

N. 02941/2015REG.PROV.COLL.

N. 01881/2015 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 1881 del 2015, proposto da:
Aeromed Service Italia srl, rappresentata e difesa dagli avv. Francesco Nardocci e
Silvio Carloni, con domicilio eletto presso il primo in Roma, via Oslavia 14;

contro

Azienda Ospedaliera Universitaria Consorziale Policlinico di Bari, rappresentata e
difesa dall'avv. Massimo Felice Ingravalle, con domicilio eletto presso l'avv. Mario
Sanino in Roma, viale Parioli 180;

nei confronti di

Aeropa srl, Medicalfly srl;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. PUGLIA – BARI - SEZIONE I n. 01379/2014, resa tra
le parti, concernente affidamento servizio triennale di trasporto aereo di organi ed
equipe medica per attività di espianto e trapianto nonché dei pazienti -- risarcimento
danni

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Azienda Ospedaliera Universitaria Consorziale Policlinico di Bari;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 28 maggio 2015 il Cons. Vittorio Stelo e uditi per le parti gli avvocati Silvio Carloni e Gennaro Notarnicola su delega dell'avv.

Massimo Felice Ingravalle;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Il Tribunale amministrativo regionale per la Puglia – Bari – Sezione I con sentenza n. 1379 del 22 ottobre 2014 depositata il 18 novembre 2014, ha dichiarato inammissibili, con compensazione delle spese, il ricorso e i motivi aggiunti proposti da Aeromed Service Italia s.r.l., con sede in Roma, rispettivamente avverso l'esclusione dalla gara, bandita dall'Azienda ospedaliera universitaria consorziale Policlinico di Bari con deliberazione n. 1326/2012 al prezzo più basso e con base d'asta di € 754.821 per l'affidamento del servizio triennale di trasporto aereo di organi ed equipe medica per attività di espianto e trapianto nonché di pazienti, disposta e comunicata nella seduta pubblica dell'11 dicembre 2013, e la deliberazione n. 1455 del 18 dicembre 2013, con la quale è stata disposta l'aggiudicazione provvisoria ad Aeropa s.r.l., terza classificata nella prima graduatoria provvisoria, nonché avverso la deliberazione n.134 del 12 dicembre 2014, recante l'aggiudicazione definitiva.

Il T.A.R. ha dapprima rilevato la carenza di interesse in capo alla ricorrente riguardo al ricorso principale, posto che, anziché contestare le posizioni dell'aggiudicataria e della società Medicalfly srl, anteposta in via provvisoria e poi anch'essa esclusa, ha

dedotto in particolare l'illegittimità dell'esclusione motivata con l'indicazione dell'incidenza percentuale degli oneri di sicurezza nella misura dello 0,0%, con conseguente aggiudicazione, in caso di annullamento dell'esclusione delle prime due classificate in primo momento, alla Medicalfly.

Ha soggiunto la inammissibilità derivata per difetto di interesse dei motivi aggiunti proposti avverso l'aggiudicazione definitiva e la ammissione di Aeropa e Medicalfly, ritenuti *ad abundantiam* tardivi perché le contestazioni si riferivano a fatti noti e rilevabili fin dal ricorso principale.

Ha rigettato infine nel merito le censure relative al provvedimento di esclusione, rammentando gli artt. 86 e 87 del D.Lgs. n. 163/2006 e 26 del D.Lgs. n. 81/2008, norme imperative ed inderogabili, nonché la giurisprudenza di questa Sezione, che afferma l'obbligo di indicare, negli appalti pubblici, i costi aziendali di sicurezza aziendale ("rischio specifico"), elemento essenziale per la certezza, determinatezza e congruità dell'offerta, indisponibili e incompressibili data la loro natura e le finalità perseguite, a pena di esclusione anche se non prevista nel bando.

E' stato evidenziato che nel caso l'art. 8 del disciplinare con l'annesso schema di domanda per l'offerta economica prescriveva tale indicazione a pena di esclusione, e la percentuale indicata dello 0,0% non poteva ritenersi come un mero adempimento formale ma concretava un'offerta intrinsecamente abnorme e palesemente non veritiera tanto da non consentire neanche il ricorso al soccorso istruttorio ovvero alla successiva verifica dell'anomalia.

