalla HL in più punti del suo atto di appello (pagg. 10 e 12) - che le carte di circolazione fossero state inserite dalla Croce Bianca nell'ambito dell'offerta tecnica (v. pag. 70 sub paragrafo 5 e relativi allegati, doc. HL n. 22 del 14.10.2020). Il contratto di avvalimento fa espresso riferimento alle suddette carte di circolazione al fine di determinare l'oggetto del requisito prestato all'ausiliata ("il possesso del suddetto requisito risulta dalle carte di circolazione che saranno allegare tra i documenti riguardanti l'offerta tecnica di gara"). L'impegno assunto dall'impresa ausiliaria appare dunque chiaro e certo, in quanto consistente nella messa a disposizione di cinque auto adibite al trasporto di materiale biologico e documentazione varia, cui si riferiscono le cinque carte di circolazione prodotte in sede di offerta.

Per effetto di questo contrappunto biunivoco tra documenti già prodotti in gara al momento del deposito del contratto di avvalimento, il contenuto di quest'ultimo non poteva che rivelarsi ab origine pienamente determinato. Vale in tal senso il principio generale - non derogato da nessuna previsione contraria (espressa o implicita) in materia di avvalimento - per cui il richiamo della disciplina fissata in un distinto documento che sia effettuato dalle parti contraenti sulla premessa della piena conoscenza di tale documento, ed al fine dell'integrazione del rapporto negoziale nella parte in cui difetti di una diversa regolamentazione, assegna alle previsioni di quella disciplina il valore di clausole concordate per effetto di una *relatio perfecta* (ex multis, Cass. civ., sez. VI, n. 16439/2019).

1.7. Va respinto anche il secondo profilo di doglianza.

L'appellante non contesta, per vero, la circostanza che la dichiarazione di impegno dell'impresa ausiliaria fosse munita di data certa anteriore al termine per la presentazione delle offerte; aggiunge, anzi, di voler "prescindere" da ogni ragionamento al riguardo, senza tuttavia considerare che è esattamente questo il profilo dirimente la res controversa.

L'elemento che legittimamente abilita l'attivazione del soccorso istruttorio è quello individuato dalla pronuncia di primo grado mediante richiamo ai precedenti di questo Consiglio, rispetto ai quali del tutto inconferenti si rivelano gli arresti giurisprudenziali (asseritamente di segno contrario) citati dalla HL (a pag. 17 dell'appello), in quanto non riferiti ad ipotesi di dichiarazioni di impegno dell'impresa ausiliaria recanti - come nel caso qui in esame - data certa anteriore al termine di scadenza delle offerte. Quanto, poi, alla recente pronuncia di questo Consiglio n. 3506/2020 (più volte citata dall'appellante), essa, unitamente alle altre menzionate in sentenza (nn. 5747/2019 e 5441/2019, alle quali si aggiunge la più recente n. 3091/2021), non fa altro che confermare la legittimità del *modus operandi* del seggio di gara, in quanto sottolinea l'importanza, ai fini dell'ammissibilità del soccorso istruttorio, della prova della data certa della dichiarazione di impegno (vi si legge, infatti, che: "il documento prodotto a seguito dell'attivazione del soccorso istruttorio è privo di data certa, sicché non vi è alcun positivo riscontro dell'affermazione del raggruppamento aggiudicatario, avallata dalla stazione appaltante, secondo cui la dichiarazione della quale è stata omessa la produzione in sede di

offerta, (...) fosse quindi preesistente al termine di scadenza per la partecipazione alla gara; (...); la prova della data certa della dichiarazione del Consorzio ausiliario -in disparte l'utilità ai fini della partecipazione alla gara- non è stata comunque fornita dalla controinteressata”).

2. Il secondo motivo di appello concerne i punteggi assegnati in applicazione dei criteri e sub-criteri di valutazione (non tabellari, ma qualitativi) previsti nell'art. 16.1 del Disciplinare.

