

## ESCLUSIONE DEL RISARCIMENTO DEL DANNO IN PRESENZA DI UN ERRORE SCUSABILE

Per chiedere il risarcimento del danno a causa di una presunta illegittima esclusione, bisogna ricorrere anche all'aggiudicazione definitiva; si può ravvisare l'errore scusabile qualora novità, complessità e opinabilità delle circostanze nelle quali si è trovata da operare, escludano la illiceità dell'attività della p.a.

Aver rivolto espressamente, nel ricorso introduttivo, l'impugnazione anche nei confronti dell'aggiudicazione definitiva è indice del perdurare dell'interesse della ditta esclusa a poter beneficiare, nel caso di accoglimento, del risarcimento del danno anche se non della ripetizione della gara e del subentro all'aggiudicatario nella prestazione del servizio o della fornitura. Evenienza, questa, possibile, per la sola declaratoria d'illegittimità dell'esclusione, indipendentemente dal subentro o dalla ripetizione della gara alla presenza del concorrente escluso. Secondo la costante giurisprudenza di questo Consiglio, il risarcimento che consegue all'annullamento giurisdizionale implica la valutazione dell'atto che si assume illecito alla luce dei vizi che lo inficiano e della gravità delle violazioni imputabili all'Amministrazione dovendo verificarsi che l'adozione e l'esecuzione dell'atto impugnato sia avvenuta in violazione delle regole di imparzialità, di correttezza e di buona fede alle quali l'esercizio della funzione deve costantemente ispirarsi. Precetti questi che devono considerarsi osservati quando la novità, complessità e opinabilità delle circostanze nelle quali si è trovata da operare, escludano la illiceità dell'attività della p.a. E' indubbio, nella presente fattispecie, che la complessità delle questioni, ancora sub iudice al momento dell'emanazione del bando di gara e della conclusione dei lavori della Commissione aggiudicatrice, valgano appieno ad escludere l'ingiustificabilità e quindi l'illiceità dell'azione amministrativa.

Merita di essere riportato il seguente passaggio tratto dalla decisione numero 4241 dell'8 settembre 2008, emessa dal Consiglio di Stato

E' noto al Collegio l'indirizzo sull'improcedibilità del ricorso avverso l'esclusione che consegue all'omessa impugnazione dell'aggiudicazione definitiva, perché solo con questa si conclude il subprocedimento di esclusione della società appellante (ex plurimis: Cons. Stato, V, 30 agosto 2006, n. 5076; IV, 22 giugno 2006, n. 3851; V, 22 novembre 2005, n. 6487; V, 6 marzo 2006, n. 1068; sez. V, 02 settembre 2005, n. 4472; V, 7 febbraio 2002, n. 698; V, 8 aprile 1997, n. 334). Conseguenza dell'omessa impugnazione è l'inutilità dell'eventuale decisione di accoglimento del ricorso proposto contro l'esclusione (equiparata, per questo aspetto, all'aggiudicazione provvisoria), da cui non potrebbe derivare la rimozione dell'aggiudicazione definitiva. Una volta impugnato in via autonoma il provvedimento di esclusione dalla gara, è perciò onere del ricorrente estendere l'impugnazione agli ulteriori atti pregiudizievoli fino all'aggiudicazione definitiva (Cons. Stato, V, 02 settembre 2005, n. 4472, V, 15 settembre 2001, n. 4820), ferma restando la facoltatività del ricorso contro l'aggiudicazione provvisoria, dato il suo carattere endoprocedimentale, riconosciuto anche dagli artt. 11 co. 4 e 12 D.Lgs. n. 163/2006).

