

Pubblicato il 20/11/2020

N. 07239/2020REG.PROV.COLL.

N. 03828/2020 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso in appello iscritto al numero di registro generale 3828 del 2020, proposto da xxxx s.p.a., in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dall'avvocato Mario Esposito, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Lattanzio, n. 66;

contro

xxxxxxx, in persona del Presidente della Provincia in carica, rappresentata e difesa dagli avvocati Giuliana Fozzer, Nicolò Pedrazzoli e Sabrina Azzolini, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Sabrina Azzolini in Trento, piazza Dante, n. 15; xxx s.a.s., in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dagli avvocati Salvatore Lamarca, Giannalberto Mazzei, Arcangelo Pecchia e Federica Politi, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Giannalberto Mazzei in Roma, via Giuseppe Cuboni, n. 12;

per la riforma

della sentenza del Tribunale regionale di Giustizia Amministrativa del Trentino Alto Adige - Provincia di Trento n. 00176/2019, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della e di s.a.s.;

Visti tutti gli atti della causa;

Visto il dispositivo di sentenza n. 6662 del 30 ottobre 2020;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 15 ottobre 2020 il Cons. Federico Di Matteo e preso atto della richiesta di passaggio in decisione, senza discussione, depositata in atti dagli avv. Esposito, Azzolini, Lamarca e Mazzei;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. La XXXX di, ente pubblico della Provincia di, destinava al Corpo permanente dei Vigili del Fuoco di ... tre elicotteri per l'espletamento del servizio di elisoccorso, due dei quali, di modello AW 139, acquistati da xxxx, divenuta poi xxxx s.p.a., in seguito a procedura di gara svolta nel periodo 2009 – 2010.

Uno dei due elicotteri andava perduto nell'incidente occorso il 5 marzo 2017 ed era temporaneamente sostituito – essendo la dotazione minima per l'espletamento del servizio di elisoccorso composta da almeno tre elicotteri dotati di allestimento sanitario, di cui almeno due idonei al volo notturno – da altro elicottero, di modello AW 139 *Long Nose*, acquisito mediante noleggio a lungo termine.

1.1. Con avviso di consultazione preliminare di mercato *ex art. 8 l. prov. 9 marzo 2016, n. 2*, pubblicato sul proprio portale istituzionale il 14 dicembre 2018, la xxxx, premessa l'intenzione di procedere alla (affidamento della fornitura per la) sostituzione dell'elicottero danneggiato in seguito al ricordato incidente, avviava una consultazione preliminare di mercato in conformità alle Linee Guida Anac n. 8, al fine di: *“- verificare se la fornitura dell'elicottero AW 139 Long Nose, nuovo o usato, avente le caratteristiche tecniche e l'allestimento e alle condizioni e nei tempi, il tutto come riportato in dettaglio nell'allegato 1) al presente avviso, previo ritiro dell'elicottero AW 139 s/n 31369 incidentato, può essere svolta dal solo fornitore originario xxx s.p.a., ovvero se sono presenti sul mercato anche altri operatori economici interessati ed in grado di effettuare la fornitura...”*; l'ente si riservava la facoltà di affidare la fornitura mediante procedura negoziata nel caso di comprovata natura infungibile della prestazione o in mancanza di manifestazioni di interesse in grado di assicurare le caratteristiche minime obbligatorie richieste.

Nei termini fissati perveniva la sola manifestazione di interesse di xxxx s.p.a. che si impegnava alla fornitura di un elicottero nuovo con tutte le caratteristiche e gli allestimenti entro 10 mesi dall'ordine.

1.2. Con deliberazione del il consiglio di amministrazione della xxxxxx dichiarava di aver approfondito ogni possibile soluzione per il ripristino della flotta (dalla ricostruzione e manutenzione straordinaria dell'elicottero incidentato, all'acquisizione di un elicottero con allestimento sanitario analogo a quello in dotazione mediante contratto di noleggio di lunga durata), ma di propendere per l'acquisto di un nuovo elicottero, aggiungendo che la scelta dell'elicottero da acquistare non poteva che indirizzarsi *“verso un mezzo identico a quello in dotazione e cioè l'AW 139 I-TNCC”* e richiamando al riguardo la Relazione elaborata dai responsabili tecnici e operativi del Nucleo elicotteri, contenente ampia illustrazione delle motivazioni di ordine tecnico, economico ed operativo che a tanto inducevano.