2.1. Con riferimento al sub-criterio 1.a. la Commissione avrebbe dovuto assegnare un margine massimo di 5 punti in base al numero di mezzi di soccorso offerti oltre il fabbisogno minimo (4 autoambulanze) stabilito nel Capitolato Speciale d'Appalto.

i) A detta della parte appellante risulterebbe illogico il giudizio valutativo della Commissione che ha riconosciuto alla Croce Bianca 5 punti a fronte delle 2 ambulanze “extra” offerte oltre il minimo previsto in Capitolato; ed alla HL 3,67 punti a fronte delle 6 ambulanze “extra” offerte oltre il minimo previsto in Capitolato.

ii) Ad avviso del primo Collegio “[...] dalla comparazione delle due relazioni tecniche è emerso che seppure HL ha offerto 6 ambulanze aggiuntive rispetto alle due di Croce Bianca, quest’ultima ha offerto 70 mezzi sostitutivi a fronte dei 5 della ricorrente. Peraltro, il C.S.A. non individuava un numero minimo dei veicoli sostitutivi, né prevedeva un obbligo descrittivo di detti mezzi né l’attribuzione di un punteggio ulteriore per un eventuale numero maggiore degli stessi” (cfr. capo 10 della sentenza impugnata).

iii) Secondo HL la Commissione non avrebbe potuto riconoscere alcun valore aggiuntivo al dichiarato parco auto sostitutivo di “oltre 70 veicoli sanitari tra ambulanze, vetture e pulmini”, poiché:

-- i 70 automezzi in questione non sono mezzi sostitutivi, ma rappresentano semmai il generale “parco auto della Croce Bianca” (cfr. allegato n. 21 al ricorso di primo grado) disseminato tra Roma e Latina, dunque a una distanza considerevole da Rieti;

-- in ogni caso, detti veicoli non potevano essere oggetto di valutazione poiché genericamente citati e mai concretamente individuati (mentre ai sensi dell’art. 14 del disciplinare di gara, ulteriormente confermato dal chiarimento n. 13, la Commissione era tenuta a valutare soltanto gli automezzi supportati da idonea documentazione probatoria, dunque specificati individuati, inseriti in un apposito “elenco dettagliato degli automezzi che verranno utilizzati nell’espletamento del servizio” e descritti secondo “marca, modello, cilindrata, data d’immatricolazione, targa e chilometri effettuati”).

iv) Il motivo non è condivisibile.

Innanzitutto, dalla lettura delle due offerte tecniche si evince che mentre Croce Bianca ha offerto due mezzi aggiuntivi, HL ha offerto un solo mezzo aggiuntivo da impiegare “quale mezzo principale” targato FN951HW (si veda la tabella riportata a pag. 248 della relazione tecnica dove vengono indicati gli “automezzi principali”); gli ulteriori cinque mezzi, a cui si fa riferimento nell’appello, sono in realtà automezzi sostitutivi rispetto a quelli offerti (v. pag. 250

della relazione tecnica).

In secondo luogo, dalla lettura combinata dell'art. 14, lett. c) del disciplinare di gara (che richiede l'elenco dettagliato dei mezzi con produzione della carta di circolazione) e dell'art. 16.1, lett. c) del disciplinare (recante "criteri di valutazione dell'offerta tecnica") è lecito desumere che la legge di gara intendesse imporre un onere di documentazione e dettaglio solo con riguardo agli automezzi adibiti all'espletamento del servizio oltre il numero minimo previsto nel Capitolato, dunque solo con riferimento ai mezzi "aggiuntivi" e non anche a quelli "sostitutivi". In ogni caso, il legittimo margine di dubbio sulla corretta interpretazione dell'onere documentale giustifica una soluzione di maggior favore per la parte che l'abbia inteso in senso meno restrittivo.

Infine, che "... i 70 automezzi in questione non sono mezzi sostitutivi, ma rappresentano semmai il generale "parco auto della Croce Bianca" (cfr. allegato n. 21 al ricorso di primo grado) disseminato tra Roma e Latina, dunque a una distanza considerevole da Rieti" costituisce affermazione di parte, priva di substrato probatorio.

Anche sotto questo profilo, pertanto, la valutazione della Commissione va esente da censure.