2.3.2. In disparte l'esistenza di diverse impostazioni giurisprudenziali, nei casi in cui sia impugnato il provvedimento di esclusione dalla gara, perché l'impresa pretermessa conserva comunque l'interesse processualmente rilevante all'annullamento dell'esclusione, per richiedere, in presenza di tutti gli altri presupposti, il risarcimento del pregiudizio patrimoniale (Cons. Stato, IV, 21 gennaio 2003, n. 232; VI, 13 giugno 2005, n. 3089), osserva il Collegio che nel caso di specie il ricorso di primo grado si appunta anche contro "tutti gli atti consequenziali che fossero stato nella mora adottati (...) ed, in particolare,

l'eventuale provvedimento di aggiudicazione che fosse nella more intervenuto e l'eventuale contratto che fosse stato nelle more stipulato con il controinteressato” (cfr. pag. 2 dell'atto introduttivo).>

E in merito alla domanda risarcitoria?

<Secondo la costante giurisprudenza di questo Consiglio, il risarcimento che consegue all'annullamento giurisdizionale implica la valutazione dell'atto che si assume illecito alla luce dei vizi che lo inficiano e della gravità delle violazioni imputabili all'Amministrazione (Cons. Stato, IV, 1 ottobre 2007 , n. 5052; V, 08 maggio 2007 , n. 2119), dovendo verificarsi che l'adozione e l'esecuzione dell'atto impugnato sia avvenuta in violazione delle regole di imparzialità, di correttezza e di buona fede alle quali l'esercizio della funzione deve costantemente ispirarsi (Cons. Stato, V, 06 marzo 2007, n. 1049).

5.2.2. Precetti questi che devono considerarsi osservati quando la novità, complessità e opinabilità delle circostanze nelle quali si è trovata da operare, escludano la illiceità dell'attività della p.a. (Cons. Stato, VI, 25 gennaio 2007 , n. 270). E' indubbio, nella presente fattispecie, che la complessità delle questioni, ancora sub iudice al momento dell'emanazione del bando di gara e della conclusione dei lavori della Commissione aggiudicatrice, valgano appieno ad escludere l'ingiustificabilità e quindi l'illiceità dell'azione amministrativa.

5.2.3. Le operazioni di gara si sono concluse il 10 agosto 2006, quasi contemporaneamente all'emanazione della sentenza n. 3241 del 21 giugno 2006 di questo Consiglio che dichiarato improcedibile l'appello nei confronti della citata sentenza del Tar della Lombardia n. 497/05, in considerazione della delibera di G.R. 18 gennaio 2006, n. VIII/1743, con la quale, in ossequio a quanto precisato nell'ordinanza della Sezione n. 2683/2005 (di rigetto dell'istanza cautelare avverso la citata sentenza del Tar), la regione aveva revocato la delibera di G.R. 16 aprile 2003, n. VII/12753 ed introdotto il criterio dell'equipollenza delle autorizzazioni rilasciate da altre Regioni a quelle degli operatori autorizzati nella Lombardia.

5.2.4. Nell'incertezza dovuta al susseguirsi di provvedimenti amministrativi e giudiziali di diverso segno e contenuto, non appare provato il comportamento illecito dell'Azienda Ospedaliera “Ospedale Fatebenefratelli e Oftalmico” di Milano e correttamente perciò, la sentenza impugnata ha respinto la domanda risarcitoria. Il Tar ha, poi rilevato che Croce Amica s.r.l. non aveva presentato domanda di equipollenza dei requisiti del proprio automezzo>

A cura di Sonia Lazzini

**N.4241/08 Reg. Dec.**

**N. 1842 Reg. Ric.**

**Anno: 2007**

**REPUBBLICA ITALIANA**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta) ha pronunciato la seguente

## **DECISIONE**

sul ricorso in appello n.r.g. 1842 del 2007, proposto dal Consorzio Lombardia Sanità, in persona del legale rappresentante *pro-tempore*, rappresentato e difeso dall'Avv. Maurizio Boifava e Claudio De Portu ed elettivamente domiciliato presso lo studio del secondo, in Roma, via Mercalli n. 13;