In conseguenza era disposta la modifica e l'aggiornamento del "Piano pluriennale per gli esercizi 2009 – 2021 delle dotazioni strumentali per il funzionamento del Corpo permanente VV.F. di Trento" con la rideterminazione delle risorse da impiegare per l'acquisto di un nuovo elicottero.

1.3. Con determina dirigenziale dell'xxxx 2019 la xxxx, visti gli esiti della consultazione di mercato, dava avvio ad una procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando ex art. 63, comma 2, lett. b), n. 2, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 per la contrattazione con xxxx. ai fini della fornitura di un elicottero AW 139 *Long nose* nuovo, individuando quale criterio di aggiudicazione quello del prezzo più basso.

2. Con ricorso al Tribunale regionale di Giustizia amministrativa di Trento, xxxx s.a.s., operatore economico del settore, impugnava, in via principale, la delibera del consiglio di amministrazione della del 2019, n., e, con motivi aggiunti, dapprima, la determinazione dirigenziale dell'... ..2019, e, successivamente, la Relazione del Nucleo elicotteri del 2019, domandando la declaratoria di inefficacia del contratto eventualmente stipulato con s.p.a., oltre che la condanna al risarcimento del danno.

2.1. Si costituivano in giudizio la per la e la s.p.a. che eccepivano l'irricevibilità del ricorso in quanto tardivamente proposto e nel merito concludevano per il rigetto.

Il giudice di primo grado con la sentenza in epigrafe indicata, accoglieva il ricorso e per l'effetto, annullava i provvedimenti impugnati.

2.2. Veniva innanzitutto respinta l'eccezione di inammissibilità per mancata tempestiva impugnazione dell'avviso di consultazione preliminare di mercato del 14 dicembre 2018.

Infatti, posto che il *modus procedendi* dell'amministrazione era stato alquanto anomalo, essendo stata avviata la consultazione preliminare di mercato – che secondo le Linee guida dell'Anac n. 14 deve essere svolta dopo la programmazione e prima dell'avvio del procedimento per la selezione del contraente – prima della decisione definitiva dell'acquisto dell'elicottero modello AW 139, essendo ancora in campo la scelta per il noleggio a lungo termine (decisione concretizzata solamente con la delibera del consiglio di amministrazione n. .../2019 dopo l'acquisizione della motivata relazione del ... giugno 2019 del Nucleo elicotteri), quella consultazione di mercato doveva essere qualificata come "una semplice fase di gara, non finalizzata all'aggiudicazione di alcun contratto", con la conseguenza di escludere l'onere di xxx sia di immediata impugnazione, trattandosi di atto non immediatamente lesivo, sia di prendere parte alla predetta consultazione a pena di decadenza.

2.3. Anche le eccezioni di irricevibilità per tardività dell'impugnazione della delibera del consiglio di amministrazione della xxxx n. xx del 2019 (con il ricorso principale) e della determina dirigenziale n. ... del 2019 (con i motivi aggiunti) venivano respinte

Quanto alla prima, escluso che essa potesse essere considerata un atto della procedura di affidamento, il tribunale riteneva decisiva la mancata indicazione della disposizione normativa prescrittiva della pubblicazione delle delibere sul sito web dell'amministrazione ai fini della decorrenza dei termini di impugnazione, concludendo nel senso che, considerata l'inapplicabilità del c.d. rito appalti, fosse stato rispettato il termine di impugnazione di sessanta giorni decorrenti dal 18 luglio 2019, giorno in cui la ricorrente aveva dato prova dell'avvenuta pubblicazione sul sito web.

Quanto invece alla determina dirigenziale, oltre alle ragioni già esposte in precedenza, il tribunale rilevava che la controinteressata non aveva dato prova alcuna della data di pubblicazione sul profilo del committente.

