

Massima: *La stazione appaltante si è semplicemente avvalsa della facoltà (potere) di ridurre i termini per motivi di urgenza. Si tratta di un potere previsto dall'art. 8 comma 1 lett. c) del d.l. 76/2020, convertito in L. 120/2020 che così recita: "c) in relazione alle procedure ordinarie, si applicano le riduzioni dei termini procedurali per ragioni di urgenza di cui agli articoli 60, comma 3, 61, comma 6, 62 comma 5, 74, commi 2 e 3, del decreto legislativo n. 50 del 2016. Nella motivazione del provvedimento che dispone la riduzione dei termini non è necessario dar conto delle ragioni di urgenza, che si considerano comunque sussistenti;(...)"*

Consiglio di Stato n. 392 del 11/01/2023



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 92 del 2022, proposto da E+S Air S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Alessandro Pellegrino, Antonio Passaro, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Azienda Calabria Verde, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Vincenzo Neri, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;
Regione Calabria, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Giuseppe Naimo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;
S.U.A. Regione Calabria, non costituita in giudizio;

nei confronti

Eliosola S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Piero Fattori, Antonio Lirosi, Carmine Pepe, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria (Sezione Prima) n. 2034/2021.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

visti gli atti di costituzione in giudizio di Azienda Calabria Verde, della Regione Calabria e di Eliossola S.r.l.;

visti tutti gli atti della causa;

relatore nell'udienza pubblica del giorno 7 luglio 2022 il Cons. Gianluca Rovelli e udito l'avv. Panetta, su delega dell'avv. Neri, preso atto della segnalazione, come da verbale d'udienza, che l'Azienda non ha potuto trasmettere richiesta di passaggio in decisione, senza discussione, per problemi tecnici e preso atto della richiesta di passaggio in decisione, senza discussione degli avvocati Pellegrino, Passaro, Naimo, Fattori, Lirosi e Pepe;

ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con deliberazione del Commissario Straordinario n. 232 dell'8 aprile 2021, pubblicata all'Albo Pretorio, Calabria Verde approvava il Progetto per "*Servizio Aereo Regionale mediante impiego di elicotteri per le attività di prevenzione ed estinzione di incendi boschivi e ricognizione aree boscate da eseguirsi nel territorio regionale*" (...). Il Capitolato prevedeva il criterio di aggiudicazione dell'OEPV.
2. Con Deliberazione n. 397 del 13 maggio 2021, il Commissario Straordinario, investiva la SUA del potere di indire la gara in qualità di "*Centrale di acquisto ai sensi dell'articolo 1, commi 455 e 456 della legge 27 dicembre 2006, n. 296*", ai sensi dell'art. 2, comma 4 della legge regionale n. 26/2007.
3. Con Decreto n. 5769 del 4 giugno 2021, la SUA indiceva la procedura aperta e approvava gli atti di gara per l'affidamento del "*Servizio aereo regionale mediante l'impiego di elicotteri per le attività di prevenzione, estinzione incendi boschivi e ricognizione aree boscate da eseguirsi nel territorio regionale*". Il bando veniva pubblicato in G.U. 5^a serie Speciale – Contratti Pubblici n. 65 con CIG 876768173E - in data 9 giugno 2021. Il termine per la ricezione delle offerte veniva fissato al 21 giugno 2021.
4. Il 21 giugno 2021, la E+S Air, depositava atto di significazione in sede di gara, segnalando alla SUA e a Calabria Verde talune, a suo dire, gravi criticità che impedivano la presentazione dell'offerta e chiedeva l'annullamento del bando in autotutela.
5. Con ricorso notificato in data 9 luglio 2021 e depositato in data 20 luglio 2021 la E+S Air S.r.l. chiedeva l'annullamento, previa sospensione, di una serie di atti della procedura di gara, tra cui l'aggiudicazione definitiva disposta in favore di Eliossola s.r.l.
6. Con ricorso per motivi aggiunti, depositato in data 30 agosto 2021, la E+S Air S.r.l. impugnava per le medesime motivazioni di cui al ricorso introduttivo, gli ulteriori atti e provvedimenti amministrativi depositati dalle parti in costanza di giudizio e, in particolare:

a) deliberazione del Commissario Straordinario n. 591 del 28.06.2021;

b) nota RUP n. 8115 del 23.6.2021;

c) nota RUP n. 8604 del 1.7.2021, con cui si intimava e sollecitava alla Eliossola lo schieramento degli elicotteri e l'allestimento delle basi;

d) nota RUP n. 10124 del 21.7.2021.

