

APPALTI: Gara - Sospensione e/o interruzione per lungo tempo - Scelta della P.A. appaltante di disporre la riattivazione - Nel caso di espressa previsione in tal senso della *lex specialis* e di conferma delle offerte da parte dei concorrenti - Legittimità - Ragioni - Fattispecie.

Cons. Stato, Sez. III, 11 ottobre 2022, n. 8676

“[...] risulta ragionevole la scelta dell’Amministrazione di avvalersi della clausola di riattivazione della procedura, soprattutto in base alla dirimente considerazione logica (anche ex art. 74 c.p.a. richiamato dall’art. 120, comma 10, c.p.a.) secondo cui, siccome il servizio oggetto di gara è destinato a durare per cinque anni, quelle che l’appellante ha invocato come sopravvenute ragioni di opportuno rifacimento ex novo della competizione o comunque di modifica delle offerte (le quali sarebbero state indebitamente trascurate nell’operare, senza apposita istruttoria, la scelta di proseguire la gara senza variazioni) avrebbero costituito, ove la procedura non avesse conosciuto (per circostanze casuali e comunque estranee al mercato) un’interruzione di circa un anno e mezzo e il servizio fosse già stato aggiudicato, null’altro che sopravvenienze al contratto stipulato, delle quali l’appellante ove aggiudicataria si sarebbe dovuta fare carico in base alla precisa previsione contrattuale richiamata in sentenza.

Ciò che sarebbe stato rilevante nella fase della esecuzione contrattuale – in ordine all’equilibrio delle prestazioni tra le parti – è stato ben valutato per la riattivazione della gara [...].

La determinazione di riattivare la gara risulta ragionevole poiché conforme non solo agli interessi economici dell’Amministrazione (che il bando già aveva preso in specifica considerazione), ma anche agli interessi degli stessi operatori economici, che hanno evidenziato univocamente il loro perdurante interesse a partecipare, malgrado l’avvenuto decorso del tempo [...]”.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio e le successive memorie della Regione Lazio, della Babcock Mission Critical Services Italia S.p.A. e della Azienda Regionale Emergenza Sanitaria Ares 118;

Visti tutti gli atti della causa;

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

Relatore nell’udienza pubblica del giorno 6 ottobre 2022 il Cons. Fabrizio Di Rubbo e uditi per le parti gli avvocati Giuliano Gruner, Federico Dinelli, Fiammetta Fusco, Ilaria Napolitano, nonché l’avvocato Francesco Paolo Ballirano su delega degli avvocati Laura Pierallini e Lorenzo Sperati;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

La società odierna appellante ha impugnato con l'originario ricorso di primo grado l'atto della Regione Lazio con il quale, preso atto della sentenza n. 2647/2022 del T.A.R., che aveva fatto venire meno la sospensione della procedura di *“gara comunitaria a procedura aperta, ai sensi dell'art. 60 del d.lgs. n. 50/2016 e s.m.i., per l'affidamento del servizio medico di emergenza in elicottero per ARES 118 – N.ro Gara 7873090”* per cui è causa, ha disposto la *“riattivazione della procedura all'esito della relativa sospensione”*.

Col predetto atto, la Regione si è determinata a *“richiedere, agli operatori economici concorrenti, la conferma dell'offerta e la conseguentemente estensione della validità della fidejussione presentata quale garanzia provvisoria, prevedendo che la mancata risposta sarà considerata quale diniego alla conferma e/o al rinnovo, comportando quindi l'esclusione del concorrente, nonché, in relazione alle eventuali variazioni nelle more intervenute, di aggiornare la documentazione amministrativa e le dichiarazioni rese al momento della presentazione dell'offerta”*.

Nel ricorso si è sostenuto, in sintesi, che *“E' del tutto irragionevole l'imposizione, rivolta dalla Regione alle imprese, di riproporre l'offerta mediante una mera conferma di quella presentata nel novembre 2020. La scelta operata dall'Amministrazione, invero, non tiene conto dei notevoli mutamenti che hanno interessato (e che stanno tuttora interessando) la situazione economica non solo del Paese, ma del mondo intero: ci si riferisce sia alla pandemia legata al virus Sars-CoV-2 sia, e soprattutto, al recente conflitto bellico che vede contrapposte la Russia e l'Ucraina”*.