### **contro**

l'A.T.I. Croce Amica One s.r.l., in persona dell'Amministratore unico e legale rappresentante *pro-tempore*, sig. Francesco Calderone, in proprio e quale capogruppo della costituenda A.T.I. con Croce Amica s.r.l., corrente in Messina in persona dell'Amministratore unico, legale rappresentante *pro-tempore* in proprio e quale mandante della costituenda Ati con Croce Amica One s.r.l., entrambe rappresentate e difese dall'avv.ssa Patrizia Stallone e dall'avv. Franco Gaetano Scoca ed elettivamente domiciliato presso lo studio del secondo in Roma, via Paisiello, n. 55;

### **e, nei confronti**

dell'Azienda Ospedaliera "Ospedale Fatebenefratelli e Oftalmico" di Milano, in persona del Direttore Generale *pro-tempore*, non costituitosi;

della regione Lombardia, in persona del Presidente della Giunta regionale, legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avv.ti M. Emilia Moretti e Pio Dario Vivone dell'Avvocatura regionale e dall'avv. Federico Tedeschini, con domicilio presso lo studio del terzo in Roma, Largo Messico, n. 7;

### **per la riforma**

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale della Lombardia Milano, Sezione, n. 45/2007, pubblicata il 25 gennaio 2007;

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'A.T.I. Croce Amica One s.r.l, anche ricorrente incidentale e della Regione Lombardia;

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

Visti gli atti tutti della causa;

Designato relatore, alla pubblica udienza del 13 novembre 2007, il consigliere Cesare Lamberti ed uditi, altresì, gli avvocati De Portu, Scoca, Stallone e Tedeschini, come da verbale d'udienza.

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue.

## FATTO

**1.** La Croce Amica One s.r.l. partecipò, in costituenda Ati, all'asta pubblica indetta con bando pubblicato il 6 aprile 2006 dall'Azienda Ospedaliera Fatebenefratelli e Oftalmico di Milano per l'affidamento del servizio di trasporto malati e servizi diversi mediante autolettighe per un periodo di trentasei mesi e per una spesa annua presunta di € 250.000,00 al netto di Iva esente, con aggiudicazione ai sensi dell'art. 23 comma 1 lett. b) del D.Lgs. n. 157/95 in favore dell'offerta economicamente più vantaggiosa per qualità e prezzo, da pronunciarsi anche in presenza di un'unica offerta valida ai sensi dell'art. 17 della l.r. n. 14/1997.

**1.1.** Il Capitolato speciale d'appalto espressamente prevedeva:

- all'art. 1.4. l'esclusione dalla **gara** per quelle ditte che non fossero proprietarie di almeno un'ambulanza per soccorso avanzato con termoculla.
- all'art. 7.5 che la busta n. 2 "documentazione" contenesse, tra l'altro, le relazioni di cui all'art. 8.1. relative ai quattro parametri di valutazione;
- all'art. 8.1. per la valutazione del parametro 1), che la ditta concorrente dovesse presentare una relazione particolareggiata dei mezzi di soccorso utilizzati con l'indicazione delle singole dotazioni e dell'anno di immatricolazione;
- all'art. 7.5., che la concorrente dovesse produrre all'interno della busta n. 2 contenente la documentazione, tra gli altri documenti, la copia autentica dell'autorizzazione regionale all'esercizio delle funzioni proprie della Croce (trasporto malati);
- all'art. 3 espletamento del servizio (punto 3.1) che il servizio dovesse essere espletato mediante l'impiego di ambulanze per il Soccorso Sanitario d'Urgenza ed Emergenza come previsto nell'allegato tecnico al Decreto del Ministero dei Trasporti 17/12/1987 n. 553 nonché da quanto previsto dalla normativa vigente nonché dalla D.G.R. n. VII/12753 del 16/04/2003.

**1.2.** Le società in costituenda Ati inoltrarono l'offerta congiunta producendo, tra la documentazione richiesta, copia delle autorizzazioni sanitarie all'esercizio del trasporto infermi. Precisamente la Croce Amica One s.r.l. (capogruppo della costituenda Ati) - società avente sede legale e sede operativa nella Regione Lombardia- produsse le autorizzazioni al trasporto infermi rilasciate dalla Regione Lombardia; la Croce Amica s.r.l. (associata della costituenda Ati) -società avente sede legale a Messina e sedi operative dislocate in numerose regioni d'Italia, produsse copia dell'autorizzazione al trasporto infermo rilasciata dalla Regione Siciliana Asl 5 di Messina prot. n. 4888 del 23 maggio 2006.