2. La Aeromed Service Italia s.r.l., con atto notificato il 18 febbraio 2015 e depositato il 10 marzo 2015, ha interposto appello contestando la inammissibilità del ricorso di primo grado dichiarata dal T.A.R. sussistendo invece l'interesse anche morale alla riammissione in gara e al reinserimento al secondo posto della graduatoria finale, posto che il provvedimento esclusivo e il ricorso sono intervenuti prima dell'aggiudicazione definitiva e della verifica dei requisiti con possibile avanzamento

al primo posto, anche in considerazione dell'esclusione della Medicalfly, prima in graduatoria provvisoria, che ha proposto anch'essa ricorso.

Deduce quindi la permanenza dell'interesse fino alla definizione del contenzioso con sentenze passate in giudicato dei disposti provvedimenti di esclusione e di aggiudicazione, e per di più i due ricorsi sono differenti soggettivamente e le situazioni non sono assimilabili, tanto che il ricorso della Medicalfly non riproduce l'unica censura dedotta da Aeromed ed è stato respinto dal T.A.R. nel merito con sentenza n. 1378/2014.

Soggiunge che i motivi aggiunti contenevano anche una specifica censura per "illegittimità derivata" e sono stati proposti tempestivamente quando è stata percepita la concreta lesività degli atti impugnati, atteso che solo dopo il ricorso al T.A.R. si è appreso dell'impugnativa della Medicalfly e che il ricorso principale era diretto nei confronti dell'aggiudicazione provvisoria, di natura endoprocedimentale e di lesività astratta e potenziale.

Nel merito sostiene che la percentuale dello 0,0% era connessa alla copertura dei costi in questione con il volume di fatturato pregresso nell'esercizio e al tipo di attività che è svolta tutta in sede, per cui tali costi non hanno avuto alcuna incidenza sull'offerta; in ogni caso detta indicazione, anche in presenza di formula non chiara e ambigua nella disciplina di gara, era stata comunque effettuata, e, anche per il *favor participationis*, andava semmai sottoposta alla successiva verifica dell'anomalia e della congruità dell'offerta.

Riproduce quindi le censure sollevate circa l'aggiudicazione definitiva all'Aeropa, sia per illegittimità derivata in conseguenza della propria esclusione, sia per vizi propri, posto che: all'offerta economica non era stata allegata la fotocopia del documento di identità del suo sottoscrittore legale rappresentate della società; il triennio relativo ai servizi identici prestati non era quello chiesto nella *lex specialis*, taluni servizi non erano tali da essere utilizzati ai fini del triennio e i voli di trasporto sanitario si

riferivano solo a pazienti e non anche organi e alla corrispondente equipe medica; mancava il possesso del Certificato di Operatore Aereo, essendo stato fatto ricorso all'avvalimento della società SLAM Servizi Aerei s.r.l., il cui rappresentante legale ha fornito incomplete dichiarazioni ex art. 38 Codice Appalti, e non avendo un socio al 50% del capitale reso alcuna dichiarazione; l'avvalimento si riferisce solo al C.O.A. per cui la Aeropa risulterebbe sprovvista dei requisiti necessari per il trasporto sanitario (mezzi e personale).

In via condizionata si ripropongono le censure avverso l'ammissione della Medicalfly, che si è avvalsa della società Air Prague s.r.o., per omessa dichiarazione ex art. 38 da parte di uno dei due amministratori legali rappresentanti; mancato possesso del triennio di servizi identici e non rispondenza degli aeromobili ai requisiti della disciplina di gara quanto alla velocità di 600 km/h, con conseguenti tempi e costi maggiori.

Conclude con la richiesta di aggiudicazione del servizio e di subentro nel contratto già stipulato formulando istanza risarcitoria.

Con memorie depositate il 12 e il 16 maggio 2015 ha ribadito i motivi dell'appello replicando alle controdeduzioni dell'Azienda Policlinico di Bari e preliminarmente che l'erronea indicazione del numero della sentenza impugnata, il n. 83, è dovuta all'erroneo riferimento al R.G. del giudizio, per l'appunto il n. 83, senza che ciò abbia influito sul contenuto dell'appello, corrispondente appieno alla sentenza stessa.

