

Pubblicato il 12/02/2020

**N. 01076/2020REG.PROV.COLL.**

**N. 08172/2019 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 8172 del 2019, proposto da Elilombarda S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Carmelo Mendolia e Luciano Vasques, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

***contro***

Regione Marche, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Paolo Costanzi e Laura Simoncini, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Andrea Del Vecchio in Roma, viale Giulio Cesare n. 71;  
Suam - Stazione Unica Appaltante Marche - Regione Marche, A.O.U. "Ospedali Riuniti di Ancona" non costituiti in giudizio;

***per la riforma***

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per le Marche (Sezione Prima) n. 00542/2019, resa tra le parti, concernente il bando e gli atti della gara avente ad oggetto l'affidamento del servizio di elisoccorso regionale

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Regione Marche;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 19 dicembre 2019 il Cons. Giovanni Tulumello e uditi per le parti gli avvocati Carmelo Mendolia e Laura Simoncini;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO e DIRITTO

1. Elilombarda S.r.l. ha impugnato davanti al T.A.R. Marche il bando – predisposto dalla Stazione Unica Appaltante Regione Marche (S.U.A.M.) - relativo all'affidamento del servizio di elisoccorso regionale; del disciplinare della procedura e, segnatamente, del punto 7.1, n. 2, lett. c), che richiedeva quale requisito di partecipazione di capacità tecnico professionale, a pena di esclusione, il Certificato di Operatore Aereo (COA) con l'approvazione per "operazioni NVIS (Night Vision Imaging System) per il volo con visori notturni; il punto 7.1, cpv. 2, ove veniva stabilito che "i requisiti n. 1, 2, e 3 nell'ipotesi di soggetti plurimi costituiti o costituendi di tipo orizzontale nella prestazione principale devono essere posseduti da ciascuna delle imprese raggruppate o raggruppande che eseguono il servizio di elisoccorso"; il punto 7.1, cpv. 3, laddove vietava il ricorso all'istituto dell'avvalimento per i predetti requisiti, nonché il punto 3.2, ove i richiamati atti stabiliscono di procedere all'affidamento del servizio da espletare nelle distinte sedi di Ancona e Fabriano, per lotto intero e non divisibile; del relativo capitolato tecnico; della Relazione Tecnica Illustrativa.

A tal proposito, la ricorrente ha dedotto l'illegittimità della disciplina di gara, contestando:

1. L'inserimento dell'abilitazione NVIS tra i requisiti di partecipazione,
2. La mancata previsione della possibilità di ottenere tali abilitazione successivamente all'aggiudicazione
3. L'impossibilità di partecipare in ATI unitamente ad un'impresa in possesso di detto requisito,
4. Il divieto di avvalimento rispetto al requisito dell'abilitazione NVIS
5. La mancata previsione della suddivisione in lotti della gara.

Elilombarda ha altresì lamentato che l'amministrazione, nella predisposizione della *lex specialis*, non abbia tenuto in considerazione l'indagine dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato sul *deficit* di concorrenza nel settore.

A seguito della proposizione del ricorso, sulla scorta delle indicazioni contenute nella relazione tecnica integrativa di cui alla determina del Direttore Generale dell'Ente Committente-Azienda Ospedaliera Universitaria Ospedali Riuniti di Ancona n. 901/DG del 15 novembre 2018, la Regione Marche, con decreto n. 74 del 30 novembre 2018 del Dirigente SUAM, ha parzialmente modificato il bando, il capitolato tecnico e la relazione tecnica integrativa, fissando, altresì, i nuovi termini di presentazione delle offerte.

Nonostante la predetta modifica, la ricorrente ha depositato motivi aggiunti al fine di impugnare gli atti di modifica della legge di gara, deducendo:

a) la violazione degli artt. 30, 66 e 83 del d.lgs. n. 50 del 2016, violazione dell'art. 101 e 102 TFUE, violazione dei principi di massima partecipazione alle gare pubbliche, violazione degli artt. 1 e 3 della legge n. 241 del 1990. Eccesso di potere sotto il profilo della contraddittorietà e dello sviamento in relazione al decreto del dirigente del servizio SUAM n. 64 del 26 ottobre 2018, difetto di istruttoria (sul punto, la ricorrente ha osservato come il requisito dell'abilitazione NVIS rimanga potenzialmente escludente, in quanto, nonostante le modifiche intervenute, il particolare e ristretto mercato nel settore dell'elisoccorso impedisce di fatto, ai concorrenti privi di tale requisito al momento della presentazione dell'offerta, di prendere parte alla competizione;

b) la violazione del Regolamento UE n. 965 del 2012, violazione dell'allegato V [PARTE- SPA] CAPO J del Regolamento UE n. 965 del 2012, violazione degli artt. 2, 30, 59, 68, 83 e 89 del d.lgs. 50 del 2016, violazione dei principi di libera concorrenza e di par condicio, violazione degli artt. 1, 3 e 6 della legge n. 241 del 1990, violazione dei principi di tassatività delle clausole immediatamente escludenti, di non discriminazione e di massima partecipazione alle gare pubbliche. Eccesso di potere sotto il profilo dello sviamento, della proporzionalità, della ragionevolezza e del difetto di istruttoria (la ricorrente assume che

alla stregua della normativa di riferimento, la speciale approvazione NVIS non costituisce abilitazione o requisito minimo per l'espletamento del servizio di elisoccorso (HEMS), nemmeno in orario notturno, posto che sarebbe sufficiente il requisito di idoneità professionale per lo svolgimento del servizio, attestato dal COA);

c) la violazione degli artt. 30, 51 e 66 del d.lgs. n. 50 del 2016, degli artt. 101 e 102 TFUE, degli artt. 1, 3 e 6 della legge n. 241 del 1990; Violazione dei principi di libera concorrenza e di par condicio; Violazione dei principi di massima partecipazione alle gare pubbliche, di proporzionalità e di ragionevolezza, eccesso di potere sotto il profilo dello sviamento, dell'illogicità e dell'arbitrarietà [con questo motivo la ricorrente contesta la previsione di un unico lotto d'appalto, lamentando che attraverso la suddivisione in più lotti del servizio (uno per la base di Ancora e uno per la base di Fabriano) la Stazione Appaltante avrebbe potuto garantire una maggiore partecipazione degli operatori economici del settore, scindendo le prestazioni (voli notturni e voli diurni)].

2. La sentenza appellata (542/2019) ha respinto in parte, e in parte dichiarato improcedibile, il ricorso introduttivo; ed ha respinto il ricorso per motivi aggiunti.

Il TAR ha anzitutto ritenuto che le modifiche alla legge di gara intervenute nelle more del giudizio avessero fatto venir meno l'interesse del ricorrente rispetto all'impugnazione del disciplinare di gara nei punti 7.1, n. 2, lett. c; 7.1, cpv 2 e 7.1, cpv 3), in quanto hanno introdotto la possibilità di partecipare alla gara in RTI con altre imprese che fossero provviste dell'abilitazione NVIS.

Di qui la statuizione di improcedibilità.