2.4. Nel merito il ricorso e i motivi aggiunti erano giudicati fondati non essendo i “motivi tecnici” illustrati dal Nucleo Elicotteri nella relazione del ... giugno 2019 idonei a giustificare la scelta dell'affidamento diretto a xxx s.p.a.; ciò:

- per essere il mercato mondiale dei mezzi per l'elisoccorso alpino un mercato notoriamente concorrenziale, ossia un mercato nel quale operano anche soggetti diversi dall'aggiudicatario in grado di offrire velivoli idonei a svolgere il servizio di elisoccorso sul territorio della come l'elicottero modello AW 139;

- per aver l'ente effettuato la scelta per “motivi tecnici” non oggettivi – ossia giustificati da insormontabili difficoltà tecniche causate dall'applicazione delle norme tecniche recanti misure di sicurezza in materia di operazioni di volo, gestione di equipaggi e manutenzione dei velivoli – ma soggettivi, ossia legati alla dotazione di mezzi del Nucleo elicotteri e alla connessa organizzazione del servizio di elisoccorso;

- per non avere l'ente motivato in ordine all'inesistenza di “soluzioni alternative ragionevoli” come richiesto dall'art. 63, comma 2, lett. b), d.lgs. n. 50 del 2016, essendosi limitato ad addurre considerazioni di natura essenzialmente economica, non avvalorate peraltro da una attenta ed imparziale valutazione comparativa di tutte le possibili alternative in materia di dotazione della flotta e di organizzazione del servizio, anzi smentite dalle argomentazioni addotte dalla controinteressata.

3. Propone appello xxx s.p.a.; si è costituita xxx per xxxx e s.a.s..

La e s.p.a. hanno depositato memorie ex art. 73, comma 1, cod. proc. amm., cui è seguita replica di s.a.s..

All'udienza del 15 ottobre 2020 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. Con il primo motivo di appello la sentenza è censurata per “*Violazione degli artt. 71 e 73 c.p.a.. Violazione del diritto di difesa. Violazione del principio e delle regole del contraddittorio*”. Secondo l'appellante, il giudice di primo grado, respingendo la sua istanza di rinvio dell'udienza di merito fissata al 12 dicembre 2019, non le avrebbe consentito il pieno esercizio del diritto di difesa rispetto ai (secondi) motivi aggiunti, depositati dalla ricorrente il 21 novembre 2019, ultimo giorno utile per il deposito dei documenti in vista dell'udienza pubblica ai sensi dell'art. 73, comma 1, cod. proc. amm.; inoltre sarebbe stato violato l'art. 71 cod. proc. amm. in combinato disposto con l'art. 119 cod. proc. amm., per il mancato rispetto – se ben si intende – dei trenta giorni richiesti tra l'ultimo atto di impugnazione, nel caso di specie costituito dai (secondi) motivi aggiunti e la data di udienza.

2. Il motivo è infondato.

2.1. I (secondi) motivi aggiunti sono stati notificati da xxx s.a.s. alle altre parti del giudizio, ivi compresa xxx s.p.a., l'11 novembre 2019; dato che l'udienza pubblica era già fissata per il 12 dicembre 2019, stante il dimezzamento dei termini processuali previsto per il c.d. rito appalti

dall'art. 120 cod. proc. amm., xxx s.p.a. era tenuta a depositare i documenti entro il 21 novembre, la memoria difensiva entro il 27 novembre e, infine, la memoria di replica entro il 2 dicembre 2019.

Rispetto alla data di avvenuta conoscenza dei motivi aggiunti, pertanto, xxx aveva la piena possibilità di svolgere le difese, anche eventualmente depositando la documentazione ritenuta utile a contrastare le (nuove) allegazioni della ricorrente.

La circostanza che il termine per il deposito documentale sia venuto a scadenza nel giorno di avvenuto deposito dei motivi aggiunti non costituisce, di per sé sola, ossia senza che siano esposte altre specifiche motivazioni, ragione sufficiente a disporre il rinvio dell'udienza di discussione della causa, poiché, come detto, ad assumere rilevanza per il compiuto esercizio dei diritti di difesa è il momento in cui la parte ha acquisito conoscenza effettiva dell'altrui atto impugnatorio.

2.2. Infondata è anche l'altra censura in cui si articola il motivo di appello in esame: l'udienza di merito è stata fissata con l'ordinanza cautelare del 24 ottobre 2019 nel pieno rispetto dell'art. 71, comma 5, cod. proc. amm., che, letto in combinato disposto con l'art. 119 cod. proc. amm., stabilisce in trenta giorni il periodo che deve intercorrere tra la comunicazione dell'udienza pubblica e la data di svolgimento della stessa; la circostanza che in detto periodo siano stati notificati motivi aggiunti non impone una nuova decorrenza del termine come preteso dall'appellante.