**2.** La Commissione di **gara**, nella seduta pubblica di **gara** del 9 giugno 2006, procedè all'apertura dei plichi contenenti la documentazione ex art. 7 punto 7.5. (busta n. 2);

**2.1.** Circa l'art. 7.5. del capitolato di **gara**, l'Azienda ospedaliera, durante la procedura, pubblicò sul proprio sito ufficiale un foglio di chiarimenti secondo cui nell'art. 7.5. il comma seguente: “copia autentica dell'autorizzazione regionale all'esercizio delle funzioni proprie della Croce (trasporto ammalati) è modificato come segue: copia dell'autorizzazione rilasciata dall'Asl di competenza relativa all'esercizio delle funzioni proprie della Croce - trasporto malati”.

**2.2.** La Commissione procedé alla valutazione delle offerte tecniche in seduta riservata e, nella seduta pubblica del 10 agosto 2006, escluse l'Ati Croce Amica One e Croce Amica dalla fase successiva, sul presupposto che una delle società facenti parte della costituenda Ati e precisamente Croce Amica s.r.l. non fosse in possesso del requisito dell'equipollenza dell'autorizzazione sanitaria all'esercizio del servizio trasporto infermi rilasciata dalla competente Asl della Regione Lombardia ai sensi della D.G.R. VIII/001743 del 18/01/2006.

**2.3.** Il Consorzio Lombardia Sanità fu tuttavia ammesso alla fase successiva della **gara** nonostante avesse ommesso di indicare nella documentazione richiesta dall'art. 8.1 del capitolato speciale (precisamente nella relazione di cui agli artt. 7.5 e 8.1) l'autoambulanza di soccorso avanzato con termoculla, richiesta a pena di esclusione dall'art. 1.4., consentendo l'integrazione postuma della documentazione.

**2.4.** L'Ati ricorrente, con dichiarazione a verbale e con note in data 11 agosto e 24 agosto 2006, chiese alla Commissione di **gara** la revoca dell'esclusione e la riammissione alla procedura di **gara**, rilevando che nessuna prescrizione del capitolato richiedeva quale requisito di partecipazione il possesso dell'equipollenza di cui alla D.G.R. VIII/001743 del 18/01/2006 e che tale previsione era contenuta in un foglio chiarimenti e, pertanto, in una integrazione postuma del bando. Le richieste di riammissione non ebbero accoglimento.

**2.5.** Con delibera 0720 del 29.08.2006, l'Azienda Ospedaliera Fatebenefratelli e Oftalmico di Milano aggiudicò l'appalto al Consorzio Lombardia Sanità.

**3.** Avverso il comportamento l'Azienda Ospedaliera “Ospedale Fatebenefratelli e Oftalmico” è stato adito il Tar della Lombardia per i seguenti motivi:

**3.1.** Sull'esclusione dalla **gara** dell'Ati la Croce Amica:

**3.1.1.** Violazione del bando di **gara** e del capitolato generale di appalto, violazione della *par condicio*. Le ditte concorrenti dovevano produrre copia dell'autorizzazione sanitaria all'esercizio del trasporto infermi rilasciata dalla regione di appartenenza. Il possesso dell'equipollenza di cui alla D.G.R. VIII/001743 del 18/01/2006 non era contemplato né dal bando né dal capitolato speciale. La Commissione ha integrato la previsione circa l'autorizzazione al trasporto infermi con il foglio chiarimenti dopo l'apertura delle buste con l'offerta tecnica e ha successivamente escluso l'Ati ricorrente.