Nel merito, la sentenza impugnata ha anzitutto affermato che l'Amministrazione aggiudicatrice gode di un'ampia discrezionalità nell'individuare i requisiti di capacità tecnica ed organizzativa richiesti ai fini della partecipazione alla gara, ancorché più severi rispetto a quelli normativamente previsti.

In tal senso, pertanto, la valutazione della legittimità delle previsioni di gara riservata al giudice può riguardare esclusivamente la manifesta irragionevolezza dei requisiti richiesti nonché l'attinenza e la proporzionalità di questi ultimi rispetto all'oggetto dell'appalto (*ex multis*, Cons. Stato, V, 26 luglio 2017, n. 3105).

In questo caso non è stato ritenuto illegittimo l'aver richiesto, quale requisito di qualificazione, il possesso di COA con approvazione NVIS, in quanto quest'ultima è riconosciuta internazionalmente ed estensivamente utilizzata per il servizio di elisoccorso notturno.

Il T.A.R., peraltro, ha aggiunto che, sebbene sia indubbiamente raccomandabile l'attenzione della Stazione appaltante per la più ampia partecipazione nella gara in oggetto, tale interesse non può arrivare sino al punto di dover prevedere che i requisiti di partecipazione si adeguino alle libere scelte imprenditoriali di una partecipante, quale è quella di dotarsi o meno dell'abilitazione NVIS.

Rispetto alla quale la sentenza impugnata si spinge a ritenere che *"le difese di parte ricorrente, pur estremamente argomentate, non superino una contraddizione fondamentale. Il requisito NVIS viene da un lato descritto come un'abilitazione non indispensabile e tale da distorcere la concorrenza impedendo una più ampia partecipazione e, dall'altra, viene descritto come facilmente ottenibile anche dopo l'aggiudicazione del contratto (la ricorrente documenta di avere fatto domanda per detta abilitazione il 10 febbraio 2019)"*.

Circa la mancata suddivisione in lotti dell'appalto, il T.A.R. ha osservato che la decisione di procedere con un lotto unico assunta dalla Stazione Appaltante non può definirsi illegittima, dal momento che viene pienamente giustificata e ampiamente motivata dall'esigenza di integrazione delle due basi – peraltro relativamente vicine tra di loro – invocando la necessità della presenza di un unico centro decisionale.

In merito alla pretesa inutilità del requisito inerente al volo con visori, dato che non sarebbero previsti tempi certi per l'avviamento dell'operatività notturna nelle basi, il primo giudice ha ritenuto che le censure mosse da parte ricorrente fossero da ritenersi prive di pregio dal momento che la documentazione di gara così come modificata detta tempi precisi per l'avviamento del servizio nella base di Fabriano.

Sulla illegittimità del divieto di avvalimento, il T.A.R. ha osservato che, indipendentemente dalla possibilità o meno di considerare l'abilitazione NVIS compresa nei requisiti soggettivi di carattere personale per i quali non è ammesso l'avvalimento, non può dirsi provato il carattere escludente di tale previsione nei confronti del ricorrente, in quanto quest'ultimo non ha in alcun modo manifestato o provato il suo interesse ad avvalersi della certificazione di altre imprese per la partecipazione.

Da ultimo, i primi giudici hanno ritenuto priva di rilevanza ai fini del p giudizio l'indagine svolta dall'AGCM sul mercato di riferimento, atteso che l'esistenza di tali accordi potrà avere rilevanza solo al termine dell'appalto, così come l'adozione di eventuali sanzioni.

Parimenti irrilevante, secondo i giudici di primo grado, sarebbe il provvedimento dell'11 dicembre 2018, adottato - ex art. 32, comma 8, del DL n. 90 del 2014 - dalla Prefettura di Catanzaro nei confronti di una delle ditte che avrebbero presentato domanda di partecipazione alla gara in oggetto così come non è rilevante la relativa indagine penale, le cui conseguenze dovranno essere valutate dalla stazione appaltante nel corso della nuova gara.

3. Con ricorso in appello notificato il 30 settembre 2019, e depositato il successivo 8 ottobre, Elilombarda ha chiesto la riforma della sentenza impugnata.

Osserva in premessa l'appellante che la questione sottoposta all'esame del giudice di primo grado non verteva sul confronto tra le due tecnologie complementari, bensì sulla congruità delle motivazioni addotte dalla Stazione Appaltante per giustificare il requisito in parola, sulla mancata comparazione tra l'esigenza di impiegare ex novo il sistema di volo NVIS per il servizio di elisoccorso e il corrispondente divieto di porre ostacoli non essenziali alla concorrenza, nonché sulla legittimità della decisione di non suddividere la gara in due lotti.

Sulla base di tale premessa la ricorrente ha dedotto sei motivi di ricorso.

Si è costituita in giudizio, per resistere al ricorso, la Regione Marche.

Il ricorso è stato trattenuto in decisione alla pubblica udienza del 19 dicembre 2019.

4. Osserva preliminarmente il Collegio che la società appellante non risulta avere partecipato alla gara, che nel frattempo risulta essere stata aggiudicata ad altro imprenditore, senza che tale provvedimento di aggiudicazione sia stato impugnato.

Sussistono pertanto seri dubbi in merito alla procedibilità del gravame, sia in relazione all'interesse a coltivare l'impugnazione (anche in considerazione del fatto che non è stata proposta, almeno in appello, domanda risarcitoria), sia in relazione all'integrità del contraddittorio (posto che - nella prospettiva di parte appellante - l'effetto caducante dell'eventuale accoglimento in appello della domanda di annullamento del bando travolgerebbe i successivi atti della serie procedimentale, inclusa l'aggiudicazione, senza però che l'aggiudicatario sia stato posto in condizione di difendere la legittimità di tale provvedimento).

Il dubbio inerente il possibile difetto d'interesse per mancata partecipazione alla gara è rafforzato dalla circostanza che dopo la modifica - con provvedimento del 30 novembre 2018 - del bando (nel senso che l'operatività NVIS costituisce un *requisito di esecuzione del contratto*, da garantire "*entro 90 (novanta) giorni dall'avvio dell'operatività notturna*"), e la riapertura dei termini di partecipazione, non sussistevano valide ragioni ostative alla partecipazione alla gara.

In questo senso la difesa regionale aveva proposto formale eccezione in primo grado nella memoria depositata il 18 marzo 2019 (*“il fatto che la partecipazione alla gara, successivamente alle modifiche operate, non fosse preclusa all’operatore economico non in possesso dell’approvazione NVIS, che in ogni caso avrebbe potuto già adoperarsi ai fini di acquisirla, rende carente di interesse la Elilombarda a eccepire la violazione delle norme in materia”*), non espressamente reiterata nel presente giudizio.

Si noti, peraltro, con specifico riferimento al primo motivo di appello, che la recente decisione della V Sezione di questo Consiglio di Stato, n. 7978/2019, ha affermato il difetto di legittimazione a far valere l’illegittimità della mancata suddivisione in lotti, nell’ipotesi in cui l’appellante non abbia preso parte alla gara oggetto di gravame, in quanto la previsione di un unico lotto di gara non può in ogni caso essere configurata alla stregua di una clausola escludente, immediatamente lesiva degli interessi degli operatori economici estromessi.