2.2. Con riferimento al numero delle auto adibite al trasporto di materiale biologico, di cui al criterio c.2.a) per il quale il disciplinare ha previsto l'attribuzione "fino ad un massimo di punti 4", l'appellante ha censurato il giudizio della Commissione, sostenendo che Croce Bianca avrebbe offerto solo cinque automezzi complessivi.

i) A suo dire, tale numero non consentirebbe neppure di ritenere soddisfatto il fabbisogno minimo di mezzi (sei) previsto nel Capitolato, per cui l'operatore avrebbe dovuto essere per ciò solo escluso dalla gara.

ii) Il rilievo va respinto.

Invero, i cinque mezzi indicati nell'offerta tecnica di Croce Bianca sono da intendersi come aggiuntivi rispetto ai sei veicoli richiesti come obbligatori dall'art. 3 del Capitolato. Nella relazione della società aggiudicataria (a pag. 70 – doc. 6) si legge, infatti, che: "intende porre a disposizione dell'Ente n. 5 veicoli adibiti al trasporto sangue, intendendo tale numero congruo a soddisfare le esigenze del CSA. Tali veicoli di fatto consentiranno anche il ricorso ad un opportuno back-up in caso di guasti improvvisi o di utilizzare, all'abbisogna, un veicolo a chiamata per evenienze non preventivabili 365/Die H24. Nulla osta, in corso di esecuzione delle prestazioni, il dotarsi di veicoli con le medesime caratteristiche qualora sopraggiunga un ampliamento dei lavori ad ora non prevedibile".

Ebbene, dal par. 2 della relazione tecnica (dedicato alla descrizione dell'organizzazione del servizio di trasporto materiale vario, pagg. 28 e 29) si ricava conferma di un numero complessivo di 11 automezzi offerti (6 da capitolato + 5 aggiuntivi), così ripartiti:

"Sede di Rieti:

- Operatività dal lunedì al sabato a mezzo utilizzo di una vettura autorizzata al trasporto sangue (...);
- Operatività nei soli giorni del lunedì, martedì, mercoledì e venerdì di una seconda vettura (...);
- Operatività dal lunedì al venerdì di ulteriori n. 2 vetture (...).

PASS Accumuli – Amatrice:

- Operatività nei giorni di martedì, giovedì e sabato di n. 1 vettura autorizzata ed adibita al trasporto sangue (...).

Distretto 2 Farmacia:

- Operatività nella giornata di lunedì di un furgone adibito al trasporto farmaci.

Distretto 1 Rieti – Sant’Elpidio – Hospice:

- Operatività nella giornata di venerdì di un furgone adibito al trasporto farmaci.

Distretto 1 Sant’Elpidio:

- Operatività nella giornata di venerdì di vettura autorizzata ed adibita al trasporto sangue (...);

Casa circondariale e Hospice:

- Operatività il mercoledì di una vettura per movimentazione farmaci presso l’Hospice e la Casa Circondariale.

Distretto 1 e Distretto 2:

- Operatività di un furgone il primo e il terzo giovedì del mese per esigenze di movimentazione del Distretto 1;
- Operatività di un furgone il secondo e il quarto giovedì del mese per esigenze di movimentazione per conto del Distretto 2”.

Dalla sommatoria dei mezzi sopra indicati emerge che il numero complessivo dei mezzi offerti dalla società aggiuntiva è di 11, quindi ampiamente superiore rispetto al fabbisogno minimo richiesto dalla ASL nel Capitolato.

2.3. Con riferimento alla valutazione del personale impiegato nell’espletamento del servizio (sub-criterio B.1), nel ricorso di primo grado HL (premiata con 2,67 punti) ha eccepito che l’offerta tecnica di Croce Bianca (premiata con 2,4 punti) risulterebbe generica, in quanto priva di una puntuale descrizione della quantità di personale offerto (distinto per qualifica), dell’organizzazione dei turni e delle modalità di sostituzione.

i) In particolare, l'aggiudicataria:

-- avrebbe omesso di indicare i termini quantitativi, distinti per qualifica, del proprio organico, limitandosi a promettere che "il numero di addetti impiegati nei servizi di che trattasi, sarà congruo e tale da soddisfare le esigenze speciali del presente capitolato tecnico [...] il numero di figure professionali necessarie all'espletamento del servizio sarà determinato sulla base del più classico dei calcoli in questo ambito, ovverosia il numero di ore annuo generato dal servizio, fratto il numero di ore massime annuali lavorabili per contratto da parte di ciascuna addetto" (cfr. pagg. 55 e 60 dell'offerta tecnica della Croce Bianca);

-- non avrebbe fornito alcuna illustrazione della propria organizzazione dei turni, ritenendo sufficiente affermare che "[...] il personale in servizio ruoterà in funzione dei turni di lavoro nel rispetto delle regole e del CCNL applicato", ora richiamare genericamente "l'art. 36 della costituzione" (cfr. pag. 55 dell'offerta tecnica della Croce Bianca);

-- non avrebbe specificato le modalità di sostituzione del personale, preferendo anche in tale occasione effettuare generici riferimenti alla presenza di un "ufficio preposto al coordinamento del personale" e guardandosi bene dall'allegare un dettagliato Piano di Emergenza.

ii) Il rilievo non può essere condiviso.

Dalla lettura dell'offerta tecnica di Croce Bianca emergono indicazioni di dettaglio che non consentono di ravvisare manifeste incongruenze di giudizio nella formulazione dei punteggi come differenziati tra le due contendenti.

In particolare, a pag. 54 dell'offerta dell'aggiudicataria si specifica che "Croce Bianca impiega 164 dipendenti dei quali 74 autisti – 41 infermieri – 39 ausiliari soccorritori – 11 impiegati amministrativi/coordinamento e 60 liberi professionisti tra medici – anestesisti e infermieri". A pag. 55 viene anche descritta la dotazione minima di personale per ogni mezzo e si precisa che è previsto "un autista/soccorritore, un infermiere professionale e un medico (reperibile) per ciascun mezzo MSA impiegato e un autista/camminatore per ciascun mezzo destinato dalla Croce Bianca al prelievo, trasporto e consegna di materiale biologico piuttosto che farmaceutico o documentale".

L'organizzazione dei turni viene, invece, descritta a pag. 59 della relazione tecnica di Croce Bianca, dove si fa riferimento al cd. smonto tra equipaggi.

Infine, per quanto riguarda la modalità di sostituzione del personale, a pag. 60 dell'offerta viene prevista, oltre alla predisposizione di un piano ferie programmate, anche la possibilità di assumere ulteriori unità di personale a tempo determinato per il periodo di tempo necessario all'addestramento e alla sostituzione del personale a tempo indeterminato posto in ferie.

3. Con il terzo articolato motivo di ricorso, HL ha evidenziato come due dei cinque automezzi adibiti al trasporto di materiale biologico e documentazione varia offerti dalla Croce Bianca (targati FT057EK e FT056EK) non avrebbero potuto formare oggetto di avvalimento, essendo nella disponibilità della SEA S.r.l. (impresa ausiliaria) in forza di contratto di leasing e

difettando un espresso atto di assenso all'avvalimento dei mezzi da parte della Banca Ifis, concedente i mezzi in questione.

3.1. Nel rigettare il su indicato motivo di ricorso, il primo giudice ha osservato che "l'art. 5 del C.S.A. prescrive che "Il trasporto dovrà essere effettuato dall'appaltatore con automezzi di proprietà, ovvero nella disponibilità giuridica qualificata (es. noleggio/leasing) della stessa, assumendo a proprio carico ogni onere assicurativo, fiscale e legale connesso all'uso dei mezzi stessi", quindi detti mezzi ben potevano anche essere in leasing".

3.2. Eccepisce in questa sede HL che, ai sensi dell'art. 5 del Capitolato, chi deve vantare "la disponibilità giuridica qualificata" è l'appaltatore, mentre nel caso di specie i mezzi in leasing non sono dell'appaltatore, bensì della SEA S.r.l. (impresa ausiliaria) la quale, in funzione di mera utilizzatrice, avrebbe dovuto limitarsi a usufruire direttamente del bene, non potendo concederlo in godimento a terzi senza previo assenso del proprietario.