Conferma l'interesse al ricorso posto che Medicalfly ha fatto acquiescenza alla propria esclusione dalla gara e alla sentenza del T.A.R. n. 1378/2014, per cui l'eventuale accoglimento del proprio appello la porrebbe al primo posto dinanzi ad Aeropa con conseguente quantificazione della domanda risarcitoria.

3. L'Azienda Ospedaliera Universitaria Consorziale Policlinico di Bari si è costituita con atto depositato il 7 aprile 2015 e con memorie depositate il 12 e 15 maggio 2015

ha replicato argomentatamente ai motivi dell'appello difendendo le ragioni assunte a sostegno della sentenza impugnata e dell'operato dell'Amministrazione.

Insiste in particolare nella intempestività dei motivi aggiunti, ricostruendo l'iter delle operazioni di gara che hanno consentito alla appellante di apprendere tutti gli elementi necessari alla conoscenza degli atti fino agli ultimi accessi, rispetto ai quali in ogni caso la notifica dei motivi aggiunti ha superato i prescritti 30 giorni.

Soggiunge che anche le censure avverso il bando (in quanto già lesive) erano intempestive e che la *lex specialis* era comunque chiara circa l'obbligo di indicazione dei costi di sicurezza a pena di esclusione; contesta la tardività dei riferimenti della Aeromed al proprio fatturato pregresso, all'insussistenza del C.O.A. dell'aggiudicataria e alla carenza della fotocopia del documento di identità, che comunque costituirebbe una mera irregolarità; da ultimo l'istanza risarcitoria non è provata.

4. Il T.A.R. Puglia, con ordinanze nn. 70 e 165/2015, ha respinto le istanze sospensive dei provvedimenti impugnati per difetto di interesse e la Sezione, con ordinanza n. 1606 del 15 aprile 2014, ha respinto l'appello cautelare.

5. All'udienza pubblica del 28 maggio 2015 la causa è stata trattenuta in decisione.

6.1. L'appello è infondato nel merito e di conseguenza la sentenza impugnata va parzialmente riformata nei sensi di cui alla motivazione che segue, con il conseguente rigetto del ricorso di primo grado e dei motivi aggiunti perché infondati.

6.2. Occorre in via preliminare individuare l'oggetto del *thema decidendum*, seguendo a tal fine il percorso motivazionale del giudice di primo grado che si è soffermato sulle seguenti questioni:

- interesse dell'Aeromed al ricorso avverso l'aggiudicazione provvisoria alla Aeropa e alla propria esclusione dalla gara;

- tempestività dei motivi aggiunti, ritenuti tardivi, proposti per illegittimità derivata e vizi propri avverso l'aggiudicazione definitiva alla Aeropa, e in via condizionata avverso l'ammissione della Medicalfly;

- fondatezza o meno dell'esclusione della Aeromed per la mancata indicazione degli oneri di sicurezza.

Occorre poi, a fini di chiarezza, sintetizzare le fasi della procedura di gara e del contenzioso come segue:

- aperte le buste, la prima graduatoria provvisoria vedeva prima la Medicalfly seguita dalla Aeromed, dalla Aeropa e dalla Avionord;

- nella seduta pubblica dell'11 dicembre 2013 sono state escluse la Medicalfly e la Aeromed per inammissibilità dell'offerta a seguito della mancata indicazione dei costi per la sicurezza;

- con la deliberazione n. 1465/2013 veniva disposta l'aggiudicazione provvisoria del servizio all'Aeropa;

- l'Aeromed, anche a seguito di mancato riscontro della propria nota ai sensi dell'art. 243 bis del D.Lgs. n. 163/2006 e del conseguente silenzio-rifiuto, ha proposto ricorso dinanzi al T.A.R. Puglia, che ha respinto le istanze sospensive presentate da Aeromed e Medicalfly con ordinanze nn. 69 e 70/2014;

- con deliberazione n. 134/2014 è stata disposta l'aggiudicazione definitiva del servizio alla Aeropa;

- l'Aeromed proponeva quindi motivi aggiunti avverso tale deliberazione sia per illegittimità derivata che per propri vizi, nonché avverso l'esclusione della Medicalfly soggiungendo ulteriori motivi di inammissibilità dell'offerta;

- il T.A.R. ha respinto altra istanza sospensiva proposta dalla Aeromed con ordinanza n. 165/2014, e questa Sezione, con ordinanza n. 1606/2014, ha respinto l'appello cautelare;

- il T.A.R. in data 22 ottobre 2014 ha pronunciato la sentenza impugnata di inammissibilità del ricorso e dei motivi aggiunti proposti dalla Aeromed.