Nondimeno, l’infondatezza nel merito dell’appello rende superfluo l’approfondimento delle indicate questioni.

5. Sempre in via preliminare va osservato che a sostegno della propria tesi parte appellante richiama, altresì, l’ordinanza n. 7199/2019 del 23/10/2019 di questa Sezione, con la quale si è ritenuto necessario un approfondimento tecnico ai fini della decisione di merito su un ricorso avente ad oggetto l’affidamento del servizio di elisoccorso, in relazione ad una clausola escludente concernente il preventivo possesso della SPA-NVIS.

Tale verifica risulterebbe un chiaro indice della complessità della questione, da cui discenderebbe l’esigenza di un approfondimento istruttorio.

Osserva il Collegio che le fattispecie non appaiono sovrapponibili, e che nel presente giudizio l’attività istruttoria non appare necessaria.

La citata ordinanza n. 7199/2019 è relativa all’appello proposto contro la sentenza del T.A.R. Lombardia, Milano, n. 1018/2019, avente ad oggetto la clausola della *lex specialis* *“nella parte in cui fissa quale requisito di partecipazione di capacità tecnico-professionale il possesso della certificazione COA con l’approvazione speciale NVIS per il volo con visori”*.

Nel caso di specie, come si è precisato, a seguito della modifica operata dall’amministrazione non si controverte in merito ad un *requisito di partecipazione*, che condiziona la presentazione di un’offerta, ma di un *requisito di esecuzione del contratto*, da ottenere entro 90 (novanta) giorni dall’avvio dell’operatività notturna.

Anche per tale considerazione, oltre che per le altre peculiarità della vicenda processuale oggetto del presente giudizio che saranno analizzate in sede di esame dei motivi di gravame, non sussiste la necessità ai fini del decidere di un approfondimento istruttorio.

6.. Con il primo motivo l’appellante deduce violazione degli artt. 2, 30, 51 e 83 d.lgs. n. 50/2016. Violazione della direttiva 2014/24/UE. Violazione del principio di concorrenza. Eccesso di potere sotto il profilo della ragionevolezza e della proporzionalità – Sulla mancata suddivisione in lotti.

Con questa censura la Elilombarda lamenta che le censure relative all’esigenza di suddividere l’appalto in due lotti, mosse con il ricorso di primo grado, sono state del tutto ignorate dal TAR Marche, nonostante pacifica giurisprudenza avesse chiarito che il *“principio della suddivisione in lotti può essere derogato solo attraverso una motivazione appropriata e completa”* (cfr. TAR Veneto, Sez. II, 14 gennaio 2019, n. 36, Cons. St., Sez. V, 3 aprile 2018, n. 2044; Tar Sicilia, Palermo, Sez. I, 28 maggio 2018 n. 1202; Cons. St, Sez. VI, 12 settembre 2014, n. 4669).

A tal riguardo, nel richiamare la sentenza del TAR Lazio – Roma, Sez. III, 16 marzo 2018, n. 3002, l'appellante osserva che la scelta di affidare in unico lotto lo svolgimento di un servizio da svolgersi in diverse sedi sparse sul territorio nazionale non può essere giustificata sulla scorta di un generico riferimento alla natura dei beni sottoposti al servizio di vigilanza, alla loro ubicazione in siti operativi sensibili o al modello organizzativo unitario e centralizzato di gestione integrata della sicurezza, in quanto tali considerazioni non consentono di assolvere l'onere motivazionale rafforzato di cui al primo comma dell'art. 51, D.Lgs. 50/2016.

Peraltro, a comprova dell'infondatezza delle considerazioni e delle osservazioni della Regione Marche circa la complementarità delle due basi, l'appellante deduce che gli equipaggi e i velivoli da impiegare presso le due basi poste a gara non potranno mai essere utilizzate in una logica di rete, in considerazione del fatto che la composizione dell'equipaggio richiesto dalla lex specialis per il servizio diurno per la base di Ancona (solo il pilota) non consente l'esercizio dell'attività notturna in conformità con le "specifiche volo notturno" che richiedono la presenza di pilota e copilota.

In conclusione, l'appellante sostiene che la mancata suddivisione in lotti nel caso di specie integri una diretta violazione dei principi comunitari in tema di libera concorrenza, soprattutto ove si agisca in un mercato contraddistinto dalla presenza di un esiguo numero operatori economici.

7. Con riguardo al primo motivo di ricorso, la Regione Marche controdeduce che i rilievi mossi dall'appellante siano da ritenersi destituiti di fondamento dal momento che la mancata suddivisione in lotti, oltre a non potersi dire affetta da illogicità o sproporzionalità, è stata diffusamente e ragionevolmente motivata dalla stazione appaltante, sulla scorta dell'esigenza di garantire l'omogeneità del servizio, integrando le due basi e predisponendo un unico centro decisionale.

A tal proposito, l'amministrazione appellata richiama gli atti programmatici regionali, nell'intento di chiarire le ragioni sottese all'esigenza di dotarsi dell'autorizzazione NVIS, al fine di potenziare un servizio, come quello dell'elisoccorso, ritenuto strategico.

Sul punto, la Regione ritiene inconferenti le argomentazioni del ricorrente circa il fatto che gli equipaggi destinati alle due basi non potranno mai essere complementari ed utilizzati in una logica di rete, posto che il Capitolato Tecnico prevede un numero minimo di equipaggio di condotta e non, invece, come asserito da parte appellante, il numero esatto dei componenti.

8. Osserva il Collegio che sebbene sia indubbio che la suddivisione in lotti rappresenti uno strumento posto a tutela della concorrenza sotto il profilo della massima partecipazione alle gare, è altrettanto indubbio che tale principio non costituisca un precetto inviolabile né possa comprimere eccessivamente la discrezionalità amministrativa di cui godono le Stazioni Appaltanti nella predisposizione degli atti di gara in funzione degli interessi sottesi alla domanda pubblica, assumendo, piuttosto, la natura di principio generale adattabile alle peculiarità del caso di specie (Cons. Stato, sez. V, 11/01/2018, n.123).

Infatti, ancorchè l'art. 51, comma 1, d.lgs. 50/2016 abbia confermato il principio della suddivisione in lotti - già sancito dall'art. 2, comma 1-bis, D.lgs. n. 163/2006 – il secondo periodo della citata disposizione prevede espressamente che "*le stazioni appaltanti motivano la mancata suddivisione dell'appalto in lotti nel bando di gara o nella lettera di invito o nella relazione unica di cui agli articoli 99 e 139*".