7. Con sentenza n. 2034/2021, il Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria, Sezione Prima, dichiarava il ricorso e i motivi aggiunti in parte infondati e in parte inammissibili.

8. Di tale sentenza, asseritamente ingiusta e illegittima, E+S Air S.r.l. ha chiesto la riforma con rituale e tempestivo atto di appello alla stregua dei seguenti motivi così rubricati: *“1. Omessa ed errata valutazione dei fatti di causa. Erroneità dei presupposti sui quali si fonda la decisione. Errata interpretazione del motivo n. 2 del ricorso in primo grado. Eccesso di potere. 2. Omessa ed errata valutazione dei fatti di causa. Erroneità dei presupposti sui quali si fonda la decisione. Errata interpretazione delle clausole di cui all’art. 7 e 8 del CSA. Carattere escludente. 3. Illegittimità delle clausole escludenti e interesse della E+S Air a far valere i vizi dell’aggiudicazione”*.

9. Si sono costituiti in giudizio la Regione Calabria, che ha proposto anche appello incidentale, Azienda Calabria Verde, Eliossola S.r.l. chiedendo il rigetto dell'appello.

10. Alla udienza pubblica del 7 luglio 2022 la causa è stata trattenuta per la decisione.

DIRITTO

11. Le argomentazioni dell'appellante necessitano di una sintesi al fine di inquadrare con ordine le questioni sottoposte al Collegio e le critiche mosse alla sentenza impugnata.

12. Con il primo motivo l'appellante contesta la sentenza del TAR laddove essa statuisce che *“Non può, anzitutto, darsi seguito alla lamentata illegittimità dello stabilito termine di presentazione delle offerte. La riduzione dei termini per la presentazione dell’offerta non risulta, infatti, inferiore a quello di 15 giorni previsto dagli artt. 60 co. 3 c.c.p. e dall’art. 8 d.l. n. 76/20, atteso che tale norma fa riferimento quale termine a quo all’invio del bando in Gazzetta avvenuta nella specie il 4 giugno 2021 ed essendo il termine ad quem per la presentazione delle offerte stato fissato al 21 giugno, quindi a distanza di 17 giorni (v. punto VI.5 del bando sulla spedizione dell’avviso). Giova, ancora, sottolineare che il decreto semplificazioni sino al 30 giugno 2023 prevede “de plano” in relazione alle procedure ordinarie, le riduzioni dei termini procedurali di cui agli articoli 60 comma 3, dispensando la stazione appaltante della motivazione delle ragioni di urgenza, che si considerano, comunque, sussistenti”*.

12.1. La decisione sarebbe il risultato di un'errata lettura ed interpretazione dello stesso motivo di impugnazione. Con il motivo n. 2 del ricorso di primo grado, l'appellante sostiene di avere inteso sollevare una censura specifica basata sull'eccesso di potere, l'abnormità ed irragionevolezza, nonché il difetto di motivazione e contraddittorietà della scelta compiuta dalla stazione appaltante di accedere alla riduzione dei termini procedurali di cui al d.l. n. 76/2020.

12.2. Il giudice di primo grado, si sarebbe limitato a rigettare la censura sulla base del mero richiamo alla disciplina di cui all'art. 8, comma 1, lett. c) del d.l. n. 76/2020. E+S non afferma di

avere inteso censurare l'operato della stazione appaltante sotto il profilo della violazione di legge in relazione ai termini minimi che vanno rispettati, quanto piuttosto contestare la manifesta abnormità della scelta posta in essere dalla SUA, ovvero, il cattivo esercizio del potere da parte della medesima, laddove avrebbe irragionevolmente optato per la riduzione dei termini, rendendo in concreto impossibile la predisposizione dell'offerta e determinando, come conseguenza, il risultato di impedire la partecipazione alla gara degli operatori del settore elicotteristico.