6.3. Preliminarmente si ritiene di poter disattendere l'eccezione di inammissibilità dell'appello per la erronea indicazione del numero della sentenza impugnata, da attribuirsi a errore materiale che non ha inciso affatto sui termini, sui contenuti e sulla comprensione del contenzioso.

6.4. Ciò premesso, quanto all'interesse ad agire si deve rilevare che le argomentazioni del T.A.R. circa la carenza di interesse in capo all'Aeromed al momento si sono limitate a constatare che le impugnative della Aeromed non avrebbero *pro tempore* conseguito alcuna utilità in caso di eventuale accoglimento venendo a favorire in concreto la Medicalfly, che pure aveva proposto gravame avverso la propria esclusione, ritenendo quindi a tal fine insufficiente l'aspirazione alla riammissione alla gara.

Vero è però che, sul piano fattuale, poteva registrarsi, nel complesso delle censure proposte e nel contesto dinamico del contenzioso, un interesse sostanziale, concreto e attuale, anche se e proprio perchè collegato all'analogo ricorso della Medicalfly e all'ulteriore proprio ricorso volto all'esclusione della stessa Medicalfly, pertanto finalizzato comunque a conseguire l'annullamento delle operazioni di gara a partire dall'apertura delle buste, quindi la propria riammissione e poi l'aggiudicazione del servizio.

Si soggiunge, come peraltro riferito anche dall'appellante, che la Medicalfly, dopo il rigetto dell'istanza sospensiva e dell'appello cautelare con le citate ordinanze del T.A.R. e di questa Sezione, non ha proposto appello avverso la sentenza del T.A.R. n. 1378 del 22 ottobre 2014 rendendo così definitiva la sua esclusione dalla gara per la mancata indicazione dei costi per la sicurezza; tale circostanza invero ha concretizzato vieppiù in itinere e comunque attualmente l'interesse ad agire della Aeromed.

Tale considerazione vale per il ricorso principale e quindi anche in merito alla proposizione dei motivi aggiunti.

6.5. Quanto alla tempestività dei motivi aggiunti, a ben leggere gli atti, in effetti le censure sollevate possono rifarsi, come sottolineato dal T.A.R., in generale a fatti noti e rilevabili in sede di ricorso principale avverso l'aggiudicazione provvisoria, tanto da far impugnare da subito la disposta esclusione.

Purtuttavia va considerato che in effetti l'aggiudicazione provvisoria è atto di natura endoprocedimentale e che il ricorso era diretto in particolare avverso la disposta esclusione dalla gara e l'aggiudicazione provvisoria mentre i motivi aggiunti erano indirizzati avverso l'aggiudicazione definitiva censurata per vizi propri e per invalidità derivata e coinvolgeva oltre all'Aeropa anche Medicalfly, per cui solo a quel momento poteva aversi un quadro completo del contenzioso, delle specifiche situazioni delle concorrenti interessate e della concreta lesività collegata ai singoli atti.

6.6. In ogni caso, pure prescindendo dai suddetti profili di ammissibilità e di ricevibilità, la questione dirimente della vertenza si incentra sostanzialmente sul motivo, di merito, che ha escluso l'Aeromed dalla gara e che ha provocato in particolare il ricorso principale, e sul punto l'appello è infondato, concordando con le puntuali ed esaurienti argomentazioni già svolte comunque dal T.A.R. e alle quali ci si richiama anche per esigenze di economia processuale e per dovere di sinteticità. *In primis*, le censure di ambiguità avverso la clausola della *lex specialis* e il relativo modulo, concernenti l'individuazione degli oneri aziendali per la sicurezza, possono ritenersi tempestive, posto che il pregiudizio si è concretato in effetti con l'applicazione di quella previsione con l'esclusione dalla gara, ma le stesse sono infondate, atteso che la disciplina di gara era ben chiara e non prestava il destro ad alcuna ambiguità, come dedotto dalla appellante.