Con motivi aggiunti avverso il medesimo atto, la ricorrente ha poi approfondito la questione dei maggiori costi e delle maggiori difficoltà che la gestione del servizio comporterà in conseguenza delle mutate condizioni del mercato di riferimento nel periodo di tempo (circa un anno e mezzo) trascorso dall'iniziale presentazione dell'offerta.

Si sono costituite la Regione, l'ARES e la controinteressata società Babock, tutte replicando nel merito.

Alla camera di consiglio del 12 aprile 2022, avvertite le parti *ex art. 60 c.p.a.*, il ricorso è stato trattenuto in decisione dal T.A.R., che lo ha respinto con la seguente motivazione:

<È da rilevare anzitutto che nel Disciplinare di gara è espressamente previsto che “Nel caso in cui alla data di scadenza della validità delle offerte le operazioni di gara siano ancora in corso, la Stazione Appaltante potrà richiedere agli offerenti, ai sensi dell'art. 32, comma 4, del Codice, di confermare la validità dell'offerta sino alla data che sarà indicata e di produrre un apposito documento attestante la validità della garanzia prestata in sede di gara fino alla medesima data”, comportando così che la Regione si è attenuta al disposto del Disciplinare.

Inoltre, la durata del servizio era stata fissata in 5 anni, con la conseguenza che le imprese partecipanti avrebbero dovuto comunque presentare delle offerte che, avendo a riferimento il periodo di affidamento, coprissero tutti gli eventuali aumenti dei costi.

E questo anche perché all'art. 10 dello Schema di Contratto allegato al Disciplinare era espressamente previsto che "I corrispettivi contrattuali sono stati determinati a proprio rischio dal Fornitore in base ai propri calcoli, alle proprie indagini, alle proprie stime, e sono, pertanto, fissi ed invariabili indipendentemente da qualsiasi imprevisto o eventualità, facendosi carico il Fornitore di ogni relativo rischio e/o alea ... Il Fornitore non potrà vantare diritto ad altri compensi, ovvero ad adeguamenti, revisioni o aumenti dei corrispettivi come sopra indicati se non nei limiti di cui all'art.106 del D.lgs.50/2016 e s.m.i".

Poi, come chiarito dalla giurisprudenza richiamata dalla Regione, "La lunghezza delle operazioni di gara non può tradursi, con carattere di automatismo, in effetto viziante della procedura concorsuale, in tal modo implicitamente collegando alla mancata, tempestiva conclusione della procedura il pregiudizio alla imparzialità e trasparenza della gara; pertanto, non è il dato in sé della lunga durata della procedura a poterne determinare l'annullamento quanto – piuttosto – l'eventuale concreta dimostrazione di circostanze effettivamente probanti in ordine alla violazione del principio di trasparenza, par condicio ed imparzialità" (Cons. St., sez. III, 21 gennaio 2019, n. 514).

Nel caso in esame, nessuna violazione del principio di trasparenza, par condicio ed imparzialità è ravvisabile, anche alla luce del fatto che comunque tutte e tre le partecipanti hanno comunque provveduto a confermare le proprie offerte.

Per quanto poi la dedotta esiguità del tempo per la conferma dell'offerta, si rileva che la gara in questione era stata sospesa a causa di ricorsi proposti dall'attuale ricorrente, con la conseguenza che questa era ben consapevole del fatto che al momento della definizione dei giudizi la procedura sarebbe ripartita. (...)>.

Ha impugnato tale sentenza la società Elitaliana con un unico articolato motivo d'appello, chiedendone la sospensione in via cautelare anche con misure monocratiche, e reiterando in forma di gravame le proprie originarie censure.

