



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 833 del 2011, proposto da: Elitellina S.r.l., rappresentato e difeso dagli avv. Domenico Greco, Emanuele Ratto e Salvatore Pugliano, con domicilio eletto presso il secondo in Milano, viale Lazio, 4

contro

Regione Lombardia, rappresentata e difesa dagli avv. Piera Pujatti, domiciliata in Milano, piazza Città di Lombardia, 1

nei confronti di

Heliwest S.r.l., Air Service Center S.r.l., Star Work Sky S.a.s.

per l'annullamento

- del decreto della Struttura Acquisti Contratti e Patrimonio del 7 febbraio 2011, n. 1041, con il quale è stato aggiudicato in via definitiva l'appalto per l'affidamento del servizio di lavoro aereo di prevenzione ed estinzione degli incendi boschivi e di altri interventi di protezione civile, trasporto di materiali e persone nel territorio della Lombardia

- del verbale del 22 dicembre 2010 di verifica dei requisiti ex art. 48 del D.lgs. n. 163/2006;

- di ogni atto presupposto, connesso e comunque consequenziale e

e per la dichiarazione di inefficacia del contratto eventualmente stipulato nelle more della conclusione della procedura di evidenza pubblica,

nonché per il risarcimento dei danni patiti e patienti.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

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

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 7 novembre 2012 il dott. Alberto Di Mario e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. La ricorrente, gestore uscente del servizio, ha impugnato l'aggiudicazione a favore della controinteressata dell'appalto per lo svolgimento del servizio di lavoro aereo di prevenzione ed estinzione degli incendi boschivi e di altri interventi di protezione civile per i seguenti motivi:

I) Violazione e falsa applicazione dell'art. 79 del Codice degli appalti, in quanto l'aggiudicazione definitiva non è stata comunicata alla ricorrente;

II) Violazione degli artt. 48 e 11 del Codice degli appalti, posto che l'aggiudicataria non avrebbe presentato i documenti necessari a dimostrare i requisiti dichiarati in sede di partecipazione alla gara e non avrebbe comunque rispettato il termine di 10 giorni previsto dall'art. 48 del D.lgs. 163/06. A ciò si aggiunge che lo smarrimento della documentazione di gara avrebbe comportato comunque la violazione degli obblighi di conservazione;

III) Violazione del capitolato d'appalto, atteso che l'aggiudicataria non avrebbe la disponibilità delle basi operative richieste dalla lex specialis;

IV) Violazione della lex specialis di gara, perché l'aggiudicataria non avrebbe depositato la certificazione aeronautica di idoneità tecnica per due veicoli;

V) Violazione della lex specialis di gara, poiché la stazione appaltante in sede di interpretazione autentica del bando avrebbe violato le regole della lex specialis introducendo condizioni che impedirebbero la partecipazione agli elicotteri AS 350 B3;

VI) Violazione di legge e del capitolato speciale in quanto la stazione appaltante, nei chiarimenti pubblicati in data 27/19/2010, avrebbe illegittimamente richiesto che il requisito della manutenzione di linea e di base dovesse essere provata in sede di gara. Ugualmente sarebbe illegittima la richiesta che la società Parte 145 dovesse essere operatore aereo;

VII) Violazione di legge e del capitolato speciale, sul rilievo che la stazione appaltante in sede di chiarimenti avrebbe illegittimamente affermato che i piloti non dovrebbero avere la qualifica di comandanti.

La difesa della Regione ha eccepito l'inammissibilità del ricorso per difetto di legittimazione ad agire, non avendo la ricorrente presentato la domanda di partecipazione alla gara e non possedendo le clausole contestate alcun vigore escludente. In subordine ha chiesto la reiezione del ricorso.

All'udienza del 7 novembre 2012 la causa è stata trattenuta dal Collegio per la decisione.

2. Il ricorso si inserisce nell'ambito di un ampio contenzioso tra la ricorrente e la Regione Lombardia avente per oggetto l'affidamento del servizio di lavoro aereo di prevenzione ed estinzione degli incendi boschivi e di altri interventi di protezione civile.

Con un primo ricorso RG. 2503/2010 la ricorrente, la quale non ha partecipato alla gara, ha impugnato il bando di gara in quanto a suo dire avrebbe contenuto clausole escludenti.