3. Con il secondo motivo di gravame xxx lamenta la *“Violazione e falsa applicazione dell'art. 63, 66, d.lgs. n. 50/2016, dell'art. 32 l. n. 69/2009 e degli artt. 32, 41 e 120 c.p.a. – travisamento dei fatti – omessa pronuncia su un punto decisivo della controversia – carenza di motivazione – contraddittorietà manifesta”*, contestando gli argomenti con cui il giudice di primo grado ha respinto l'eccezione di inammissibilità del ricorso per la mancata tempestiva impugnazione dell'avviso di consultazione preliminare di mercato.

A suo avviso, la consultazione *de qua* non era un “mero strumento di sondaggio del mercato” ai sensi dell'art. 66 d.lgs. n. 50 del 2016, ma, stante la fissazione di specifiche e complete condizioni di partecipazione, l'atto di avvio di una gara ufficiosa per il sicuro vincolo che ne derivava a carico dell'amministrazione procedente, come dimostrato dal fatto che i termini e le condizioni dell'avviso erano poi stati trasfusi negli atti della successiva procedura negoziale di cui all'art. 63, comma 2, lett. b) del codice dei contratti pubblici, i quali tutti avevano nella precedente consultazione e nei suoi esiti il loro evidente presupposto.

Ne doveva conseguire l'applicazione dell'orientamento giurisprudenziale secondo cui in caso di gara ufficiosa gli operatori economici sono titolari di una situazione di interesse legittimo solo se vi abbiano preso parte, potendone così contestare anche gli esiti, restando altrimenti la loro posizione quella di mero interesse di fatto; divenuto inoppugnabile per tali ragioni (l'esito del) la consultazione, erano da considerarsi sottratti ad impugnazione anche tutti gli atti che ne erano seguiti, ivi compreso l'affidamento a seguito della procedura negoziata.

4. Il motivo è infondato e la sentenza impugnata merita conferma alla stregua delle osservazioni che seguono.

4.1. Come esposto in fatto, la xxxx ha affidato il contratto di fornitura dell'elicottero modello AW 139 mediante procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando ai sensi dell'art. 63, comma 2, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, avendo ritenuto sussistente la condizione di cui alla lett. b), n. 2, del citato articolo, vale a dire “l'assenza di concorrenza per motivi tecnici”.

È giunta a tale conclusione dopo aver svolto una consultazione preliminare di mercato ai sensi dell'art. 8 l. prov. 9 marzo 2016, n. 2 (di contenuto sostanzialmente corrispondente a quello dell'art. 66, comma 1, del codice dei contratti pubblici, secondo cui “*Prima dell'avvio di una procedura di appalto, le amministrazioni aggiudicatrici possono svolgere consultazioni di mercato per la preparazione dell'appalto e per lo svolgimento della relativa procedura e per informare gli operatori economici degli appalti da essi programmati e dei requisiti relativi a questi ultimi*”); dalla consultazione, infatti, era emerso l'esistenza di un unico costruttore in grado di fornire il modello di elicottero con le caratteristiche e l'equipaggiamento richiesto.

4.2. Nel parere reso sulle Linee guida A.n.a.c. recanti “*Indicazioni sulle consultazioni preliminari di mercato*” del 14 febbraio 2019, n. 445 il Consiglio di Stato, sezione atti normativi, ha precisato come la consultazione preliminare di mercato costituisca uno strumento per le stazioni appaltanti con il quale è possibile avviare un dialogo informale con gli operatori di settore per acquisire le informazioni ritenute necessarie al successivo svolgimento di una procedura di gara; ha aggiunto che essa ben può costituire lo strumento attraverso il quale accertare l'eventuale infungibilità dei beni, prestazioni e servizi, ed assumere, su tale presupposto, scelte limitative del confronto concorrenziale.

Le citate Linee guida dell'A.n.a.c. precisano pertanto (al punto 2.3.) che “*La consultazione preliminare di mercato non costituisce una procedura di affidamento di un contratto pubblico*”, trattandosi essere soltanto di una fase di pre – gara.