L'appellante ha inoltre sostanzialmente dedotto, a specifica critica della gravata sentenza, che:

– non ha contestato la presenza della clausola di riattivazione della procedura né la sua legittimità in sé, bensì l'irragionevole ricorso alla stessa nella fattispecie per le succitate notevoli sopravvenienze occorse, in luogo di consentire alle imprese di rinnovare e modificare le offerte già presentate, eventualmente anche revocando il bando e indicando una nuova gara;

- di non avere contestato il ritardo in sé della procedura quale causa di illegittimità, bensì la *<irragionevolezza di ignorare la portata dei mutamenti di mercato che, a causa di eventi del tutto straordinari e imprevedibili (la guerra in Ucraina), si sono verificati nelle more dello svolgimento della gara.>* e con ciò *<anche la violazione del principio della par condicio, perché è ovvio che l'operatore di maggiori dimensioni, già semi-monopolista, facente capo ad una multinazionale britannica, potrà far fronte ai cambiamenti di mercato con maggiore facilità rispetto ad Elitaliana.>*, espressamente alludendo alla società Babcock (pagg. 17 e s. ricorso in appello);
- come dedotto con i motivi aggiunti in primo grado, *<Elitaliana ha prodotto in giudizio la nota ricevuta da Leonardo s.p.a., nella quale si legge che: «Considerato il lungo lasso di tempo intercorso tra la data di sottoscrizione dei contratti di vendita per la fornitura di n. 4 (quattro) elicotteri modello (omissis) risalenti a novembre 2020 e la riattivazione della gara Lazio, le condizioni economiche e le tempistiche di consegna degli elicotteri ivi indicate (omissis) non sono più in vigore, pertanto, non possono più trovare applicazione» (cfr. documento allegato alla relazione tecnica). Questa nota, che proviene da una delle più importanti imprese del Paese, dimostra in modo inequivocabile che la modalità con la quale la Regione Lazio ha deciso di riattivare la gara si rivolve in una surrettizia esclusione delle imprese originarie offerenti, con l'ovvia eccezione del più grande degli operatori di mercato, che certo non avrà difficoltà ad approvvigionarsi dei velivoli.>* (pag. 19 ricorso in appello);
- non è condivisibile l'ulteriore motivazione addotta dal T.A.R. in ordine all'imputabilità alle iniziative giudiziarie della ricorrente dei ritardi della gara, ascrivendo questi ultimi alla stazione appaltante.

Si sono costituite in vista dell'udienza cautelare l'Ares 118, la Regione Lazio e la società Babcock, replicando al ricorso e chiedendo il rigetto dell'istanza cautelare.

All'esito dell'udienza del 9 giugno 2022, fissata nel provvedimento di reiezione dell'istanza di misure urgenti presidenziali, l'istanza cautelare è stata rigettata.

In vista dell'udienza sul merito hanno presentato successive memorie la società Babcock e Ares 118, nonché documenti quest'ultima e la Regione Lazio, afferenti la sopravvenuta esclusione dalla gara dell'appellante, peraltro impugnata in un autonomo giudizio pendente in primo grado.

All'udienza del 6 ottobre 2022 la causa, previa discussione, è stata posta in decisione.

DIRITTO

Richiamate le circostanze esposte nelle premesse 'in fatto', ritiene la Sezione che si possa prescindere dall'esame della questione posta d'ufficio nel corso della discussione orale, per la quale il ricorso di primo grado potrebbe essere inammissibile per carenza di interesse (per il carattere non

“escludente” dell’atto impugnato, vertendo il gravame essenzialmente sulla prospettata anticoncorrenzialità della determinazione endoprocedimentale che in tesi favorirebbe una delle tre concorrenti, con conseguente incertezza d’una concreta lesione finale in punto di mancata aggiudicazione, stante anche l’intervenuta conferma dell’offerta da parte della ricorrente stessa).

Infatti, l’appello va respinto, perché infondato.

Non osta a tale statuizione la recente esclusione della ricorrente con autonoma determinazione, sia perché questa è stata impugnata, sia perché nel caso di accoglimento dell’appello si sarebbe potuto revocare il bando, con travolgimento degli effetti dell’atto di esclusione.