Sul punto, pertanto, il Collegio osserva che, tale criterio non risulta posto in termini assoluti ed inderogabili: l'impostazione consolidatasi in giurisprudenza - ribadita da ultimo nella sentenza di questo Consiglio di Stato, sez. V, 3 aprile 2018, n.2044 - è nel senso che "*il principio della suddivisione in lotti può dunque essere derogato, seppur attraverso una decisione che deve essere adeguatamente motivata (cfr. Consiglio di Stato, Sez. VI, 12 settembre 2014, n. 4669) ed è espressione di scelta discrezionale (cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, 16 marzo 2016, n. 1081), che deve costituire una decisione della Stazione Appaltante,*

*“funzionalmente coerente con il complesso degli interessi pubblici e privati coinvolti dal procedimento di appalto, da valutarsi nel quadro complessivo dei principi di proporzionalità e di ragionevolezza” (in argomento, si veda anche la sentenza di questa Sezione 4 marzo 2019, n.1491).*

Nel caso di specie deve essere osservato che a pagina 7 del Capitolato Tecnico - sotto la voce “Orario di attività” - si legge espressamente che *“Nel corso della validità contrattuale potrebbe rappresentarsi la circostanza secondo cui l’operatività notturna venga trasferita dalla base HEMS di Fabriano alla base HEMS di Ancona, secondo eventuali esigenze organizzative, logistiche e funzionali della SA. Tale ridefinizione e riconfigurazione dell’operatività notturna deve avvenire senza alcun onere aggiuntivo per la SA”.*

Siffatta previsione costituisce ineludibilmente il corollario dell’esigenza della Stazione Appaltante di non frazionare la gestione del servizio, che, ad avviso del Collegio, rappresenta una decisione congrua e ragionevole nell’ottica di garantire il miglior coordinamento e l’interscambiabilità tra le due basi.

Alla luce delle superiori considerazioni il Collegio non ravvisa manifesta illogicità, irragionevolezza o arbitrarietà nella decisione di non frazionare in lotti l’appalto, dato che l’unitarietà di quest’ultimo è stata imposta dalle modalità esecutive dell’appalto, funzionali alla garanzia di un servizio efficace in relazione alla conformazione del territorio regionale, ed è stata ampiamente motivata negli atti di gara dalla Stazione Appaltante, sulla scorta dell’esigenza di garantire l’integrazione tra le due basi nonché l’omogeneità funzionale di un servizio essenziale, quale è quello di elisoccorso, confermandosi, per l’effetto, la correttezza della decisione del giudice di prime cure sul punto.

La censura è pertanto infondata.

9. Il secondo e il terzo motivo di appello possono essere trattati congiuntamente.

Con il secondo motivo l’appellante deduce *“Violazione dell’art. 30, 59, 66 e 83 del d.lgs. n. 50/2016. Violazione degli artt. 101 e 102 TFUE. Violazione dell’art. 1 e dell’art. 3 della legge n. 241/1990 – sulla violazione dei principi di libera concorrenza, non discriminazione e di parità di trattamento”.*

Con tale censura, la Elilombarda osserva che l’ampio margine di discrezionalità di cui gode la Stazione Appaltante nella determinazione dei requisiti di capacità tecnica, sebbene valevole nella generalità dei casi, deve essere adeguatamente e attentamente ponderato in situazioni contraddistinte da un mercato di tipo oligopolistico (dominato da 7 ditte, di cui solamente 4 in possesso dell’abilitazione NVIS), in cui la concorrenza fatica ad affermarsi.

A comprova dell’assunto, l’appellante rappresenta che solamente tre operatori aerei hanno formulato un’offerta e che nessun operatore estero ha partecipato alla gara, confermando che il settore dei servizi di elisoccorso costituisce un mercato ristretto e prettamente nazionale, a tal punto da far dubitare che la procedura possa essere considerata effettivamente aperta.

A tal proposito, l’appellante osserva che la richiesta di un requisito escludente, come l’autorizzazione NVIS, per un servizio in fase di prima attivazione (il cui avvio è differito di 180 giorni dalla stipula del contratto) e anche con riferimento ad una base operativa presso la quale non vi è la necessità del suo utilizzo, appare del tutto sproporzionato, oltre che non attinente all’oggetto dell’appalto, avendo quale unica diretta conseguenza quella di limitare ingiustificatamente il confronto concorrenziale.

Peraltro, la Elilombarda aggiunge che la richiesta di uno specifico requisito di qualificazione a carattere escludente avrebbe dovuto indurre S.U.A.M. a farsi carico di un onere di informativa chiaro ed inequivoco verso gli operatori economici in sede di Consultazioni di mercato, con la specifica indicazione della necessità della speciale approvazione NVIS sin dalla fase di presentazione delle offerte (tale profilo di censura però mi pare superato dalla riformulazione del bando).

Con il terzo motivo deduce *“Violazione del Regolamento UE 965/2012. Violazione dell’Allegato V [PARTE-SPA] CAPO J al Regolamento UE 965/2012. Violazione degli artt. 30, 59 e 83 d.lgs. n. 50/2016) – sui limiti della discrezionalità amministrativa”*.

Con questa censura l’appellante deduce che il principio di massima partecipazione richiede un’attenta valutazione delle eventuali restrizioni scaturenti dalla legge di gara, al fine di valutare l’essenzialità – o meno – delle prescrizioni escludenti in essa contenute.

Al fine di evitare che le scelte assunte dalla Committente risultino irragionevolmente limitative della concorrenza, l’art. 83, comma 2, d. lgs. 50/2016 limita la discrezionalità della Stazione Appaltante nella predisposizione della legge di gara, richiedendo che i requisiti siano pertinenti e congrui rispetto allo scopo perseguito.

Se ne inferisce che, nella predisposizione della legge di gara, è fondamentale che le scelte operate dall’Amministrazione non siano eccessivamente ed irragionevolmente limitative della concorrenza, configurandosi altrimenti una violazione della normativa nazionale e comunitaria.

In conclusione, l’appellante lamenta l’illegittimità della previsione di un requisito di qualificazione tecnica a carattere escludente normativamente non obbligatorio e costituente un (mero) *“ausilio al volo”* (solo) in orario notturno (e solo per la base di Fabriano), in quanto comprime indebitamente il confronto concorrenziale e favorisce illegittimamente i pochissimi operatori economici in possesso della richiesta abilitazione.

La Stazione Appaltante, prevedendo un requisito di qualificazione tecnica a carattere escludente, normativamente non obbligatorio che costituisce, peraltro, un mero ausilio al volo solamente in orario notturno – pertanto, rilevante solamente per la base di Fabriano – avrebbe travalicato i confini della discrezionalità amministrativa, comprimendo indebitamente il confronto concorrenziale e favorendo illegittimamente i pochi operatori economici in possesso della richiesta di tale abilitazione.

10 La Regione Marche, nel controdedurre congiuntamente sul secondo, terzo e quarto motivo del ricorso in appello, rappresenta gli elementi di cui ha tenuto conto nell’individuazione dei requisiti di idoneità di cui al p. 2 dell’art. 7.1 del Disciplinare di gara, osservando:

- che il predetto requisito non viola l’art. 83, D.Lgs. 50/2016, giacché attraverso la previsione del possesso dell’approvazione NVIS, la Stazione Appaltante ha voluto garantire la partecipazione alla gara solamente di quelle imprese munite di adeguate risorse di idoneità professionale, nell’interesse specifico alla corretta esecuzione dell’appalto che prevede orari di attività h.24 sulla base di Fabriano, con possibilità di inversione e trasferimento dell’operatività notturna anche alla base HEMS di Ancora. Al fine di garantire la pronta attivazione e la corretta esecuzione del servizio, la Regione garantisce che entro i termini per l’immissione in servizio degli aeromobili, saranno completati anche i lavori di adeguamento delle due basi HEMS per l’abilitazione volo notturno, con la conseguenza di consentire l’interscambiabilità delle due basi.