12.3. Tale riduzione dei termini avrebbe limitato la partecipazione alla gara ad un solo offerente il quale si sarebbe anche dimostrato inadeguato, non riuscendo a reperire i requisiti richiesti.

12.4. La pronuncia impugnata sarebbe anche erronea per non aver considerato che la scelta della SUA è stata autonomamente contestata anche per manifesta contraddittorietà. Infatti, in data 15 giugno 2021, il Commissario Straordinario di Calabria Verde, ha deliberato la proroga tecnica del servizio di cui al contratto Rep. 25/19 stipulato con E+S (operatore uscente), in caso di differimento dell'aggiudicazione. Con comunicazione a mezzo PEC del 23 giugno 2021, la E+S confermava la propria disponibilità a proseguire l'attività per ulteriori mesi 6.

12.5. Emergerebbe l'illegittimità per contraddittorietà della scelta di abbreviare i termini e la sua assoluta irragionevolezza, laddove la proroga tecnica avrebbe invece consentito, per un verso di assegnare ai concorrenti un termine congruo per potersi "procurare" i requisiti richiesti dal bando (in particolare le basi certificate), e per altro, la piena continuità del servizio.

13. Con il secondo motivo l'appellante argomenta come segue.

13.1. In relazione al requisito di cui all'art. 7 del capitolato speciale d'appalto il TAR Calabria ha così statuito: *"non escludenti devono dirsi le clausole con cui il bando ha imposto i requisiti tecnici in ordine a piloti. Deve in proposito rammentarsi che all'Amministrazione è garantita un'ampia discrezionalità nell'individuazione dei requisiti tecnici, ancorché più severi rispetto a quelli normativamente stabiliti, purché la loro previsione sia correlata a circostanze giustificate e risulti funzionale rispetto all'interesse pubblico perseguito. In ragione di ciò, il sindacato del giudice amministrativo deve limitarsi alla verifica del rispetto dei principi di proporzionalità, ragionevolezza e non estraneità rispetto all'oggetto di gara (ex plurimis: Cons. Stato, sez. III, 07/07/2017, n. 3352; Cons. Stato, V, 26 luglio 2017, n. 3105; Cons. Stato, Sez. V, 4 gennaio 2017, n. 9; Cons. Stato, V, 8 settembre 2008, n. 3083; VI, 23 luglio 2008, n. 3655). Ciò chiarito, l'assunto di indimostrabilità del requisito di cui all'art. 7 del capitolato speciale della esperienza dei piloti in quanto non contenuti in documenti ufficiali ("piloti in numero non inferiore a 8 (otto)" con "esperienza minima di volo complessiva di almeno 1500 ore quale pilota responsabile (Pilota al Comando, in sigla PIC) su elicottero di cui 1.000 ore di volo in ambiente montano") è sconfessato dall'essere tale clausola simile a quella contenute in capitolati di gare simili e dall'essere la ricorrente, addirittura, incontestatamente aggiudicataria di gara indetta dalla Regione Sardegna ove era richiesto requisito analogo (v. doc. n. 11 fasc. controinteressata ove si legge al punto 5.4 "un'esperienza minima di volo, in qualità di pilota di elicotteri non inferiore a 1000 (mille) ore di cui almeno 500 (cinquecento) per attività A.I.B o in operazioni di carico esterno imbragato dell'elicottero (HESLO). e un'esperienza minima di volo in qualità di pilota del mezzo (bimotore turbina) non inferiore a 300 (trecento) ore" e v. capitolato gara Regione Sicilia in doc. 12 fasc. controinteressata ove l'ente ha richiesto "esperienza di volo sugli elicotteri non inferiore a 1000 ore delle quali almeno 300 svolte in attività Antincendio")".*

