

N. 05613/2013REG.PROV.COLL.  
N. 02134/2013 REG.RIC.



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 2134 del 2013, proposto da:

Agusta Westland S.p.a., rappresentata e difesa dagli avv.ti Diego Vaiano, Vittorio Angiolini e Luca Formilan, con domicilio eletto presso il primo di essi in Roma, Lungotevere Marzio, 3;

*contro*

Azienda Sanitaria Locale di Matera, in persona del Direttore *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avv. Filippo Panizzolo, con domicilio eletto presso Alfredo Placidi in Roma, via Cosseria, 2;

Regione Basilicata, in persona del Presidente *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avv. Maddalena Bruno, con domicilio eletto presso l'Ufficio Legale della Regione Basilicata in Roma, via Nizza, 55;

*nei confronti di*

Inaer Aviation Italia S.p.a. in proprio e quale Mandataria del Rti con Alidaunia S.r.l., rappresentati e difesi dall'avv. Laura Pierallini, presso il cui studio ha eletto il domicilio in Roma, viale Liegi, 28;

*per la riforma*

della sentenza del T.A.R. BASILICATA, sezione I n. 67/2013, resa tra le parti, concernente l'affidamento dei servizi di soccorso sanitario con elicottero

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Azienda Sanitaria Locale di Matera, della Regione Basilicata e di Inaer Aviation Italia S.p.a.;

Viste le memorie difensive;

Vista l'ordinanza n. 3122/2013;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 7 novembre 2013 il Cons. Hadrian Simonetti, presenti per le parti gli avvocati Vaiano, Panizzolo, Golia su delega di Bruno e Pierallini;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

#### FATTO e DIRITTO

1. L'Azienda sanitaria locale di Matera ha bandito dapprima una procedura aperta andata deserta e poi una procedura negoziata per l'affidamento dei servizi di soccorso sanitario con elicottero e di gestione, manutenzione ed assistenza antincendio presso le basi operative e le elisuperfici impiegate nell'ambito del sistema dell'emergenza/urgenza della Regione Basilicata; procedura da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa (60 punti per l'offerta tecnica, 40 per l'offerta economica).

Il servizio, della durata di cinque anni e con importo base di 22.000.000 euro, comprendeva la messa a disposizione di due elicotteri bimotores da destinare all'elisoccorso e di un terzo elicottero, di riserva, in caso di guasto dei primi due.

2. L'odierna appellante, assumendo di essere costruttrice e fornitrice di elicotteri destinati a tale tipo di servizio, dopo avere rappresentato alla stazione appaltante che, nel caso di specie, la griglia di valutazione

dell'offerta tecnica era del tutto inadeguata per il tipo di servizio richiesto e che nell'ambito delle "Caratteristiche aeronautiche e sanitarie degli elicotteri proposti" (per cui erano previsti sino a 30 punti) vi era una sproporzione tra i soli tre punti attribuiti per le prestazioni di volo (sub elementi *q* e *r*) ed i restanti ventisette punti, ha proposto ricorso, notificato il 29.12.2010, avverso il bando e l'aggiudicazione disposta in favore dell'unico concorrente, l'Ati Inaer/Alidaunia, domandando anche il risarcimento dei danni.

2.1. Dopo avere premesso che gli unici modelli di elicottero astrattamente utilizzabili per questo tipo di servizio sono l'EC145, prodotto da Eurocopter, e il "Grand", prodotto da Agusta, e che il secondo presenterebbe requisiti prestazionali superiori al primo; ha sostenuto che i criteri di valutazione individuati nella legge di gara, laddove attribuiscono un peso modesto ai requisiti concernenti il volo e sopravvalutano invece altre caratteristiche, sarebbero tali da pregiudicare i modelli offerti sul mercato da Agusta, il che sarebbe contrario ai principi generali in materia di contratti pubblici e comunque irragionevole.

2.2. Il Tar, riconosciuta preliminarmente la legittimazione e l'interesse a ricorrere di Agusta, ha giudicato l'impugnazione del bando tardiva, sul presupposto che secondo la prospettazione di parte ricorrente i criteri di valutazione fossero immediatamente lesivi, a far data dalla pubblicazione della legge di gara. Del pari tardiva ha giudicato l'impugnazione dell'aggiudicazione, assumendo come *dies a quo* la sua pubblicazione nell'Albo pretorio avvenuta l'11.2.2010.

2.3. Ciò posto ha tuttavia esaminato il merito del ricorso ai fini della domanda risarcitoria alla quale, in una vicenda iniziata prima dell'entrata in vigore del Codice del processo amministrativo, ha ritenuto dovesse applicarsi il termine di prescrizione quinquennale, che era già pendente alla data del 16.9.2010.

2.4. Nel merito ha respinto la domanda risarcitoria, non rilevando come illogica la previsione dei punteggi tra i diversi sub-elementi della voce “caratteristiche aeronautiche e sanitarie degli elicotteri proposti” e, comunque, non ravvisando neppure danni diretti ed immediati subiti dalla ricorrente.

3. Con il presente appello, articolato in tre distinti motivi, è censurata la pronuncia di irricevibilità della domanda di annullamento, sul rilievo che le clausole del bando fossero penalizzanti ma non immediatamente escludenti e che, come tali, ben potessero essere impugnate insieme all’aggiudicazione, il cui esito sarebbe stato conosciuto dall’appellante, nei suoi esatti termini, solamente il 9.12.2010.