- che il D.M. 70/2015 - relativo alla definizione degli standard qualitativi, strutturali, tecnologici e quantitativi inerenti all’attività ospedaliera –al punto 9.1.4 evidenzia la necessità di un servizio di elisoccorso regionale, integrato con il sistema di soccorso a terra tramite adeguata rete di elisuperfici notturne a servizio delle destinazioni sanitarie, con possibilità di *“gestione flessibile delle basi operativi con trasferimenti temporanei o definitivi delle stesse negli ambiti regionali”*.

- Che giurisprudenza consolidata ha evidenziato che, nell’ambito dei criteri legittimamente utilizzabili, le Stazioni Appaltanti godono di margini di discrezionalità tali da consentire loro di individuare requisiti di partecipazione concretamente richiesti in ragione delle specifiche caratteristiche dell’appalto.

- Che il d. lgs. 50/2016 dedica due separate disposizioni ai requisiti di partecipazione e ai motivi di esclusione, rispettivamente l'art. 83 ai primi e l'art. 80 ai secondi, conservando nell'ambito dei criteri utilizzabili, alle stazioni appaltanti quella discrezionalità che "si sostanzia nel potere dovere di apprestare - proprio attraverso l'individuazione di specifici requisiti di ammissione e partecipazione ad una gara - gli strumenti più adeguati, opportuni, congrui, efficienti ed efficaci ai fini del corretto ed effettivo perseguimento dell'interesse pubblico concreto, oggetto dell'appalto da affidare" (cfr. Cons. St., sez. IV, 12/06/2017, n. 3103, sez. V, 26/07/2017, n. 3105).

- Che i requisiti richiesti nel caso di specie, a detta della Regione, sono correlati allo svolgimento di prestazioni ad altissimo rischio e ad altissima complessità e, pertanto, del tutto attinenti e proporzionati (come da relazione integrativa).

- Che il Regolamento UE 965/2010 introduce importanti innovazioni nei requisiti tecnici e nelle procedure amministrative per quanto riguarda le operazioni di volo, aggiornando gli standard e recependo le innovazioni tecnico-scientifiche nel settore di riferimento. Tale Regolamento in particolare prevede per l'attività di elisoccorso, la possibilità di utilizzare nella fascia notturna i "siti operativi HEMS", ossia siti idonei all'atterraggio in prossimità del luogo dell'evento che presentino precise specifiche, come requisiti minimi di dimensione e di illuminazione, disciplinando l'utilizzo di supporti tecnologici necessari e funzionali all'elisoccorso notturno, quali visori notturni, sistemi di visione notturna (NVSI) e percorsi di addestramento obbligatori. Ciò costituirebbe, ad avviso dell'appellata, un'ulteriore opportunità rispetto all'attività notturna di elisoccorso, che consente di qualificare maggiormente il servizio di emergenza/urgenza per i cittadini, con riferimento anche alle località più decentrate e fragili e di migliorare la coesione territoriale, l'inclusività e l'attrattività dell'intero territorio regionale.

La Regione osserva peraltro che tra le attività soggette alle specifiche approvazioni contenute nell'Allegato V del citato Regolamento – da applicarsi, nell'interpretazione del data dalla Regione, anche ai voli effettuati nell'ambito del servizio medico di emergenza (HEMS) – rientrano anche quelle individuate nell'art. 7.1 del Disciplinare di gara, con i termini HEMS, HHO e NVIS.

In base alle predette previsioni, i possono essere impiegati in voli di notte con l'aiuto NVIS solo se l'operatore è stato approvato dall'autorità competente, con la conseguenza che la prestazione del servizio in ambito HEMS con l'utilizzo di sistemi di immagine di visione notturna non possa prescindere dalla relativa approvazione dell'operatore da parte dell'autorità competente.

Inoltre, l'appellata osserva che le operazioni di volo notturno convenzionali non possiedono un livello equivalente di rischio per la sicurezza di equipaggi e delle persone rispetto a quelle con i requisiti NVIS, che risultano, ineludibilmente, più adatte alle caratteristiche dell'impervio ed ostile territorio marchigiano.

La Regione afferma poi che, nel caso di RTI, l'abilitazione per operazioni NVIS debba essere in capo a tutti i soggetti in ragione della necessità "di ridurre gli elementi di criticità per la sicurezza e l'efficacia del servizio che potrebbero introdursi con la gestione separata delle due basi", che condurrebbe ad una maggior difficoltà per ciascun operatore a erogare e vigilare sul corretto svolgimento delle attività di addestramento e controllo periodico, riposizionamento condizionato degli equipaggi nel caso di avvicendamento con Ancona con necessità di familiarizzazione degli stessi con le aree, una minore versatilità e "compliance" operativa tra equipaggi e il personale sanitario che opera trasversalmente su entrambe le basi" (cfr. pag. 8 relazione integrativa).

Ad ogni buon conto, l'appellata aggiunge che le affermazioni di Elilombarda sul punto sono da ritenersi prive di pregio in quanto quest'ultima non ha fornito alcuna evidenza in merito alla circostanza per cui le sarebbe stato negato da parte degli operatori economici di settore di partecipare alla costituzione di un raggruppamento.

La Regione, inoltre, sostiene l'infondatezza delle considerazioni dell'appellante circa il mancato bilanciamento delle esigenze tecniche con il primario interesse pubblico volto ad avere la massima partecipazione alla gara.

A ben vedere, infatti, nella relazione illustrativa e nella ulteriore relazione integrativa del D.M. 70/2015 è specificato come l'utilizzo dei visori notturni e del verricello costituiscano elementi caratterizzanti il servizio richiesto, da porsi in relazione con le specifiche attività previsto nell'ambito dell'oggetto dell'appalto.

La Regione, peraltro, evidenzia come l'appalto in parola non abbia ad oggetto esclusivamente prestazioni HEMS, ma anche prestazioni NVIS e prestazioni HHO, le quali vengono poste tutte sullo stesso identico livello nel COA. Da ciò se ne inferisce che se l'HEMS è legittimamente previsto come requisito di idoneità professionale, anche le altre due approvazioni devono e possono esserlo, come correttamente previsto al punto 7.1 n. 2 del disciplinare di gara.

Da ultimo in merito alle argomentazioni riferite alla "facilità" del conseguimento dell'approvazione NVIS, la Regione osserva che la ricorrente è stata messa in condizione di avviare per tempo le procedure per l'estensione in COA della SPA-NVIS, posto che l'avviso di consultazione preliminare di mercato ha previsto - quale materiale di consultazione - la pubblicazione anche del Capitolato Tecnico e della Relazione Tecnica Illustrativa, ove si legge che, in considerazione della complessità della stessa, si era ritenuto opportuno consentire l'identificazione di tutti gli elementi di natura tecnica, funzionale, logistica e organizzativa idonei a garantire i necessari standard. Da ciò discende come qualsiasi operatore interessato alla gara sia stato immediatamente - nonché compatibilmente con le tempistiche necessarie al relativo conseguimento - posto in grado di conoscere che, per la stazione appaltante, la certificazione NVIS costituiva requisito di ordine generale di cui all'art. 83 del D.lgs. 50/2016 al pari delle altre certificazioni.