13.2. La motivazione sarebbe errata.

13.2.1. L'art. 7 del capitolato speciale d'appalto, rubricato "*Requisiti del personale*", impone all'appaltatore di comunicare "*all'Azienda Calabria Verde, prima dell'aggiudicazione definitiva ed entro un tempo massimo di 10 giorni dalla specifica richiesta, un elenco con i nominativi dei piloti e tecnici/meccanici di linea per l'esecuzione del servizio*". Alla lettera d) prevede, inoltre, che "*i piloti, in numero non inferiore a 8 (otto), dovranno rispondere ai seguenti requisiti: (...) esperienza minima di volo complessiva di almeno 1.500 ore quale pilota responsabile (Pilota al Comando, in sigla PIC) su elicottero di cui 1.000 ore di volo in ambiente montano*". L'art. 9 del disciplinare, rubricato "*requisiti di partecipazione*" chiarisce: "*I concorrenti, a pena di esclusione, devono essere in possesso dei requisiti di seguito indicati. (...) 9.3 REQUISITI DI CAPACITÀ TECNICA E PROFESSIONALE (...) d) avere iscritti nel proprio organico, alla data di scadenza del bando di gara, i piloti ed i tecnici/meccanici di linea, in regola con le vigenti norme assicurative, assistenziali e previdenziali e con le abilitazioni in corso di validità ed i requisiti indicati dall'art. 7 del Capitolato Speciale d'Appalto*".

13.2.2. Secondo l'appellante, non sarebbe chiaro come il TAR Calabria possa aver giudicato tale requisito come non escludente. La *lex specialis* richiedeva difatti espressamente che i concorrenti dovessero, a pena di esclusione, essere in possesso dei piloti con le caratteristiche di cui all'art. 7, ovvero proprio una "*esperienza minima di volo complessiva di almeno 1.500 ore quale pilota responsabile (Pilota al Comando, in sigla PIC) su elicottero di cui 1.000 ore di volo in ambiente montano*".

13.2.3. Il TAR avrebbe confuso la tipologia di lavoro aereo, con l'ambiente (geografico) nel quale, invece, il volo è stato effettuato, che sarebbe irrilevante ai fini aeronautici e - soprattutto - ininfluenza quanto alla qualificazione professionale dei piloti.

13.2.4. L'ambiente montano si atteggia a requisito del tutto indimostrabile che avrebbe finito per rimettere la partecipazione alla gara al puro arbitrio del dichiarante e della stazione appaltante tenuta ad accertarlo.

13.3. In relazione al requisito di cui all'art. 8 del capitolato speciale d'appalto il TAR ha statuito: "*Richiedeva l'art. 8 del Capitolato Speciale d'Appalto, rubricato "Caratteristiche delle Basi Operative", la disponibilità di 4 basi aeree con un sistema di stoccaggio di carburante aeronautico con una capacità di almeno 10.000 litri e requisiti aggiuntivi erano richiesti per la base di Germaneto. Ebbene, la richiesta della disponibilità delle basi ad operatori del settore non risulta irragionevole né per l'operatore uscente del servizio è di impossibile dimostrabilità. Quanto allo stoccaggio ed ai requisiti aggiuntivi per la base di Germaneto esse non costituiscono requisiti di partecipazione bensì di esecuzione del contratto per come si evince dal tenore della clausola che differenzia il requisito di disponibilità da quello delle dotazioni minime precisando che "L'ottenimento, l'allestimento ed il mantenimento della disponibilità delle quattro basi operative rientra tra i compiti e gli oneri dell'Appaltatore"*.

13.3.1. Anche tale affermazione sarebbe sconfessata dalla lettera del bando di gara.

13.3.2. La richiesta di disponibilità delle basi per come risultante dalla lettura del bando - ossia comprensiva di documentazione specifica e dotazione di sistemi di stoccaggio carburante a pena di esclusione - presenta invece carattere escludente, anche in considerazione del termine di soli 11 giorni concesso all'operatore economico per il relativo approvvigionamento.