3.3. Il motivo non può essere condiviso.

A sua confutazione è sufficiente constatare come il leasing non precluda affatto all'utilizzatore la possibilità di concedere il bene in prestito, poiché alcun impedimento in tal senso è desumibile dal quadro normativo o contrattuale di riferimento (arg. ex art. 1594 c.c.). Dunque, la circostanza che SEA S.r.l. possieda i due automezzi mediante un contratto di leasing è del tutto irrilevante ai fini de quibus.

3.4. Con un ultimo rilievo (sempre ricompreso nel terzo motivo di appello) HL sostiene che l'aggiudicataria avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara per avere offerto 4 automezzi immatricolati in "uso proprio", dunque (a suo dire) inadonei a rendere il servizio oggetto di gara, essendo a tal fine necessari mezzi immatricolati in "uso terzi" per il servizio di noleggio con conducente.

i) Occorre chiarire che i quattro mezzi (targati ET901ZW, ER200NH, ET057EK e FT056EK) che dalla carta di circolazione risultano immatricolati in uso proprio non sono ambulanze, ma vetture deputate al trasporto di materiale biologico e documentazione varia. Viceversa, dalle sei carte di circolazione delle autoambulanze prodotte da Croce Bianca si evince che tutti tali mezzi sono immatricolati in uso terzi per il servizio di NCC, come imposto dall'art. 2, comma 2, del DM n. 137 dell'1.9.2009.

ii) Vero è, come osserva HL, che l'art. 2 del DM del 9.9.2008, recante la disciplina delle "procedure per l'immatricolazione" degli autoveicoli destinati al trasporto di plasma e organi, estende a questi ultimi "le procedure di immatricolazione delle autoambulanze".

iii) Nondimeno, la procedura di gara in esame non ha ad oggetto il servizio di trasporto di plasma ed organi, ma esclusivamente: a) il trasporto protetto di pazienti (per il quale sono stati richiesti mezzi di soccorso di tipo "A", cioè autoambulanze); b) il trasporto di liquidi biologici e di materiale vario, quale materiale per esami, posta, farmaci e documentazione sanitaria. Per quest'ultima tipologia di trasporto la legge non richiede procedure speciali di immatricolazione dei mezzi, per cui possono essere impiegati anche mezzi immatricolati in uso proprio (vedasi

in questo senso la nota prot. n. 25885 del 13.03.2009 del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti nella quale si precisa che l'ambito applicativo del decreto dirigenziale 9 settembre 2008 "è limitato ai veicoli destinati esclusivamente al trasporto di plasma e organi").

Sotto tale profilo, il chiarimento n. 11 reso dalla stazione appaltante (con il quale è stato precisato che rappresenta un refuso "quanto espressamente indicato a pag. 9 del capitolato di gara ovvero automobile immatricolata ad uso speciale con NCC"), lungi dal modificare a posteriori il Capitolato, non ha fatto altro che ribadire un elemento predeterminato dalla legge e non modificabile dall'Azienda. Per cui, anche in assenza del richiamato chiarimento, la previsione di cui all'art. 5 del capitolato, riferita ai mezzi di trasporto di materiali biologici e documentazione varia, secondo cui "l'automobile [è] immatricolata ad uso speciale con NCC", non avrebbe potuto contrastare con le norme imperative ed eterointegranti dettate dalla normativa vigente in materia di circolazione ed immatricolazione dei mezzi di trasporto.

4. Con l'ultimo motivo di appello HL contesta la declaratoria di irricevibilità del ricorso per motivi aggiunti, sostenendo di avere avuto conoscenza dell'avvenuta acquisizione della dichiarazione di impegno dell'impresa ausiliaria, mediante soccorso istruttorio, solo nel corso del giudizio di primo grado.

4.1. La doglianza è inammissibile.

L'appellante si è invero limitata a contestare la dichiarazione di irricevibilità (per tardività) emessa dal Tar, senza tuttavia riproporre nel merito le censure prospettate con il ricorso per motivi aggiunti che, come detto, vanno considerate rinunciate. Sussiste, quindi, la carenza di interesse ad esaminare la tempestività dei motivi aggiunti in quanto, a fronte della mancata proposizione delle domande e deduzioni con essi prospettate (relative alla data certa della dichiarazione di impegno), HL non potrebbe ricavare alcuna utilità dall'eventuale riforma del capo 12 della sentenza.