Con sentenza di questa Sezione n. 7551 del 20/12/2010 il ricorso è stato dichiarato inammissibile per carenza di interesse in quanto le clausole del bando impuginate sono state ritenute non escludenti e la ricorrente non aveva presentato la domanda di partecipazione alla gara.

3. L'orientamento consolidato del Consiglio di Stato (v. da ultimo Cons. Stato, Ad. Plen. 4/2011) in materia di legittimazione al ricorso nel settore specifico delle controversie in materia di affidamento dei contratti pubblici afferma la regola secondo cui la legittimazione al ricorso deve essere correlata ad una situazione differenziata, in modo certo, per effetto della partecipazione alla stessa procedura oggetto di contestazione.

La regola, ormai consolidata, subisce, ora, alcune notevoli deroghe, concernenti, rispettivamente:

- la legittimazione del soggetto che contrasta, in radice, la scelta della stazione appaltante di indire la procedura;
- la legittimazione dell'operatore economico "di settore", che intende contestare un "affidamento diretto" o senza

gara;

- la legittimazione dell'operatore che manifesta l'intenzione di impugnare una clausola del bando "escludente", in relazione alla illegittima previsione di determinati requisiti di qualificazione.

Le diverse deroghe, ampiamente approfondite dagli interpreti, si connettono ad esigenze e a ragioni peculiari, inidonee a determinare l'affermazione di una nuova regola generale di indifferenziata titolarità della legittimazione al ricorso, basata sulla mera qualificazione soggettiva di imprenditore potenzialmente aspirante all'indizione di una nuova gara.

In particolare la legittimazione del soggetto che contrasta immediatamente il bando di gara (in relazione alle sue clausole "escludenti"), senza partecipare al procedimento, ha una giustificazione logica evidente, direttamente collegata al principio di effettività della tutela giurisdizionale, sulla scorta del quale deve essere ammessa la sollecita impugnazione di tale atto lesivo, senza attendere l'esito della selezione.

In tali circostanze, la certezza del pregiudizio determinato dal bando rende superflua la domanda di partecipazione e l'adozione di un atto esplicito di esclusione. D'altro canto, la legittimazione spetta, in questo caso, non già a tutti gli imprenditori del settore, genericamente intesi, ma ai soli soggetti cui è impedita la partecipazione, in virtù di una specifica clausola escludente del bando.

4. Nel caso in questione questa Sezione, con la sentenza n. 7597 del 20/12/2010, ha affermato che l'unilaterale decisione della ricorrente di astenersi dal partecipare alla gara era priva di fondamento sul rilievo che la stessa disponeva di elicotteri in possesso dei requisiti di ammissione, risultando dalla documentazione versata in atti che essi erano del tutto analoghi a quelli posseduti da altre partecipanti, che erano state regolarmente ammesse alla gara;

che in ogni caso l'istante avrebbe dovuto prescindere dai chiarimenti dell'Amministrazione, ove li avesse ritenuti rigidamente preclusivi alla sua partecipazione sul rilievo che, in ogni caso, essi non potevano prevalere sulle clausole del bando se con esse contrastanti.

Sulla base di queste considerazioni, dalle quali il Collegio non intende discostarsi, occorre rilevare che, essendo la vicenda in causa estranea alle ipotesi tassativamente enunciate dalla giurisprudenza, deve restare fermo il principio secondo il quale la legittimazione al ricorso, nelle controversie riguardanti l'affidamento dei contratti pubblici, spetta esclusivamente ai soggetti partecipanti alla gara, poiché solo tale qualità si connette all'attribuzione di una posizione sostanziale differenziata e meritevole di tutela, con la conseguenza che il ricorso diretto nei confronti dell'aggiudicazione definitiva della gara, proposto dall'impresa che non vi ha partecipato è inammissibile per carenza di interesse.

Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione I) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo dichiara inammissibile.

Condanna la ricorrente al pagamento delle spese processuali a favore dell'amministrazione e della controinteressata, che liquida per ciascuna in € 8.000,00 oltre IVA e CPA.

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 7 novembre 2012 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Mariuzzo, Presidente

Alberto Di Mario, Primo Referendario, Estensore

Roberto Lombardi, Referendario

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 14/12/2012

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)