13.3.3. L'art. 8 del capitolato speciale d'appalto, rubricato "*Caratteristiche delle Basi Operative*" richiedeva la disponibilità di quattro basi operative:

- a) Base N. 1 “*Calabria Centro*” da allestire nel Comune di Catanzaro in località Germaneto;
- b) Base N. 2 “*Calabria Sud*” da allestire nel territorio della Città Metropolitana di Reggio Calabria, in posizione utile per salvaguardare prioritariamente il territorio all’interno del Parco Nazionale dell’Aspromonte;
- c) Base N. 3 “*Calabria Nord Orientale*” da allestire nel territorio della Provincia di Cosenza, in posizione utile per salvaguardare la parte alta orientale della provincia di Cosenza;
- d) Base N. 4 “*Calabria Nord Centro e Occidentale*” da allestire nella provincia di Cosenza, in posizione utile per salvaguardare il territorio all’interno del Parco Nazionale della Sila.

La *lex specialis* richiedeva ai concorrenti in sede di offerta di “*presentare documentazione specifica (contratti preliminari, titoli di proprietà...) comprovante la disponibilità delle basi*”. Disponeva inoltre che le basi dovessero: “*essere conformi a quanto previsto per le elisuperfici dalla vigente normativa (DM 1 febbraio 2006 e s.m.i.) e (...) avere le seguenti caratteristiche minime: (...) essere dotate di un sistema di stoccaggio di carburante aeronautico con una capacità di almeno 10.000 litri e di disporre di almeno 2 automezzi per il trasporto di carburante aeronautico della capacità minima di litri 900, da impiegarsi per l’appoggio logistico nelle operazioni di antincendio boschivo. I sistemi di stoccaggio e gli automezzi dovranno essere in regola con le norme di sicurezza e prevenzione incendi, nonché regolarmente autorizzati al trasporto di carburante*”. Anche tale requisito era previsto ai fini della partecipazione alla gara.

13.3.4. L’art. 9 del disciplinare, rubricato “*requisiti di partecipazione*”: “*I concorrenti, a pena di esclusione, devono essere in possesso dei requisiti di seguito indicati. (...) 9.3 REQUISITI DI CAPACITÀ TECNICA E PROFESSIONALE (...) e) disporre delle tre Basi Operative richieste per l’appalto aventi i requisiti indicati dall’art. 8 del Capitolato Speciale d’Appalto. Al fine di evitare, successivamente all’aggiudicazione, ritardi e/o problemi legati al reperimento delle aree da destinare a basi e/o a basi stesse l’Appaltatore in sede di offerta dovrà presentare documentazione specifica (contratti preliminari, titoli di proprietà, ...) comprovante la disponibilità delle basi (...)*”.

13.3.5. Premessa la fisiologica impossibilità di dotarsi, nel brevissimo termine concesso, dei titoli attestanti la disponibilità delle basi, circostanza resa ancor più evidente dal fatto che quanto richiesto non fosse neppure nella disponibilità dello stesso ricorrente (operatore uscente), lo stoccaggio del carburante per 10.000 lt richiede una cisterna interrata con il conseguente rilascio del Certificato Prevenzione Incendi. Nello strettissimo termine concesso risultava impossibile, secondo l’appellante, procurarsi anche tale requisito di partecipazione.

13.6. Secondo l’appellante sarebbe irragionevole quanto affermato in relazione alla base di Germaneto, le cui caratteristiche sono richieste dal bando di gara a pena di esclusione e sarebbero di impossibile realizzazione in considerazione del ridotto termine concesso. L’art. 8 del capitolato speciale d’appalto per la base di Germaneto, richiede: “*in aggiunta alle caratteristiche minime suddette per quanto riguarda la base Calabria Centro da allestire nel Comune di Catanzaro in località Germaneto, presso la sede della protezione civile regionale dovrà avere le seguenti caratteristiche aggiuntive:*

- *conforme ad “elisuperficie” gestita ed autorizzata secondo quanto previsto dal Decreto Infrastrutture e Trasporti 1 febbraio 2006 “Norme di attuazione della Legge 2 aprile 1968, n. 518, concernente la liberalizzazione dell’uso delle aree di atterraggio” nonché della Circolare ENAC-APT-36 del 30 ottobre 2013 “Avio-idro-superfici: gestione e autorizzazione”;*

- dotata di un idoneo ricovero per il rimessaggio al coperto degli elicotteri e per la manutenzione di linea degli elicotteri”.