4.2. Per analoghe ragioni di carenza di interesse si può prescindere dalla disamina dell'appello incidentale della ASL, orientato ad una riqualificazione del possesso degli automezzi quale requisito di "esecuzione" e non di "ammissione" alla gara. Da tale riqualificazione, infatti, stante l'infondatezza nel merito delle censure avversarie, la parte appellante incidentale non trarrebbe alcuna concreta utilità.

4.3. Stesso stigma di irrilevanza segna la sorte delle eccezioni preliminari sollevate da Croce Bianca sulla ammissibilità dell'appello principale, sotto il profilo della insufficiente specificità e concludenza delle censure mosse alla pronuncia di primo grado (v. memoria Croce Bianca 18.1.2021, pag. 2 e ss.).

5. Quanto all'istanza di accesso agli atti ex art. 116 c.p.a. formulata da Croce Bianca e avente ad oggetto l'offerta tecnica avversaria, essa è stata dichiarata improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse, essendo venute meno le esigenze difensive in conseguenza del rigetto delle domande avversarie (capo 14 della sentenza).

5.1. Con l'appello incidentale Croce Bianca reitera la medesima istanza ex art. 116 c.p.a.,

assumendone il carattere indipendente non solo dalla sorte del processo principale nel quale venga fatta valere l'anzidetta situazione, ma anche dall'eventuale infondatezza od inammissibilità della domanda giudiziale che il richiedente potrebbe proporre, in altra sede, una volta venuto a conoscenza degli atti chiesti in ostensione.

5.2. A sua volta, HL ha eccepito l'avvenuta esibizione della documentazione richiesta in sede di accesso, inclusiva della copia dell'offerta tecnica e dell'offerta economica, debitamente oscurate nelle parti relative ai segreti tecnici e commerciali (v. memoria Herat del 19.1.2021 e del 21.10.2020). A fronte di tale deduzione Croce Bianca non ha indicato i concreti e reali profili di lesione conseguenti ad un accesso reso parziale a tutela del segreto industriale, il che rende scarsamente concludente l'impostazione deduttiva dell'appello.

5.3. Anche se valutato nel merito, comunque, il motivo incidentale è infondato, stante l'acquisito indirizzo di questo Consiglio secondo il quale, al fine di esercitare il diritto di accesso riguardo a informazioni contenenti eventuali segreti tecnici o commerciali dell'offerta tecnica del concorrente ad una gara pubblica, è essenziale dimostrare non già un generico interesse alla tutela dei propri interessi giuridicamente rilevanti, ma la concreta necessità (da riguardarsi, restrittivamente, in termini di stretta indispensabilità) di utilizzo della documentazione in uno specifico giudizio, ovvero la sussistenza del concreto nesso di strumentalità tra la documentazione oggetto dell'istanza di accesso e la tutela difesa in giudizio degli interessi della stessa impresa ricorrente, quale partecipante alla procedura di gara pubblica il cui esito è controverso (Cons. Stato, sez. III, n. 6083/2018; id., sez. V, n. 6463/2020 e 1451/2020).

Nel caso di specie, l'appellante incidentale non ha dedotto con il ricorso in appello alcun elemento di "strumentalità" o di "stretta indispensabilità" alla tutela dei propri interessi, la cui sussistenza, nei termini innanzi descritti, pare in radice contraddetta dall'avvenuta reiezione dell'azione processuale avversaria.

5.4. La declaratoria di improcedibilità dell'istanza di accesso va dunque confermata.

6. L'esito di reciproca soccombenza e la peculiarità delle questioni trattate (alcune delle quali lumeggiate da indirizzi giurisprudenziali relativamente recenti) giustificano la compensazione delle spese di lite.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sugli appelli, come in epigrafe proposti:

- respinge l'appello principale;
- dichiara improcedibile l'appello incidentale proposto dalla Asl Rieti;
- respinge l'appello incidentale proposto da Croce Bianca;

-- compensa le spese del presente grado di giudizio.

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