Risultano nel complesso centrate e condivisibili le considerazioni poste a base della sentenza impugnata in ordine a quanto segue.

In primo luogo, ad avviso del Collegio vi è stato il rispetto della originaria *lex specialis*.

Tale dato non è irrilevante, anche perché essa è stata accettata dai concorrenti – compresa la ricorrente che non può *venire contra factum proprium* – all’atto della loro determinazione di partecipare alla gara.

Inoltre, la contestata determinazione ha costituito espressione dei poteri discrezionali attribuiti all’Amministrazione dallo stesso bando di gara, stante la previsione del disciplinare, richiamata nell’invito impugnato.

In secondo luogo, risulta ragionevole la scelta dell’Amministrazione di avvalersi della clausola di riattivazione della procedura, soprattutto in base alla dirimente considerazione logica (anche *ex art. 74 c.p.a.* richiamato dall’art. 120, comma 10, c.p.a.) secondo cui, siccome il servizio oggetto di gara è destinato a durare per cinque anni, quelle che l’appellante ha invocato come sopravvenute ragioni di opportuno rifacimento *ex novo* della competizione o comunque di modifica delle offerte (le quali sarebbero state indebitamente trascurate nell’operare, senza apposita istruttoria, la scelta di proseguire la gara senza variazioni) avrebbero costituito, ove la procedura non avesse conosciuto (per circostanze casuali e comunque estranee al mercato) un’interruzione di circa un anno e mezzo e il servizio fosse già stato aggiudicato, null’altro che sopravvenienze al contratto stipulato, delle quali l’appellante ove aggiudicatario si sarebbe dovuta fare carico in base alla precisa previsione contrattuale richiamata in sentenza.

Ciò che sarebbe stato rilevante nella fase della esecuzione contrattuale – in ordine all’equilibrio delle prestazioni tra le parti – è stato ben valutato per la riattivazione della gara.

Inoltre, l’intervenuta positiva conferma delle offerte da parte sia della stessa ricorrente, sia della società Babcock, costituisce una riprova ulteriore, sia pure *ex post*, della possibile persistente

convenienza delle stesse (salve le eventuali verifiche di anomalia) e priva di valore decisivo anche la documentazione proveniente dalla Leonardo s.p.a. allegata dalla prima, sopra menzionata.

La determinazione di riattivare la gara risulta ragionevole poiché conforme non solo agli interessi economici dell'Amministrazione (che il bando già aveva preso in specifica considerazione), ma anche agli interessi degli stessi operatori economici, che hanno evidenziato univocamente il loro perdurante interesse a partecipare, malgrado l'avvenuto decorso del tempo.

Contrariamente a quanto ha dedotto l'appellante, neppure risultano violati gli invocati principi di correttezza e di trasparenza della azione amministrativa, essendosi avvalsa l'Amministrazione delle originarie previsioni, considerate ragionevolmente come conformi all'esigenza di perseguire l'interesse pubblico, nel contemperamento degli interessi degli operatori economici di partecipare alla gara (cfr. anche la giurisprudenza citata nell'impugnata sentenza, oltre a C.d.S n. 4199/2016).

Per le ragioni che precedono, l'appello va respinto.

Le spese del secondo grado seguono la soccombenza e si liquidano complessivamente in euro 12.000 (dodicimila), da corrispondersi nella misura di euro 4.000 a ciascuno dei tre soggetti appellati costituiti, oltre agli accessori di legge.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello n. 3704 del 2022, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna l'appellante alla corresponsione delle spese del grado d'appello, liquidate come in motivazione, nella misura di euro 4.000 (quattromila), oltre accessori di legge, in favore di ciascuno dei tre soggetti appellati costituiti.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 6 ottobre 2022 con l'intervento dei magistrati:

Luigi Maruotti, Presidente

Giovanni Pescatore, Consigliere

Umberto Maiello, Consigliere

Antonio Massimo Marra, Consigliere

Fabrizio Di Rubbo, Consigliere, Estensore

IL SEGRETARIO