La *lex specialis* (in particolare artt. 4, 7 e 8, all. B e Busta B) e lo schema di domanda per l'offerta economica in effetti prevedevano, a pena di esclusione, l'indicazione degli oneri di sicurezza e la percentuale di incidenza sul totale dell'importo stimato dell'appalto, per cui, anche alla luce delle norme e della giurisprudenza richiamate dal T.A.R., l'Amministrazione non poteva che escludere l'offerta dell'Aeromed perché inammissibile, né, ciò stante, poteva farsi ricorso al soccorso istruttorio o a richiesta di giustificazioni in sede di successiva verifica, posto che si era in presenza comunque di dichiarazione e requisito carenti *in nuce* e quindi non integrabili in alcun modo a meno di una inammissibile modifica dell'offerta.

Il requisito invero era richiesto ai fini della partecipazione e quindi fin dall'inizio a tutela della *par condicio*, della certezza e determinatezza dell'offerta anche riguardo alla voce in contestazione, attese le oggettive finalità perseguite (come la tutela della sicurezza dei lavoratori), in un settore particolarmente complesso e delicato quale quello oggetto del servizio da affidare.

La percentuale di incidenza dello 0,0% in effetti equivale oggettivamente e logicamente a mancanza dell'indicazione dei costi e quindi di un elemento essenziale dell'offerta economica per come strutturato dall'Amministrazione (cfr. III n. 2400/2015 relativa a offerte pari a zero), né può sostenersi che in ogni caso fosse stato adempiuto l'obbligo formale (“ossequio formale” secondo il T.A.R.) dell'indicazione salvo a vanificare la previsione di gara.

Né rilevano le considerazioni della Aeromed sul fatturato pregresso, sulle economie aziendali e sull'ammortamento dei costi nell'anno di esercizio che *ex adverso* testimoniano invece la fondatezza delle argomentazioni del primo giudice circa le caratteristiche di tale percentuale, volta per di più ad alterare la corretta competitività fra concorrenti.

Si soggiunge che anche parte della pregressa giurisprudenza, non sempre concorde come rilevato dal giudice di prime cure, consentiva la successiva indicazione dei costi

della sicurezza e quindi censurava l'esclusione dalla gara solo ove tale prescrizione non fosse, come nella fattispecie, esplicitamente posta nella *lex specialise* a pena di esclusione, e a supporto è ora sopravvenuta l'Adunanza Plenaria n. 3/2015, richiamata anche dall'Azienda Policlinico di Bari, che ha sancito in ogni caso l'obbligo di tale indicazione comunque a pena di esclusione, anche se non previsto nel bando di gara.

Può soggiungersi infine che la carenza di un elemento essenziale ai fini del possesso dei requisiti di partecipazione agli appalti pubblici e già in sede di dichiarazione è stata sanzionata anche per altri aspetti con varie sentenze pure di questa Sezione (fra le altre, nn. 3198 e 4543/2014), dell'Adunanza Plenaria n. 16/2014 e della Corte di Giustizia C-42/13 del 6 novembre 2014, con esclusione del soccorso istruttorio e con riferimento pure all'art. 39 D.L. n. 90/2014 convertito in legge n. 114/2014.

In conclusione, l'esclusione della Aeromed per detta omissione era del tutto motivata e legittima, come confermato dal T.A.R., e l'infondatezza dell'appello sul punto, per la valenza pregiudiziale, esime dal valutare altri profili di merito dedotti dalla parte.

7. Per le considerazioni che precedono l'appello va respinto, con la modifica della formula dispositiva della sentenza appellata nel senso della reiezione nel merito del ricorso di primo grado e dei motivi aggiunti, siccome infondati.

La complessità della fattispecie induce a disporre la compensazione delle spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge nei sensi e nei limiti precisati in motivazione.

Spese di giudizio compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 28 maggio 2015 con l'intervento dei magistrati:

Carlo Deodato, Presidente FF

Vittorio Stelo, Consigliere, Estensore

Dante D'Alessio, Consigliere

Massimiliano Noccelli, Consigliere

Pierfrancesco Ungari, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 15/06/2015

IL SEGRETARIO

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