13.6.1. Il TAR Calabria avrebbe errato nel ritenere tale clausola un requisito attinente alla sola fase esecutiva del contratto.

14. Con il terzo motivo l'appellante argomenta come segue.

14.1. Il dedotto carattere escludente delle clausole del bando di gara legittima la ricorrente a far valere le illegittimità dell'aggiudicazione – dedotte in primo grado e qui richiamate - per:

a) carenza da parte dell'aggiudicatario dei requisiti di partecipazione;

b) mancata esclusione dell'aggiudicatario per aver reso dichiarazioni false e/ fuorvianti, idonee ad influenzare il processo decisionale della SUA, ovvero non veritiere;

c) mancato possesso dei requisiti da parte di Eliossola anche in fase esecutiva;

d) mancata valutazione dei costi della manodopera prima di procedere all'aggiudicazione, ai sensi dell'art. 95, comma 10 del d.lgs. n. 50/2016.

15. Le censure così sintetizzate, e sostanzialmente ripetute con argomentazioni non meno ponderose di quelle contenute nell'atto di appello, nelle memorie depositate il 21 giugno 2022 e il 24 giugno 2022, possono a questo punto essere esaminate. Esse sono infondate.

16. Quanto al primo motivo è agevole rilevarne l'infondatezza manifesta. La stazione appaltante si è semplicemente avvalsa della facoltà (potere) di ridurre i termini per motivi di urgenza. Si tratta di un potere previsto dall'art. 8 comma 1 lett. c) del d.l. 76/2020, convertito in L. 120/2020 che così recita: “c) in relazione alle procedure ordinarie, si applicano le riduzioni dei termini procedurali per ragioni di urgenza di cui agli articoli 60, comma 3, 61, comma 6, 62 comma 5, 74, commi 2 e 3, del decreto legislativo n. 50 del 2016. Nella motivazione del provvedimento che dispone la riduzione dei termini non è necessario dar conto delle ragioni di urgenza, che si considerano comunque sussistenti;(...)”.

16.1. Si tratta di una delle disposizioni acceleratorie delle procedure previste dal c.d. “d.l. semplificazioni” contenuta nell'art. 8 rubricato, appunto, “Altre disposizioni urgenti in materia di contratti pubblici” in vigore dal 1 giugno 2021.

16.2. E' una norma attributiva di potere che lascia alle stazioni appaltanti la più ampia discrezionalità circa il suo utilizzo e che in questo caso non sconta alcuna delle criticità che sono state evidenziate dall'appellante. Non è superfluo osservare che:

a) il bando di gara è stato pubblicato il 9 giugno 2021, vale a dire a ridosso della stagione estiva;

b) che sia urgente aggiudicare un servizio di prevenzione ed estinzione d'incendi boschivi prima che trascorra la stagione estiva è valutazione di comune buon senso;

c) altrettanto di comune buon senso è ritenere che il gestore uscente fosse semmai facilitato a presentare un'offerta che, come si vedrà nel prosieguo, non presentava alcuna significativa difficoltà, al contrario di quello che è stato rappresentato, peraltro in modo del tutto generico.

16.3. La manifesta infondatezza del motivo consente di non indugiare oltre sul punto, tenuto conto che la sentenza è motivata in modo più che convincente e non merita le critiche che le sono state rivolte.