**3.1.2.** Violazione degli artt. 3, 12, 13, 14 e 15 del D.Lgs. n. 157/1995, della Direttiva n. 92/50/CEE e del giudicato sulla sentenza del Tar della Lombardia n. 597/2005. Con l'anzidetta decisione, il Tar della Lombardia, in accoglimento del ricorso proposto dalla Croce Amica s.r.l., ha annullato la D.G.R. n. VII/12573/2003 del 16 aprile 2003, di analogo contenuto a quella in esame, nella parte in cui stabiliva che le autorizzazioni rilasciate da altre Regioni non hanno valore all'interno della Regione Lombardia. E questo, ritenuto che è illogico negare validità alle autorizzazioni rilasciate da altre regioni nel rispetto delle stesse prescrizioni regolamentari (DM 553/1982 - DM 487/1997 - D.M. 5.11.1996) e sono del tutto equipollenti a quelle assentite dalla Regione Lombardia. Impedire ai titolari delle autorizzazioni di operare nella regione Lombardia, solo perchè privi di titolo rilasciato nello stesso territorio, realizza un effetto discriminatorio dell'esercizio del diritto garantito dall'art. 41 cost. La sentenza del Tar della Lombardia n. 497/2005 ha trovato conferma nell'ordinanza n. 2683 del 7 giugno 2005 del Consiglio di Stato che ha rigettato l'istanza cautelare annessa all'appello. In fattispecie analoga, la regione Lazio con circolare n. 135208 del 23 novembre 2004 ha espressamente previsto l'equipollenza delle autorizzazioni rilasciate da altre regioni, ferma restando la possibilità della stazione appaltante di effettuare le verifiche del caso. Comunque, la D.G.R. VIII/001743 del 18/01/2006 costringe le partecipanti alla **gara** a far effettuare una complessa verifica sui requisiti degli automezzi nonostante già in possesso dell'autorizzazione rilasciata da regione diversa dalla Lombardia, limitando la partecipazione alle gare in contrasto con l'art. 3 co. 2 della Direttiva 92/50/CEE, nonostante le autorizzazioni rilasciate nella regione Sicilia siano uguali a quelle della regione Lazio o Lombardia.

**3.1.3.** Violazione dell'art. 2 del D.Lgs. n. 157/1995. Le disposizioni di cui alla D.G.R. VIII/001743 del 18/01/2006, sul trasporto degli infermi, devono essere conformi ai principi stabiliti dalla legge nazionale e non discriminati, come, invece, fa la regione Lombardia.

**3.2.** Sull'ammissione Lombardia Sanità alla **gara** del Consorzio Lombardia Sanità.

**3.2.1** Violazione degli artt.1, 4, 7.5 e 8.1 capitolato speciale di **gara** e dell'art. 14 del D.Lgs. 157/1995 per difetto dei requisiti di capacità tecnica specifici richiesti dalla lex specialis. Difetto di istruttoria e violazione dei principi di imparzialità e buon andamento. Disparità di trattamento. Il Consorzio Lombardia Sanità doveva essere escluso dalla **gara** per perché privo del requisito della proprietà di almeno una auto ambulanza per soccorso avanzato con termoculla (art. 1.4 c.s.a.), requisito precisato fra quelli di capacità tecnica del concorrente. L'art. 1.4 del capitolato speciale prevede espressamente l'esclusione dalla **gara** per le ditte che non siano proprietarie di almeno un'ambulanza per soccorso avanzato con termoculla e il successivo art. 7.5. prescrive che la busta n. 2 (Documentazione) contenga, tra l'altro, le relazioni di cui all'art. 8.1. relative ai quattro parametri di valutazione. Relativamente alla valutazione del parametro 1), l'art. 8.1. del capitolato ha previsto che la ditta concorrente debba presentare una relazione particolareggiata dei mezzi di soccorso utilizzati con l'indicazione delle singole dotazioni e dell'anno di immatricolazione. La Commissione di **gara**, pur rilevando la omessa indicazione da parte del Consorzio Lombardia Sanità dell'autoambulanza per