11. Entrambe le censure di cui al secondo e al terzo motivo risultano infondate (la seconda anche per erroneità del presupposto interpretativo).

Va anzitutto osservato che il fatto che la disciplina degli appalti pubblici sia ispirata al valore della tutela della concorrenza non vuol dire che ciò comporti una restrizione sul piano della qualità delle prestazioni che può richiedere l'amministrazione (secondo un parametro di proporzionalità), specie a fronte di un servizio pubblico così delicato.

A partire dalla sentenza della Corte di Giustizia, 17 settembre 2002, in causa C-513/99, è acquisito il principio per cui la tutela della concorrenza nel settore dei contratti pubblici implica anche la capacità dell'impresa di stare sul mercato offrendo prodotti competitivi per soddisfare una domanda pubblica qualificata, in relazione ai sottostanti interessi della collettività (secondo la logica del contratto pubblico come strumento a plurimo impiego).

La positivizzazione di tale principio è scolpita nella direttiva 2014/24/UE laddove si prevede, con riferimento alle capacità tecniche e professionali, che *"le amministrazioni aggiudicatrici possono imporre requisiti per garantire che gli operatori economici possiedano le risorse umane e tecniche e l'esperienza necessarie per eseguire l'appalto con un adeguato standard di qualità"* (art. 58, paragrafo 4), confermando l'impostazione secondo la quale la pubblica amministrazione ha interesse ad incentivare la partecipazione alle gare di soggetti particolarmente qualificati, che garantiscano elevati standard qualitativi al fine di svolgere al meglio le prestazioni oggetto di gara.

Come si evince dagli atti di gara, è di tutta evidenza che la previsione di un requisito di carattere tecnico, quale è il possesso della speciale abilitazione NVIS, costituisce espressione della volontà della Stazione Appaltante di garantire la massima efficienza del servizio sanitario di elisoccorso anche in ore notturne e in zone impervie, e risponde all'interesse primario alla corretta esecuzione del contratto pubblico.

La rilevanza della tutela della salute, sottesa alla previsione di livelli di competenza tecnica e standard qualitativi così elevati, in una con le caratteristiche del territorio regionale, consentono nel caso di specie l'introduzione di un requisito proporzionato alla prestazione che si intende acquisire, nonché al perseguimento dell'interesse pubblico ad essa sotteso.

A tale scopo, 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).

La giurisprudenza ha, altresì, precisato che *“le clausole di un bando di gara concernenti i requisiti di capacità tecnica e dei requisiti soggettivi delle concorrenti devono perciò 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”* (Cons. Stato, sez. V, 03/09/2018, n. 5158).

Nel caso di specie, ad avviso del Collegio, la previsione della speciale approvazione NVIS – ancorché normativamente non obbligatoria – deve ritenersi ragionevole e proporzionata rispetto al servizio oggetto di affidamento, sulla base dell'elevato indice di complessità tecnica dell'affidamento, concernente lo svolgimento di un servizio essenziale ad altissimo rischio, in un'area impervia ed ostile, a tratti caratterizzata da zone congestionate, per il quale si rendeva necessario avvalersi di imprese altamente qualificate anche per il volo notturno.

Di conseguenza, deve confermarsi la decisione del giudice di prime cure sul punto, atteso che il predetto requisito risulta attinente e proporzionato all'oggetto dell'appalto, strumentale al conseguimento dell'interesse pubblico nonché ampiamente giustificato da circostanze meritevoli di tutela, emergenti dagli atti di gara.

12. Inoltre, in merito all'asserita violazione del principio di libera concorrenza, di non discriminazione e di parità di trattamento, un profilo della censura in esame concerne non tanto l'oggetto della prestazione domandata dall'Amministrazione (la possibilità di intervento notturno anche in zone impervie), quanto piuttosto la necessità (prevista dal bando) che per soddisfare tale esigenza sia necessario il requisito in parola.

Secondo l'appellante, in estrema sintesi, il medesimo risultato sarebbe ottenibile anche senza abilitazione NVIS.

Sproporzionato non sarebbe dunque l'obiettivo avuto di mira dall'amministrazione, ma il mezzo richiesto per conseguirlo: anche perché tale mezzo sarebbe di difficile accesso da parte delle imprese.

Il Collegio osserva anzitutto che questo secondo versante dell'asserita sproporzione è oggetto di una valutazione soggettiva della parte appellante, diversa rispetto a quella ritenuta dalla stazione appaltante, senza però che sia stato assolto l'onere probatorio concernente la ritenuta irragionevolezza della seconda.

Inoltre, una insanabile contraddizione nella prospettazione della parte appellante, già rilevata dal giudice di primo grado, impedisce di ritenere che l'introduzione della clausola relativa all'abilitazione NVIS possa ledere il principio del *favor participationis*.

Invero, come correttamente rilevato dal TAR Marche, se da un lato il conseguimento della predetta autorizzazione viene rappresentato da Elilombarda come un requisito superfluo e tale da distorcere la concorrenza, dall'altro viene descritto come facilmente ottenibile dalla stessa parte ricorrente.

A comprova di quest'ultima circostanza, l'appellante, dopo averne contestato le legittimità, afferma che, nelle more del giudizio, l'ENAC ha approvato l'estensione SPA-NVIS, che gli avrebbe concesso di partecipare alla gara.

Orbene, non si può negare che un determinato requisito può dirsi effettivamente lesivo dei principi di libera concorrenza, non discriminazione e parità di trattamento solamente laddove il suo conseguimento sia precluso alla gran parte degli operatori economici di mercato, nel senso che non solo l'impresa ricorrente, ma anche tutte o, quantomeno, una parte rilevante delle altre imprese del settore siano sprovviste del requisito contestato, o impossibilitate a porre in essere l'adempimento richiesto, o prive di interesse alla partecipazione.

Nel caso di specie, il Collegio ritiene che la Stazione Appaltante abbia adottato le cautele necessarie a temperare le opposte esigenze: garantire la più ampia partecipazione nella gara in oggetto, posto che il possesso dell'autorizzazione NVIS non può dirsi di appannaggio esclusivo di determinate imprese che operano in posizione dominante nel mercato, senza recedere dagli obiettivi di qualità della prestazione richiesti.

Anche questa censura è pertanto infondata.

13. Con il quarto motivo l'appellante deduce "*Violazione degli artt. 30, 59 e 83 d.lgs. n. 50/2016 - Sulla violazione del principio di tassatività delle clausole immediatamente escludenti*": la richiesta del preventivo possesso di un requisito attestante una qualificazione tecnica non obbligatoria per l'espletamento del servizio di elisoccorso esulerebbe dal novero delle clausole immediatamente escludenti previste dalla legge, violando palesemente il principio di tassatività delle clausole di esclusione.