3.1. Nel merito si evidenzia come l’oggetto dell’appalto fosse composto e i servizi da rendere assai variegati, per ribadire come, nonostante il parere dell’Enac, la previsione dei punteggi per i singoli sub-elementi della voce “Caratteristiche” non sia stata proporzionale né ragionevole. Si censura inoltre la pronuncia di inammissibilità in ordine al secondo motivo dedotto, concernente l’aver l’aggiudicatario avanzato un’offerta “alternativa”, nella quale proponeva l’impiego di elicotteri EC145 e in subordine “Grand”, il che sarebbe stato illogico e contraddittorio.

Si insiste infine per il risarcimento dei danni, la cui entità sarebbe rapportata alla mancata vendita dei due elicotteri, il cui prezzo, per ciascuno di essi, sarebbe pari a circa 5,6 milioni di euro, con un utile stimabile almeno del 15%.

3.2. Si sono costituite l’Asl di Matera, resistendo con articolata memoria difensiva, e l’Ati aggiudicatario della procedura ed attuale contraente, quest’ultima eccependo anche in appello il difetto di legittimazione e di interesse di Agusta rispetto agli atti di una gara cui non ha partecipato.

3.3. Rinvio su accordo delle parti l’esame della domanda cautelare, invitate le difese a dedurre in ordine alla integrità del contraddittorio,

all'udienza pubblica del 7.11.2013, in vista della quale sono state depositate ulteriori memorie, la causa è passata in decisione.

4. Come già osservato nell'ordinanza n. 3122/2013, l'odierna appellante non ha partecipato alla procedura in contestazione, né avrebbe interesse a farlo neanche nell'ipotesi in cui fossero accolte le sue censure preordinate all'annullamento del bando e dell'aggiudicazione.

4.1. L'Agusta Westland non agisce infatti quale concorrente, neppure potenziale, del servizio di elisoccorso quanto piuttosto nella sua veste di produttore di un particolare modello di elicotteri "Grand" che, in tesi, sarebbe stato discriminato dalle regole di gara stabilite nella procedura in esame dall'Azienda sanitaria, come sarebbe dimostrato dal fatto che l'Ati aggiudicataria abbia privilegiato un modello diverso, l'EC145 prodotto dalla Eurocopter.

4.2. Ciò posto, nella misura in cui si voglia riconoscere la legittimazione e l'interesse ad agire di Agusta Westland nella sua qualità di produttore di un determinato bene che persegue l'interesse a non vedere discriminato l'acquisto di tale bene dagli operatori del settore che concorrono all'aggiudicazione del servizio di elisoccorso, dovrà parimenti riconoscersi la legittimazione sul lato passivo anche di Eurocopter, quale produttore "rivale" nei cui confronti il contraddittorio avrebbe dovuto essere integrato già nel giudizio di primo grado.

Le posizioni di Agusta e rispettivamente di Eurocopter sono infatti del tutto simmetriche e speculari, sicché se l'una ha la legittimazione attiva (questione che non può essere ora affrontata, ma dovrà essere esaminata nel giudizio di rinvio, stante che l'annullamento della sentenza appellata travolge tutti i contenuti di questa) l'altra non può non avere la legittimazione passiva.

4.3. Non vale richiamare, per escludere la necessità dell'integrazione del contraddittorio in primo grado, il disposto dell'art. 49, co. 2, c.p.a.,

assumendo la manifesta inammissibilità del ricorso per tardività, come dedotto dalla difesa dell'Asl nella memoria del 4.7.2013.

In disparte la tempestività o meno della domanda impugnatoria, quanto meno, infatti, ai fini della domanda risarcitoria, il ricorso non può essere considerato manifestamente inammissibile, tanto più che è proprio il codice del processo amministrativo che, qualora sia proposta azione di condanna, prescrive la notificazione del ricorso anche ai beneficiari dell'atto illegittimo, definendoli come parti necessarie (v. art. 41, co. 2, c.p.a. che richiama l'art. 102 c.p.c.).

Nella peculiare vicenda in esame poiché – sempre nella prospettiva di parte appellante - il vero beneficiario finale dei criteri di valutazione degli elicotteri scelti dalla stazione appaltante, e quindi del bando di gara per come predisposto, sarebbe Eurocopter, ciò comporta che l'azione di condanna, ancorché proposta solo contro l'ente appaltante, doveva essere notificata anche nei suoi confronti. Ciò sul presupposto, da non approfondire in questa sede, che l'accoglimento della domanda risarcitoria, avanzata nei confronti della sola Azienda sanitaria, potrebbe determinare effetti secondari anche nella sfera giuridica della Eurocopter: si pensi all'eventuale intervento in autotutela sul bando (ove) dichiarato (incidentalmente) illegittimo all'esito del giudizio risarcitorio o alle successive azioni che l'amministrazione potrebbe intentare, in un separato giudizio, nei confronti di tale soggetto.

4.4. In conclusione, al cospetto di una violazione del contraddittorio per omessa notifica del ricorso ad uno dei contraddittori necessari, si impone l'annullamento della sentenza con rinvio al Giudice di primo grado, perché decida nuovamente nella pienezza del contraddittorio.

5. Vi sono giustificati motivi per compensare le spese di lite, alla luce della particolarità e della novità della questione.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza),  
definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, così  
provvede:

annulla la sentenza impugnata con rinvio della causa al Giudice di primo  
grado.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 7 novembre 2013  
con l'intervento dei magistrati:

Pier Giorgio Lignani, Presidente

Vittorio Stelo, Consigliere

Angelica Dell'Utri, Consigliere

Hadrian Simonetti, Consigliere, Estensore

Lydia Ada Orsola Spiezia, Consigliere

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 26/11/2013

IL SEGRETARIO

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