

Pubblicato il 18/10/2019

N. 05280/2019 REG.PROV.CAU.  
N. 07885/2019 REG.RIC.

R E P U B B L I C A I T A L I A N A

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

**ORDINANZA**

sul ricorso numero di registro generale 7885 del 2019, proposto da

Gsa – Gruppo Servizi Associati S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Luca Mazzeo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Eustachio Manfredi 5;

*contro*

Elisicilia S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Luigi Borgia, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

*nei confronti*

Areu – Azienda Regionale Emergenza Urgenza, in persona del rappresentante legale *pro tempore*, non costituito in giudizio;

*per la riforma*

dell' ordinanza cautelare del Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Prima) n. 1243/2019, resa tra le parti, concernente l'affidamento della fornitura del servizio antincendio necessario alle basi HEMS (Helicopter Emergency Medical Service ) di Como, Milano e Sondrio;

Visto l'art. 62 cod. proc. amm;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti tutti gli atti della causa;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Elisicilia S.r.l.;

Vista la impugnata ordinanza cautelare del Tribunale amministrativo regionale di accoglimento della domanda cautelare presentata dalla parte ricorrente in primo grado;

Visto il decreto cautelare n. 4910/2019;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 17 ottobre 2019 il Cons. Giovanni Tulumello e uditi per le parti gli avvocati Luca Mazzeo e Luigi Borgia;

Ritenuto che l'appello cautelare appare assistito da significativi elementi di fondatezza, in quanto:

nella fattispecie dedotta non vi è questione di disapplicazione del bando di gara, peraltro successivamente impugnato in via meramente cautelativa dalla parte odierna appellante, ma della sua applicazione avuto riguardo alla peculiare posizione fattuale del gestore uscente, già insediato nei luoghi oggetto di sopralluogo;

il sopralluogo – nella sua materialità, quale attività di cognizione dello stato dei luoghi ai fini della formulazione di un'offerta consapevole – in fatto è stato dunque eseguito nella forme della esecuzione *in loco* del precedente contratto (il che è sostanzialmente incontestato), ma è mancata la documentazione dello stesso conforme al modello di dichiarazione previsto dalla *lex specialis*, oltre che l'effettuazione degli adempimenti formali ad esso prodromici previsti dal disciplinare medesimo;

siffatta applicazione della *lex specialis* (art. 11 del Disciplinare di gara) da parte della stazione appaltante appare conforme al principio stabilito dalla sentenza della V Sezione di questo Consiglio di Stato, n. 4597/2018: irrilevante essendo, per quanto sopra

osservato (e comunque alla luce della successiva impugnativa del bando), l'affermazione che la stessa è stata resa a seguito di impugnazione del bando da parte del precedente gestore, essendo tale arresto espressivo – per questa parte - di un condivisibile principio di diritto indifferente alla peculiare connotazione strutturale della singola fattispecie processuale; la valutazione operata dalla stazione appaltante appare inoltre non irragionevole, e conforme al senso della clausola stessa e del paradigma normativo di riferimento, dal momento che l'applicazione della legge di gara in modo ragionevolmente diseguale rispetto a situazioni in fatto sensibilmente diseguali non comporta alterazione della *par condicio* fra i concorrenti, difettando il presupposto della identità di situazione; peraltro va considerato che l'art. 11 del Disciplinare ha previsto che *“La mancata allegazione della presa visione dei luoghi oppure del certificato rilasciato dalla stazione appaltante attestante la presa visione dello stato dei luoghi in cui deve essere eseguita la prestazione è sanabile mediante soccorso istruttorio ex art. 83, comma 9 del Codice”*; risulta poi ulteriormente dirimente, con riferimento al principio comunitario relativo alla tutela del legittimo affidamento dell'impresa che abbia tenuto una condotta conforme alle indicazioni fornite dalla stazione appaltante ai fini dell'interpretazione della disciplina di gara (Cons. Stato, Sez. V, 20 aprile 2011, n. 2446; Cons. Stato, Sez. V, 2 dicembre 2015, n. 5454), la nota 29 gennaio 2019, versata in atti in primo grado da GSA (e che non risulta impugnata), la stazione appaltante ha chiarito, su espressa richiesta della parte odierna appellante, che *“La possibilità di prevedere il sopralluogo obbligatorio a pena di esclusione, è ribadita anche dalla sentenza del CdS da Voi stessi richiamata (...). Tuttavia come da Voi indicato, tale sentenza, per quanto attiene l'obbligatorietà del sopralluogo, ritiene che sia “ingiustificato” richiederlo anche al gestore uscente. Pertanto, nel caso in cui codesta Società dovesse decidere di partecipare alla procedura, l'Azienda terrà in opportuno conto della sentenza del CdS n. 4597 del 26.07.2018 sezione VP”*. Ritenuto altresì che sussiste il dedotto pregiudizio di un danno grave ed irreparabile derivante alla parte odierna appellante dal seguito della procedura, e che le spese della fase cautelare possono essere compensate in ragione della parziale novità della questione.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), Accoglie l'appello (Ricorso numero: 7885/2019) e, per l'effetto, in riforma dell'ordinanza impugnata, respinge l'istanza cautelare proposta in primo grado.

Ordina che a cura della segreteria la presente ordinanza sia trasmessa al Tar per la già fissata udienza di merito, ai sensi dell'art. 55, comma 10, cod. proc. amm.

Spese compensate.

La presente ordinanza sarà eseguita dall'Amministrazione ed è depositata presso la segreteria della Sezione che provvederà a darne comunicazione alle parti.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 17 ottobre 2019 con l'intervento dei magistrati:

Marco Lipari, Presidente

Massimiliano Nocelli, Consigliere

Giovanni Pescatore, Consigliere

Solveig Cogliani, Consigliere

Giovanni Tulumello, Consigliere, Estensore

**L'ESTENSORE**  
**Giovanni Tulumello**

**IL PRESIDENTE**  
**Marco Lipari**

IL SEGRETARIO