soccorso avanzato con termoculla nella relazione di cui al punto 8.1, ha ritenuto di ammettere la controinteressata ugualmente alla fase successiva della **gara** consentendole un'integrazione postuma della documentazione mancante attraverso una richiesta di chiarimenti sulla documentazione carente. Secondo il combinato disposto degli artt. 1 e 8.1. del capitolato speciale, il Consorzio andava invece escluso dalla **gara**, non avendo fornito la dichiarazione. È illegittima l'integrazione postuma della documentazione mancante consentita al Consorzio controinteressato nel corso della **gara** per violazione dei principi della *par condicio* tra concorrenti. Invero la Commissione ha escluso l'Ati ricorrente dalla **gara** in quanto una delle due società componenti l'Ati ricorrente - e precisamente Croce Amica s.r.l. - non avrebbe prodotto l'equipollenza della propria autorizzazione al trasporto infermi rilasciata dalla Regione

**4.** Sin sono costituiti in giudizio l'Azienda Ospedaliera Fatebenefratelli e Oftalmico di Milano e il Consorzio Lombardia Sanità.

**4.1.** Con la sentenza impugnata, il Tar della Lombardia ha respinto la censura di illegittima ammissione del Consorzio Lombardia Sanità, avendo questo dimostrato il possesso (con fattura del 31.05.2006) dell'autoambulanza per soccorso avanzato con termoculla da data anteriore all'espletamento della **gara**, a seguito del quale la Stazione appaltante aveva richiesto documentazione integrativa ai sensi dell'art. 16 D.Lgs. 157/95. Il Tar ha poi respinto la censura appuntata contro la D.G.R. VIII/001743 del 18/01/2006, considerato che con questo provvedimento, la Regione aveva preso atto della sentenza n. 497/2005 del T.A.R. della Lombardia ed aveva previsto la possibilità anche per i possessori di titolo rilasciato da altre Regioni di svolgere attività nella Regione Lombardia, se muniti di un previa verifica di equipollenza, fermo restando l'onere di richiedere la validazione in via preventiva ai fini dell'esercizio del servizio.

**4.2.** La sentenza ha invece accolto la censura di illegittima esclusione dell'Ati ricorrente, potendo la Stazione appaltante, in fase successiva all'aggiudicazione, pretendere il rispetto della delibera di G.R. VIII/1743 del 18.01.2006, anche perché il foglio di "chiarimenti", pubblicato sul sito ufficiale, andava considerato senz'altro tardivo, se ad esso doveva riconoscersi valore di interpretazione novativa dell'art. 7.5 del c.s.a.. Doveva, invece, considerarsi *inutiliter datum*, qualora gli si fosse attribuito valore di interpretazione autentica fedele al testo del capitolato.

**4.3.** La sentenza ha, infine, respinto la richiesta di risarcimento dei danni data la rinnovazione della **gara** soddisfacente dell'interesse del ricorrente.

**5.** Avverso la sentenza propone appello il Consorzio Lombardia Sanità che ribadisce l'inammissibilità del ricorso in primo grado perché l'A.T.I. Croce Amica One s.r.l. non avrebbe impugnato la delibera 0720 del 29.08.2006 di aggiudicazione al Consorzio Lombardia Sanità, nota alla ricorrente ancora prima dell'emanazione del provvedimento in quanto l'Azienda Ospedaliera Fatebenefratelli e Oftalmico di Milano aveva già rigettato le istanze di riammissione a suo tempo proposte. Chiede poi la riforma della decisione nella parte in cui ha accolto il motivo di ricorso avverso il comportamento

della stazione appaltante in relazione alla delibera di G.R. VIII/1743 del 18.01.2006 e riammesso la società alla **gara**.

**5.1.** L' A.T.I. Croce Amica One s.r.l. ha proposto controricorso con appello incidentale, contestando nel primo l'accoglimento dell'appello e nel secondo il rigetto delle proprie censure avverso la delibera di G.R. VIII/1743 del 18.01.2006, il rigetto della domanda risarcitoria e la compensazione delle spese del primo grado.