4.3. Siccome le informazioni acquisite attraverso le consultazioni preliminari di mercato confluiscono nei successivi atti procedurali delle amministrazioni (che dette consultazioni hanno avviato), chi intenda contestarne gli esiti è ad essi (agli atti delle procedure) che deve rivolgere le proprie contestazioni, ivi inverandosi la scelta dell'amministrazione potenzialmente lesiva della concorrenza.

Così, ove all'esito della consultazione di mercato sia tratto convincimento del carattere infungibile del bene tale da giustificare l'affidamento per procedura negoziata senza bando, l'operatore economico che tale conclusione voglia contestare è tenuto ad impugnare l'atto di avvio della procedura, che è diretta conseguenza dell'esito della consultazione e, d'altra parte, costituisce il primo atto lesivo della sua situazione soggettiva poichè, in ragione della presunta natura infungibile del bene, gli preclude di concorrere all'affidamento del contratto.

4.4. Non v'è ragione per ritenere che l'onere di impugnazione vada represso fino all'avviso di avvio della consultazione preliminare di mercato, proprio per la natura di fase pre - gara finalizzata alla sola raccolta di informazioni, cui non è detto segua la scelta di una procedura limitativa della concorrenza, potendo l'amministrazione sempre determinarsi per la più ampia apertura al mercato nella scelta del contraente. Anche quando la consultazione di mercato sia avviata con richiesta di requisiti particolarmente stringenti per la fornitura, l'operatore che avverta di poter essere escluso per la mancanza di tali requisiti ha la facoltà, ma non l'onere a pena di decadenza, di impugnazione, potendo attendere gli sviluppi della successiva fase procedurale (*id est.* gli atti di indizione della procedura di gara) contenenti le definitive scelte della stazione appaltante per l'affidamento del contratto pubblico (cfr. su tale questione Cons. Stato, sez. III, 23 settembre 2019, n. 6302).

4.5. In conclusione xxxx non era tenuta ad impugnare l'avviso di consultazione preliminare di mercato, in quanto atto non immediatamente lesivo, né era tenuto a prendere parte alla procedura, potendo legittimamente decidere di non rispondere all'invito dell'amministrazione.

4.6. Nel medesimo motivo di appello xxx si duole che il giudice abbia respinto l'eccezione di irricevibilità per tardività del ricorso avverso la delibera del consiglio di amministrazione di del ... giugno 2019. A suo avviso, l'obbligo di pubblicità sul portale istituzionale dell'amministrazione, con i conseguenti effetti decadenziali in caso di mancata tempestiva impugnazione, discenderebbe dall'art. 32 l. n. 69 del 2009, per il quale *“gli obblighi di pubblicazione di atti e provvedimenti amministrativi aventi effetto di pubblicità legale si intendono assolti con la pubblicazione nei propri siti informatici da parte delle amministrazioni e degli enti pubblici obbligati”*; nel caso di specie, essendo avvenuta la pubblicazione sul portale dell'ente il 18 luglio 2019, in applicazione del termine dimezzato previsto per il c.d. rito appalti, l'impugnazione avrebbe dovuto essere proposta entro il 17 settembre 2019 con conseguente irricevibilità del ricorso in quanto notificato il 27 settembre 2019.

4.7. La tesi dell'appellante non è condivisibile.

La delibera del consiglio di amministrazione di, disponendo la modifica e l'aggiornamento dell'elenco degli interventi contenuti nel *“Piano pluriennale per gli esercizi 2019 – 2021 delle dotazioni strumentali per il funzionamento del Corpo permanente VV.F. di Trento”*, era un atto di programmazione ed in quanto tale sottoposto all'onere di pubblicazione previsto dall'art. 29, comma 1, primo periodo, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, a mente del quale *“Tutti gli atti delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori relativi alla programmazione di lavori, opere, servizi e forniture, nonché alle procedure di affidamento di appalti pubblici di servizi, forniture, lavori e opere, di concorsi pubblici (...) devono essere pubblicati e aggiornati sul profilo del committente nella sezione “Amministrazione trasparente” con l'applicazione delle disposizioni di cui al decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33”* con gli effetti previsti dall'ultimo periodo del medesimo primo comma dell'art. 29, vale a dire: *“Fatti salvi gli atti a cui si applica l'articolo 73, comma 5, i termini cui sono collegati gli effetti giuridici della pubblicazione decorrono dalla data di pubblicazione sul profilo del committente”*.