17. Ugualmente infondato è il secondo motivo di appello.

17.1. E anche su questo punto la motivazione della sentenza del primo Giudice è del tutto condivisibile.

17.2. E' noto che le clausole di un bando di gara concernenti i requisiti di capacità tecnica e dei requisiti soggettivi dei concorrenti devono essere congrue e adeguate rispetto alla tipologia e all'oggetto dello specifico appalto, in modo che la *lex specialis* possa consentire la selezione dell'operatore economico più idoneo, anche in ragione della pregressa esperienza acquisita e delle competenze tecniche e gestionali maturate, allo svolgimento delle prestazioni da affidarsi. E' altrettanto noto che l'amministrazione gode di ampia discrezionalità nell'individuare i requisiti tecnici e professionali se, come in questo caso, perfettamente coerenti con l'oggetto della gara e non irragionevoli.

17.3. Come, poi, possano essere considerate escludenti le clausole della *lex specialis* contestate dall'appellante, non è dato comprendere. Va peraltro considerato che questa Sezione ha avuto modo di circoscrivere con dettaglio il concetto di clausola escludente affermando che vanno considerate "clausole immediatamente escludenti" del bando, comportanti l'onere della immediata impugnazione di questo, solo quelle che con assoluta e oggettiva certezza incidono direttamente sull'interesse delle imprese in quanto precludono, per ragioni oggettive e non di normale alea contrattuale, un'utile partecipazione alla gara a un operatore economico (in termini, Cons. Stato, Ad. plen., 26 aprile 2018, n. 4), A tal fine è l'operatore economico stesso che è tenuto a dimostrare, in via pregiudiziale, il suo interesse ad agire, quando prova di non aver potuto formulare, anche in ragione della propria organizzazione aziendale, un'offerta oggettivamente competitiva, e dimostra, nel merito, l'illegittimità della legge di gara quando prova che tale impossibilità è comune alla maggioranza delle imprese operanti nel settore (Consiglio di Stato sez. V, 8 gennaio 2021, n. 284).

Nessuna prova qui è stata data se non generiche e infondate doglianze sul volo in ambiente montano come requisito dei piloti, e sulla disponibilità delle basi.

17.4. La tesi dell'appellante sconta un paradosso logico. Se fosse indimostrabile il volo in ambiente montano, si dovrebbe allora dare per scontato che i voli sono del tutto incontrollabili e incontrollati. In altre parole, per ogni volo, non si potrebbe conoscere la rotta e chi ha condotto l'apparecchio. E' evidente che non è così e non servono particolari cognizioni tecniche per comprenderlo. Per esempio, il registro con indicazione delle ore di volo e del pilota è già un documento che comprova agevolmente il requisito richiesto dalla stazione appaltante. Trattandosi poi della Regione Calabria ed essendo fatto notorio che si tratti di una Regione con ampia superficie montuosa è agevole concludere che il requisito, oltre ad essere perfettamente dimostrabile, è anche del tutto ragionevole. Non è superfluo precisare che il fatto notorio (l'ampia superficie montuosa della Regione Calabria) va inteso come fatto acquisito alle conoscenze della collettività, con tale grado di certezza da apparire indubitabile ed incontestabile (Cassazione civile, Sez. I, 16 marzo 2022, n. 8580).

17.5. La disponibilità delle basi, evidentemente, era un requisito di esecuzione e Eliossola ha prodotto gli accordi intercorsi con ciascuno dei titolari delle relative sedi. Che poi una base potesse essere interessata, al momento dell'avvio della fase esecutiva, da interventi di adeguamento e allestimento è anch'esso fatto del tutto fisiologico.

17.5.1. Del tutto corretta è la statuizione del primo Giudice laddove si legge: “*Quanto allo stoccaggio ed ai requisiti aggiuntivi per la base di Germaneto esse non costituiscono requisiti di partecipazione bensì di esecuzione del contratto per come si evince dal tenore della clausola che differenzia il requisito di disponibilità da quello delle dotazioni minime precisando che “L’ottenimento, l’allestimento ed il mantenimento della disponibilità delle quattro basi operative rientra tra i compiti e gli oneri dell’Appaltatore”* (punto 4.3. pagina 10 della sentenza impugnata).