**5.2.** Si è costituita in giudizio la regione Lombardia.

**6.** La causa viene in decisione all'udienza del 13 novembre 2007.

## **DIRITTO**

**1.** È impugnata la sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale della Lombardia nella parte in cui -in parziale accoglimento del ricorso proposto dalla predetta Ati- ha annullato l'esclusione dall'Ati Croce Amica One s.r.l. dalla **gara** indetta dall'Azienda Ospedaliera Fatebenefratelli e Oftalmico di Milano per l'affidamento del servizio di trasporto malati e servizi diversi mediante autolettighe, per mancanza in capo alla consociata Croce Amica s.r.l. di Messina dell'autorizzazione della competente Asl della Regione Lombardia per il trasporto malati.

**1.1.** Degli altri motivi d'illegittimità, svolti nel ricorso introduttivo dell'Ati Croce Amica One s.r.l. nei confronti della D.G.R. VIII/001743 del 18/01/2006 contenente nuove determinazioni in materia di trasporto sanitario da parte di soggetti privati, la sentenza ha, invece, rigettato quello appuntato sulla preventiva verifica di equipollenza delle autorizzazioni rilasciate da altre regioni all'autorizzazione rilasciata dalla regione Lombardia.

**1.2.** Delle altre originarie censure, la sentenza ha anche rigettato quella sull'illegittima ammissione alla **gara** del Consorzio Lombardia Sanità, nonostante la mancanza di prova della proprietà di almeno un'autoambulanza per soccorso avanzato con termoculla, richiesto quale requisito necessario di ammissione alla **gara**.

**1.3.** La sentenza ha, infine, respinto la domanda risarcitoria avanzata dall'Ati Croce Amica One s.r.l. ed ha compensato integralmente fra le parti le spese di giudizio, ravvisandone i giusti motivi.

**2.** Precede la trattazione del merito, l'esame delle eccezioni d'inammissibilità del ricorso di primo grado svolte in via preliminare dal Consorzio Lombardia Sanità nell'atto introduttivo dell'appello principale.

**2.1.** La ricorrente Ati Croce Amica One non avrebbe impugnato l'atto di aggiudicazione definitiva della **gara**, operata con delibera n. 720 del 29 agosto 1986, nonostante prodotta in giudizio.



**2.2.** L'Ati ricorrente in primo grado non avrebbe neppure impugnato i reiterati provvedimenti di diniego di autotutela dell'Azienda Ospedaliera "Ospedale Fatebenefratelli e Oftalmico che ha sempre rigettato le sue istanze di riammissione alla **gara** e le diffide a revocare l'esclusione. L'inoppugnabilità dei dinieghi di riammissione determinerebbe il difetto di interesse dell'Ati ricorrente, appellata nel presente grado, all'ulteriore prosecuzione del giudizio.

**2.3.** Le eccezioni vanno disattese.

**2.3.1.** E' noto al Collegio l'indirizzo sull'improcedibilità del ricorso avverso l'esclusione che consegue all'omessa impugnazione dell'aggiudicazione definitiva, perché solo con questa si conclude il subprocedimento di esclusione della società appellante (*ex plurimis*: [Cons. Stato, V, 30 agosto 2006, n. 5076](#); [IV, 22 giugno 2006, n. 3851](#); V, 22 novembre 2005, n. 6487; [V, 6 marzo 2006, n. 1068](#); sez. V, 02 settembre 2005, n. 4472; V, 7 febbraio 2002, n. 698; V, 8 aprile 1997, n. 334). Conseguenza dell'omessa l'impugnazione è l'inutilità dell'eventuale decisione di accoglimento del ricorso proposto contro l'esclusione (equiparata, per questo aspetto, all'aggiudicazione provvisoria), da cui non potrebbe derivare la rimozione dell'aggiudicazione definitiva. Una volta impugnato in via autonoma il provvedimento di esclusione dalla **gara**, è perciò onere del ricorrente estendere l'impugnazione agli ulteriori atti pregiudizievoli fino all'aggiudicazione definitiva (Cons. Stato, V, 02 settembre 2005, n. 4472, V, 15 settembre 2001, n. 4820), ferma restando la facoltatività del ricorso contro l'aggiudicazione provvisoria, dato il sul carattere endoprocedimentale, riconosciuto anche dagli artt. 11 co. 4 e 12 D.Lgs. n. 163/2006).