Tuttavia, come correttamente ritenuto dal tribunale, il termine di impugnazione della delibera era quello ordinario di sessanta giorni (art. 29 cod. proc. amm.) e non, invece, il termine dimezzato di trenta previsto dall'art. 120, comma 5, cod. proc. amm., non trattandosi di *“atto della procedura di affidamento”* (nozione contenuta nel comma primo dell'art. 120 cod. proc. amm. cui è fatto rinvio per stabilire l'ambito di applicazione del termine di impugnazione dimezzato), ma di atto che precede l'avvio della procedura di affidamento.

Siccome la pubblicazione sul portale del committente si assume avvenuta il 18 luglio 2019, il ricorso è tempestivo in quanto notificato il 27 settembre 2019.

Non vale a tener luogo della pubblicazione la conoscenza della delibera che l'appellante assume essere avvenuta attraverso articoli di stampa risalenti a maggio (addirittura prima della data in cui è stata assunta la delibera impugnata) o a giugno, in quanto, come evidenziato dal giudice di primo grado, non è stato provato e tanto meno indentificato con certezza il *dies a quo* del termine di impugnazione.

4.8. La doglianza relativa alla reiezione dell'eccezione di irricevibilità dei motivi aggiunti proposti avverso la determina dirigenziale dell'... agosto 2019, poi, va respinta perché, per quanto sia vero che in tal caso il termine di impugnazione è di trenta giorni dalla pubblicazione – con conseguente cumulo successivo di azioni sottoposte a rito diverso ed applicazione dell'art. 32 cod. proc. amm. – l'appellante, come già in primo grado, a fronte dell'altrui contestazione, non ha fornito prova dell'avvenuta pubblicazione sul portale del committente alla data stessa della sua adozione.

5. Con altro motivo di appello è censurata la sentenza impugnata per “*Violazione e falsa applicazione di legge – Violazione e falsa applicazione del Reg. Eu 965/2012, art. ORO.FC.230 – Contraddittorietà manifesta – Carenza di motivazione – Illogicità manifesta – Violazione del principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato*”, dolendosi l’appellante che il giudice di primo grado abbia fondato il proprio convincimento sulla relazione tecnica depositata dalla ricorrente, non sottoposta ad alcun vaglio critico e recepita integralmente anche nei giudizi tecnici sulla qualità dei mezzi oggetto di contesa, che avrebbero, semmai, richiesto idoneo intervento istruttorio.

L’appellante evidenzia poi un’errata ricostruzione dell’oggetto della fornitura come pure della volontà dell’amministrazione che non era quella di disporre l’acquisto *ex novo* di un mezzo per l’espletamento del servizio di elisoccorso, ma di reintegrare la flotta (ovvero il “complesso aziendale” secondo la terminologia utilizzata) in continuazione con gli esiti della gara del 2009 aggiudicata ad xxxx, cui aveva partecipato anche xxxx la cui offerta era stata esclusa per inidoneità del mezzo tecnico, e che aveva condotto all’acquisto di due elicotteri modello AW 139 e al conseguente adeguamento delle strutture, del personale e di ogni altro elemento tecnico alle modalità di utilizzazione di tali mezzi. Così andava pertanto intesa l’opzione espressa dal Nucleo elicotteri per l’acquisto di un altro elicottero modello AW 139, finalizzata cioè ad evitare di costituire una flotta di tre mezzi diversi, evenienza che, proprio per gli investimenti effettuati a conclusione della precedente gara, sarebbe stata una scelta inefficiente ed antieconomica.

Dopo aver criticato i passaggi della sentenza di primo grado contenenti la sollecitazione all’amministrazione a valutare la possibile riorganizzazione dell’intero parco mezzi per superamento dei limiti della domanda, l’appellante ha concluso precisando che la xxx, dapprima con la consultazione di mercato e, poi, affidandosi alle valutazioni del Nucleo Elicotteri, aveva cercato di vagliare soluzioni alternative, ma la controinteressata non era intervenuta in alcun modo, salvo poi insorgere all’esito dell’affidamento della commessa.