La società Elilombarda eccepisce, pertanto, che la prescrizione di siffatto requisito debba ritenersi illegittima, dal momento che non ha consentito all'odierna ricorrente di prendere parte alla gara, nonostante la stessa avesse avviato ed ultimato tutte le formalità tese al suo rilascio prima della scadenza del termine di presentazione delle offerte.

La censura è inammissibile alla luce della già richiamata riformulazione del bando di gara, che ha mutato la natura della clausola in esame.

Nondimeno essa è anche infondata in quanto dalla legittimità della previsione dell'abilitazione NVIS, dimostrata dalle ragioni sopra ampiamente rappresentate, deriva ineludibilmente l'impossibilità di configurare siffatto requisito alla stregua di una illegittima clausola (escludente).

Invero, la giurisprudenza e la normativa citata da parte appellante nei propri scritti difensivi appaiono del tutto inconferenti rispetto al caso di specie, posto che la Stazione Appaltante non ha introdotto una clausola escludente ulteriore rispetto a quella prevista dal Codice dei contratti pubblici – che sarebbe indubbiamente affetta da nullità – bensì un requisito tecnico professionale necessario al fine di garantire il miglior perseguimento dell'interesse pubblico, nel massimo rispetto delle previsioni poste a tutela della concorrenza e della *par condicio* tra operatori economici.

La clausola in esame, in altre parole, incide (legittimamente) sulla determinazione dell'oggetto del contratto: rispetto alla quale, non avendo l'amministrazione travalicato i limiti della propria discrezionalità, il concorrente non può fondatamente dolersi del fatto che venga richiesta una prestazione che egli non è in grado di rendere.

14. Con il quinto motivo del ricorso in appello la società Elilombarda deduce *“Violazione del Regolamento UE 965/2012. Violazione dell’Allegato V [PARTE-SPA] Capo J al Regolamento UE 965/2012. Violazione degli artt. 30, 45, 48, 59 e 83 d.lgs. n. 50/2016. Violazione della libera concorrenza e della par condicio. Violazione dell’art. 3 legge n. 241/1990 - Sull’impossibilità di ricorrere al RTI e all’avvalimento”*.

La società appellante con questa censura si duole del fatto che il Giudice di prime cure abbia omissis la doverosa verifica circa la possibilità effettiva (e non meramente ipotetica) per l’odierna ricorrente di partecipare alla procedura di gara con altri concorrenti muniti della necessaria approvazione NVIS. A tale scopo, la Elilombarda richiama giurisprudenza di questo Consiglio di Stato in base alla quale *“la possibilità di partecipazione delle imprese di minori dimensioni deve essere “effettiva” e non ipotetica, ovvero subordinata a condizioni ulteriori, come la partecipazione di un operatore economico ad un raggruppamento temporaneo, anche in ragione del fatto che tale evenienza non dipende solo dall’esclusiva volontà del singolo operatore, ma anche della concorde decisione di altre imprese di costituire un’associazione temporanea”* (Consiglio di Stato, Sez. III, 21 marzo 2019 n. 1857).

Invero, nel caso di specie, la modifica della legge di gara intervenuta nelle more del giudizio di primo grado, sebbene abbia introdotto la possibilità di partecipare in raggruppamento temporaneo anche per gli operatori aerei privi dell’autorizzazione NVIS, non sarebbe stata in grado di permettere all’odierna appellante di prendervi parte.

A comprova dell’asserto, la Elilombarda rappresenta che solamente tre operatori economici hanno potuto presentare un’offerta in forma singola e, al contempo, sostiene di non aver potuto partecipare essa stessa alla gara in ragione del diniego opposto dagli operatori aerei in possesso della SPA-NVIS alla sua richiesta di costituire un raggruppamento temporaneo.

Con riguardo alla mancata dimostrazione del proprio interesse a ricorrere all’istituto dell’avvalimento, l’appellante deduce che il Tar Marche ha omissis di considerare che gli operatori economici in possesso della speciale approvazione NVIS sono gli stessi che hanno risposto negativamente alla richiesta di Elilombarda di partecipare in raggruppamento temporaneo, per evidenti ragioni di opportunità commerciale, rappresentando che il possesso della speciale approvazione NVIS consente di formulare autonomamente un’offerta per l’aggiudicazione dell’intero appalto, avvantaggiandosi della mancata partecipazione di altri concorrenti sforniti del requisito) e/o in considerazione del conflitto di interessi nascente dal procedimento<sup>18</sup> allora in corso dinnanzi all’AGCM (nell’ambito del quale Elilombarda era parte lesa e, in quanto tale, legittimata a rivendicare i propri diritti nei confronti degli aderenti all’intesa anticoncorrenziale).

15. In merito, la Regione sostiene debba essere condivisa la statuizione di improcedibilità del ricorso pronunciata dal giudice di prime cure in quanto tale modifica ha soddisfatto l’interesse di parte ricorrente che, seppur non in possesso dell’approvazione nei termini previsti dalla legge di gara, avrebbe potuto comunque competere.

Del resto, la ricorrente avrebbe potuto svolgere richiesta di approvazione NVIS sin da prima che la gara fosse bandita e, dunque, avrebbe potuto ottenere tale approvazione prima della pubblicazione del bando di gara.

Inoltre, sul diniego opposto dalle altre concorrenti a costituire un RTI, parte resistente osserva che di tali rifiuti non si sia fornita alcuna dimostrazione così come dei conseguenti rifiuti a concedere l’autorizzazione in avvalimento.

Peraltro la Regione evidenzia che l’appellante avrebbe ben potuto rivolgersi ad altri operatori diversi dai concorrenti, posto che gli operatori in possesso della predetta approvazione sono sicuramente in numero maggiore rispetto agli odierni offerenti.

Ad ogni modo, la Regione precisa che il requisito del possesso dell'approvazione NVIS non può comunque essere suscettibile di avvalimento dal momento è stato identificato come requisito intrinsecamente legato alla idoneità del soggetto offerente a porsi come valido e affidabile contraente per l'amministrazione ai sensi dell'art. 83 primo comma lett. a) del D.lgs. 50/2016.

16. , La censura, formulata più contro la struttura del mercato che contro la legge di gara, è infondata.

A seguito della modifica della legge di gara, adottata con decreto n. 74 del 30 novembre 2018 del dirigente S.U.A.M., infatti, il capitolato tecnico ha previsto che l'aggiudicataria dovesse "garantire la capacità di operazioni NVIS entro 90 giorni dall'avvio dell'operatività notturna" e, al contempo, nel disciplinare è stata consentita "la partecipazione di un RTI in cui l'impresa mandante, che svolgerà il servizio presso la base HEMS h12, non sia in possesso, in fase di presentazione dell'offerta dell'approvazione".

Semplificando, dunque, la modifica intervenuta nelle more del giudizio di primo grado ha stabilito che l'operatività NVIS costituisce un requisito di esecuzione del contratto, da garantire entro 90 giorni dall'avvio dell'operatività notturna.