18. Anche il terzo motivo è infondato.

18.1. L’appellante non ha partecipato alla gara per sua autonoma scelta. La *lex specialis* non conteneva alcuna clausola escludente e E+S Air ha inoltrato una mera diffida ad annullare la gara in luogo di una domanda di partecipazione.

18.2. E’ peraltro da condividere quanto affermato dalla difesa di Eliossola al punto 64 della memoria depositata il 15 febbraio 2022, laddove si afferma che “*nel ricorso motivo 4 dapprima al punto 3.1. E+S Air deduce “Obbligo di esclusione dell’aggiudicataria per carenza dei requisiti di partecipazione” salvo, dopo alcune pagine, dedurre come le medesime carenze integrerebbero un “3.3. Mancato possesso dei requisiti da parte di Eliossola in fase esecutiva”.*

18.3. Che si sia creata, da parte dell’appellante, una certa confusione tra requisiti di partecipazione e requisiti di esecuzione è evidente, come è altrettanto evidente che E+S Air vanta un interesse di mero fatto, non diverso da quello di qualsiasi operatore del settore che, non avendo partecipato alla gara, non ha titolo a impugnare gli atti della stessa.

18.4. Anche su questo punto, quindi, non ha errato il giudice di prime cure nel ritenere che, una volta affermata la legittimità delle clausole della *lex specialis* impuginate dall’operatore non partecipante è da escludere la legittimazione e l’interesse a far valere i vizi dell’intervenuta aggiudicazione. L’onere di immediata impugnazione del bando è circoscritto al caso di contestazione di clausole escludenti, cioè di clausole riguardanti requisiti di partecipazione, le quali siano *ex se* ostative alla partecipazione dell’interessato, mentre le clausole che non rivestono portata escludente (quali sono, pacificamente, quelle della procedura qui esaminata) devono essere impuginate unitamente al provvedimento lesivo e possono essere impuginate unicamente dall’operatore economico che abbia partecipato alla gara o comunque manifestato formalmente il proprio interesse alla procedura.

18.5. Per completezza è in ogni caso agevole osservare, nel merito, che:

a) Eliossola ha comprovato i requisiti dichiarati in fase di gara, la verifica ha dato buon esito, il contratto è stato stipulato, e l’esecuzione è regolarmente in corso;

b) non sussiste, pacificamente, alcuna dichiarazione non veritiera *ex art. 80, c. 5, lett. c) e c bis*);

c) Eliossola ha regolarmente indicato il costo della manodopera e l’offerta non era sospetta di anomalia.

19. L’infondatezza alla stregua delle osservazioni svolte, cui consegue la conferma della sentenza impugnata e la legittimità degli atti impugnati esclude la stessa ammissibilità delle domande risarcitorie proposte in prime cure e riproposte in sede di appello.

20. In conclusione l’appello va respinto.

21. Il rigetto dell'appello principale rende improcedibile l'appello incidentale.

22. Le spese seguono la soccombenza e vengono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

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

- a) rigetta l'appello principale;
- b) dichiara improcedibile l'appello incidentale;
- c) per l'effetto, conferma la sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria (Sezione Prima) n. 2034/2021.

Condanna l'appellante al pagamento delle spese del presente grado del giudizio, che liquida come di seguito:

- a) € 3.000/00 (tremila) oltre accessori e spese di legge in favore della Regione Calabria;
- b) € 3.000/00 (tremila) oltre accessori e spese di legge in favore di Azienda Calabria Verde;
- b) € 3.000/00 (tremila) oltre accessori e spese di legge in favore di Eliossola S.r.l.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 7 luglio 2022 con l'intervento dei magistrati:

Paolo Giovanni Nicolò Lotti, Presidente FF

Federico Di Matteo, Consigliere

Alberto Urso, Consigliere

Anna Bottiglieri, Consigliere

Gianluca Rovelli, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Gianluca Rovelli

IL PRESIDENTE
Paolo Giovanni Nicolò Lotti