6. Il motivo è infondato.

6.1. Non v’è dubbio che, quale che fosse la volontà dell’amministrazione, risulta dagli atti che la decisione di affidare la fornitura dell’elicottero a xxxx s.p.a. sia maturata (e motivata) per essere detto operatore economico l’unico in grado di fornire il modello (di elicottero) AW 139, per “assenza di concorrenza per motivi tecnici”, secondo l’indicazione dell’art. 63, comma 2, lett. b), del codice dei contratti per l’affidamento mediante procedura negoziata. D’altronde, la consultazione preliminare di mercato aveva avuto tale conclusione, come si è già avuto modo di evidenziare.

6.2. L’art.63 (*Uso della procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando di gara*), al comma 2, lett. b) prevede, tra i casi tassativi cui è possibile far ricorso a tale modalità di scelta del contraente, “*Quando i lavori, le forniture o i servizi possono essere forniti unicamente da un determinato operatore economico per una delle seguenti ragioni: ... 2) la concorrenza è assente per motivi tecnici*”.

È poi specificato che “*Le eccezioni di cui ai punti 2) e 3) si applicano solo quando non esistono altri operatori economici o soluzioni alternative ragionevoli e l’assenza di concorrenza non è il risultato di una limitazione artificiale dei parametri dell’appalto*”.

Per effetto di tale disposizione citata, secondo un condivisibile indirizzo giurisprudenziale, è consentito alle stazioni appaltanti ricorrere alla procedura negoziata – e nel caso di unico operatore presente sul mercato all’affidamento diretto – se il bene oggetto della fornitura sia infungibile (cfr.

Cons. Stato, sez. VI, 19 dicembre 2019, n. 8588; VI, 13 giugno 2019, n. 3983; III, 18 gennaio 2018, n. 310).

In tale condizione, infatti, per l'assenza di mercato, lo svolgimento di una procedura di gara aperta alla concorrenza sarebbe un inutile spreco di tempo, contrastante con il principio di efficienza ed economicità dell'azione amministrativa (cfr. Cons. Stato, sez. V, 28 luglio 2014, n. 3997; V, 30 aprile 2014, n. 2255).

6.3. Che xxxx s.p.a. sia l'unico operatore economico in grado di fornire l'elicottero modello AW 139 è indiscutibile, data la complessità tecnica che caratterizza e distingue ogni modello di elicottero; non per questo, però, il bene è infungibile.

6.3.1. La xxxx, infatti, si è venuta a trovare in quella condizione che è definita nelle Linee guida A.n.a.c. n. 8 (intitolate "*Ricorso a procedure negoziate senza previa pubblicazione di un bando nel caso di forniture e servizi ritenuti infungibili*") come *lock – in*; una condizione di dipendenza da un singolo fornitore che non è possibile sciogliere se non sopportando costi ulteriori per transitare ad altro fornitore (dovuta, seguendo ancora le indicazioni dell'A.n.a.c., all'impossibilità di recuperare gli investimenti iniziali perché il cambio del fornitore avrebbe l'effetto di condurre alla perdita degli stessi (*sunk cost*) ovvero ai lunghi e costosi processi di apprendimento (*learning*) per l'utilizzo ottimale di un bene che sarebbero persi in caso di cambio di fornitore).

6.3.2. La condizione di *lock – in* (lett. bloccare) si è determinata, come spesso accade, per gli esiti della precedente procedura di gara conclusasi con l'acquisto di più elicotteri di un unico modello dal medesimo fornitore, ma è suscettibile di perpetuarsi per un lungo (se non lunghissimo) periodo di tempo.

È sufficiente por mente al fatto che l'amministrazione, allorquando dovrà sostituire i mezzi in uso, si troverà sempre a preferire il fornitore dal quale ha già acquistato al fine di evitare il costo eccessivo che il passaggio ad altro fornitore comporta, in un continuo replicarsi dell'identica situazione di vincolo indotto.

Non è un caso che nelle citate Linee guida siano fornite indicazioni alle amministrazioni per evitare di trovarsi nella condizione di *lock – in*.

6.3.3. Ne segue, per quanto interessa per il caso di specie, che se un'amministrazione si trova in una condizione di *lock – in* il bene non è infungibile perché non vi sono altri operatori sul mercato in grado di fornire beni altrettanto idonei a soddisfare le sue esigenze, ma è infungibile perché tale appare all'amministrazione che avverte la gravità economica del cambio di operatore.