Invero, atteso che siffatta modifica consentiva agli operatori economici di partecipare alla gara pur in assenza della speciale abilitazione NVIS, deve rilevarsi come sia ineludibilmente venuto meno il carattere escludente della clausola.

Di conseguenza, pertanto, il Collegio ritiene infondata la censura prospettata da parte appellante, confermando sul punto la sentenza impugnata.

La predetta modifica ha soddisfatto l'interesse della società Elilombarda, consentendo a tutti gli operatori economici sprovvisti della speciale abilitazione NVIS al momento della presentazione dell'offerta, di partecipare alla gara in raggruppamento temporaneo con altre imprese che ne fossero in possesso.

Sono da ritenersi prive di pregio, peraltro, le osservazioni circa l'effettività della possibilità di partecipare con altri concorrenti: la volontà degli altri operatori economici di non costituire un RTI con l'odierna appellante è una *quaestio facti* che non può essere tenuta in considerazione ai fini della valutazione della legittimità delle clausole di un bando di gara, atteso che l'esercizio del potere discrezionale da parte della Stazione Appaltante non può essere scrutinato in relazione alle scelte economiche adottate delle singole imprese operanti nel mercato.

Si tratta, appunto, di una critica rivolta al mercato, che non attinge la legittimità degli atti amministrativi del procedimento di evidenza pubblica una volta chiarito che la previsione del requisito non ha travalicato i limiti del relativo potere discrezionale, e che la stazione appaltante ha modificato la legge di gara in funzione proconcorrenziale.

17. Con il sesto ed ultimo motivo di appello la società Elilombarda deduce " Asserita irrilevanza dell'indagine dell'AGCM".

L'appellante assume che il TAR Marche abbia del tutto omissa la disamina relativa al più che evidente condizionamento del mercato di riferimento derivante dall'esistenza di accordi illeciti tra operatori aerei, ritenendo del tutto secondario anche l'ulteriore e parallelo accertamento concernente l'alterazione del mercato elicotteristici condotto da ben altre due autorità.

La *lex specialis*, sostiene l'appellante, non dovrebbe contenere clausole fortemente limitative della concorrenza né tantomeno essere contraddistinta da prescrizioni volte a premiare caratteristiche, tecniche di mezzi e personale, inevitabilmente riconducibili alla società in posizione dominante sul mercato, ma, al contrario, dovrebbe prevedere la suddivisione in lotti di appalti altrimenti destinati ad essere affidati sempre alla società leader, stante l'oggettiva superiorità in termini di capacità finanziarie e organizzative.

In conclusione, l'odierna appellante richiama la segnalazione dell'AGCM n. 13 del 1 aprile 2019, ove vengono espresse alcune considerazioni sulle modalità di affidamento dei servizi di elisoccorso, invitando le stazioni appaltanti "nell'individuare le caratteristiche tecnico- qualitative minime delle componenti del servizio, a prestare particolare attenzione a che queste non risultino sproporzionate rispetto all'obiettivo di ottenere un servizio adeguato, con ciò favorendo gli operatori di maggiori dimensioni".

18. In proposito, la Regione sostiene che il TAR ha correttamente giudicato irrilevante rispetto al giudizio de quo il documento recante le risultanze istruttorie relative al procedimento n. 1806, avviato dall'Autorità Granate della Concorrenza e del Mercato (AG.CM.), che, peraltro, afferisce a situazioni ben differenti rispetto all'attuale gara in questione.

Peraltro, atteso che il procedimento dell'AGCM è stato svolto nei confronti di una sola delle odierne tre offerenti, l'appellata eccepisce, peraltro, la carenza di interesse della parte ricorrente poiché in ogni caso, una decisione espulsiva nei confronti della Società sanzionata non sarebbe idonea a travolgere l'intera gara e precisando, inoltre, che provvedimento è ancora soggetto a gravame.

In conclusione, la Regione aggiunge che l'eventuale esclusione dalla procedura di gara dell'operatore sanzionato, a norma dell'art. 80 del D.lgs. 50/2016, va correlata ad una concreta valutazione dei fatti oggetto del provvedimento sanzionatorio, nonché alle oggettive caratteristiche e gravità degli stessi che vanno posti in relazione con le specificità della gara in corso, rimettendo dunque alla stazione appaltante un potere di apprezzamento discrezionale in ordine alla sussistenza dei requisiti di "integrità o affidabilità" dei concorrenti (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 11 giugno 2018, n. 3592).

19. La censura è infondata.

L'indagine svolta dall'AGCM e l'adozione del provvedimento sanzionatorio conclusivo, con il quale veniva accertata l'esistenza di un'intesa anticoncorrenziale nel settore dei servizi elicotteristici, non assume rilevanza ai fini del presente giudizio.

L'adozione di siffatto provvedimento impone certamente una maggiore attenzione nella valutazione della legge di gara, specialmente rispetto alla eventuale esistenza di clausole limitative della concorrenza, così come è in grado di incidere sul rapporto fiduciario intercorrente tra l'appaltatore e la Stazione Appaltante, la cui attività – anche in materia contrattuale – è sempre funzionale alla cura dell'interesse pubblico.

Al contempo, tuttavia, è innegabile la necessità di tenere su due piani ben distinti lo spettro delle valutazioni di competenza dell'autorità di garanzia, rispetto a quelle giurisdizionali relative alla legittimità degli atti amministrativi, come già chiarito da questa Sezione con la sentenza n. 8350/2019.

Tali piani non sono evidentemente sovrapponibili, e se pure la struttura del mercato di riferimento risulti a rischio di accordi anticoncorrenziali il rimedio, nella materia che ci occupa, è dato non da un adeguamento (al ribasso) della domanda pubblica, ma dalla verifica che l'esercizio del potere di predisposizione del bando sia stato conforme al relativo parametro normativo: verifica che, nel caso di specie, ha condotto ai risultati sopra esposti.

Del pari irrilevante ai fini della decisione deve ritenersi il provvedimento dell'11 dicembre 2018 adottato ai sensi dell'art. 32, comma 8, D.L. 90/2014 dalla Prefettura di Catanzaro nei confronti di una delle ditte che hanno presentato la domanda di partecipazione dal momento che, non avendo partecipato alla gara, l'impresa ricorrente non potrebbe comunque trarre alcun vantaggio dall'eventuale esclusione di un concorrente.

20. Il ricorso deve essere pertanto respinto perché infondato.

Le spese, liquidate come in dispositivo seguono la regola della soccombenza.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo rigetta.

Condanna la società appellante al pagamento in favore della Regione Marche delle spese del giudizio, liquidate in complessivi euro diecimila/00, oltre accessori come per legge.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 19 dicembre 2019 con l'intervento dei magistrati:

Marco Lipari, Presidente

Giulio Veltri, Consigliere

Raffaello Sestini, Consigliere

Ezio Fedullo, Consigliere

Giovanni Tulumello, Consigliere, Estensore

**L'ESTENSORE**

**Giovanni Tulumello**

**IL PRESIDENTE**

**Marco Lipari**

IL SEGRETARIO