Per l'amministrazione il fornitore si presenta pertanto come un monopolista naturale, pur non essendolo nei fatti, con le conseguenze inevitabili che a ciò consegue in punto di determinazione del prezzo di acquisto, oltre che di accesso alle innovazioni e gli avanzamenti tecnologici del prodotto che sia possibile reperire in libera concorrenza tra gli operatori.

Proprio per tale ultima considerazione v'è necessità per l'amministrazione – non solo di evitare di cadere, ma anche – di uscire dalla condizione di *lock – in*: trattandosi di fenomeno distorsivo della concorrenza, i costi dovuti in prima battuta al cambio di operatore, saranno nel lungo periodo recuperati attraverso il risparmio di spesa che ne conseguirà e compensati dai vantaggi qualitativi acquisibili.

L'uscita dalla condizione di *lock – in* può avvenire solamente con una procedura aperta in cui l'amministrazione si renda disponibile alla fornitura di modelli equivalenti a quelli in uso.

6.3.4. Prova della condizione di *lock – in* nella quale si è trovata xxx è data proprio dalla Relazione del Nucleo elicotteri, ampiamente riportata dalla xxxx nelle proprie memorie, in cui sono evidenziati i gravi disagi organizzativi, i quali, a loro volta si traducono in altrettante ricadute economiche che il cambio di operatore comporterebbe.

Quanto detto vale per la prospettata necessità di dover assumere ulteriori piloti (per tutte le ragioni legate al rispetto delle disposizioni sulla sicurezza richiamate in memoria), così come evidentemente per l'esigenza di consentire loro lo svolgimento di attività formativa specifica, considerazioni tutte dalle quali emerge che per l'amministrazione esiste ora, ma anche in futuro, un unico fornitore di elicotteri per il servizio di soccorso, sebbene sul mercato siano presenti vari operatori economici in grado di fornire velivoli altrettanto idonei. In tal senso è significativo che la stessa amministrazione affermi che compone la dotazione elicotteristica, unitamente ai due modelli AW 139 acquisiti da xxxx con l'ultima procedura di gara del 2009 (dei quali uno da sostituire), anche un vecchio modello Airbus, in relazione al quale emerge nelle affermazioni difensive l'intento di volerlo cambiare e per il quale non vi sarebbero motivi diversi per non optare ancora una volta per un modello AW 139, rendendo ancor più manifesta ed incontestabile la situazione di *lock – in* sopra indicata.

6.4. La sentenza di primo grado merita pertanto conferma: xxx antincendi non poteva ricorrere alla procedura negoziata senza pubblicazione del bando *ex art. 63, comma 2, lett. b)* del codice dei contratti pubblici, in quanto il bene da acquistare non era infungibile per l'assenza di concorrenza dovuta a "motivi tecnici", come richiesto dal legislatore, ma per la distorta visuale indotta nell'amministrazione dalla condizione in cui essa stessa si è posta; condizione che la direttiva (del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014) 2014/24/UE, al considerando n. 50, pone come ostativa al ricorso ad una procedura negoziata senza pubblicazione del bando precisando che "*L'esclusività (ricorrente in caso di un solo operatore oggettivamente in grado di eseguire l'appalto, n.d.s.) può anche trarre origine da altri motivi, ma solo situazioni di reale esclusività possono giustificare il ricorso alla procedura negoziata senza previa pubblicazione, se la situazione di esclusività non è stata creata dalla stessa amministrazione aggiudicatrice in vista della futura gara di appalto*". Che la condizione sia stata inconsapevolmente determinata dall'amministrazione non è qui rilevante.

A tanto consegue l'assorbimento degli altri i motivi di ricorso riproposti dall'appellata, atteso che dall'eventuale accoglimento degli stessi non potrebbe derivare un'utilità più ampia di quella derivante dalla reiezione dell'appello stesso.

6.5. In conclusione l'appello va respinto.

7. Le spese del presente grado di giudizio possono essere compensate in ragione della particolare complessità del giudizio.

P.Q.M.

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

Compensa tra tutte le parti in causa le spese del presente grado del giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 15 ottobre 2020 con l'intervento dei magistrati:

Carlo Saltelli, Presidente

Raffaele Prospero, Consigliere

Federico Di Matteo, Consigliere, Estensore

Alberto Urso, Consigliere

Cecilia Altavista, Consigliere

L'ESTENSORE
Federico Di Matteo

IL PRESIDENTE
Carlo Saltelli

IL SEGRETARIO