**2.3.2.** In disparte l'esistenza di diverse impostazioni giurisprudenziali, nei casi in cui sia impugnato il provvedimento di esclusione dalla **gara**, perché l'impresa pretermessa conserva comunque l'interesse processualmente rilevante all'annullamento dell'esclusione, per richiedere, in presenza di tutti gli altri presupposti, il risarcimento del pregiudizio patrimoniale (Cons. Stato, IV, 21 gennaio 2003, n. 232; VI, 13 giugno 2005, n. 3089), osserva il Collegio che nel caso di specie il ricorso di primo grado si appunta anche contro "tutti gli atti consequenziali che fossero stato nella mora adottati (...) ed, in particolare, l'eventuale provvedimento di aggiudicazione che fosse nella more intervenuto e l'eventuale contratto che fosse stato nelle more stipulato con il controinteressato" (cfr. pag. 2 dell'atto introduttivo).

**2.3.3.** Aver rivolto espressamente, nel ricorso introduttivo, l'impugnazione anche nei confronti dell'aggiudicazione definitiva è indice del perdurare dell'interesse della ditta esclusa a poter beneficiare, nel caso di accoglimento, del risarcimento del danno anche se non della ripetizione della **gara** e del subentro all'aggiudicatario nella prestazione del servizio o della fornitura. Evenienza, questa, possibile, per la sola declaratoria d'illegittimità dell'esclusione, indipendentemente dal subentro o dalla ripetizione della **gara** alla presenza del concorrente escluso.

**2.4.** Neppure comporta acquiescenza e improcedibilità del ricorso il fatto che poi l'Ati Croce Amica One abbia omesso di impugnare i dinieghi di autotutela, succedutisi alle

diffide a revocare l'esclusione, dopo che questa è stata pronunziata dalla Commissione di **gara** nelle sedute del 30 giugno e del 10 agosto 2006.

**2.4.1.** Nella nota 29 agosto 2006, di risposta all'intimazione-diffida dell'Ati Croce Amica One a "revocare" l'esclusione, l'Azienda Ospedale Fatebenefratelli Oftalmico di Milano riafferma la legittimità dell'esclusione e la legittimità della delibera di Giunta n. 1743/2006 che ha previsto la preventiva verifica di equipollenza delle autorizzazioni rilasciate dalle altre regioni alle autorizzazioni rilasciate nella regione Lombardia.

**2.4.2.** Il provvedimento non fa quindi che perpetrare la lesione alla ricorrente già inflitta con i deliberati della Commissione in data 30 giugno e 10 agosto 2006 che ne aveva pronunziato l'esclusione dalla **gara**. Dato il suo carattere di mera conferma dell'esclusione, proprio della risposta del 29 agosto 2006, essa è priva di ogni elemento innovativo e non è suscettibile di impugnazione a pena d'improcedibilità del ricorso a suo tempo proposto nei confronti dell'esclusione.

**3.** Nel merito, precede, in ordine logico, l'esame del motivo contenuto nell'appello incidentale dell'Ati Croce Amica One, di illegittima ammissione alla **gara** del Consorzio Lombardia Sanità anche se non in possesso del requisito di capacità tecnica riguardante la proprietà dell'ambulanza con termoculla.

**3.1.** Secondo l'appellante incidentale, la decisione avrebbe erroneamente ritenuto ammissibile l'offerta del Consorzio nonostante priva dello specifico requisito di capacità tecnica e in assenza della relazione particolareggiata sui mezzi di trasporto richiesta dal capitolato speciale di appalto. Erroneamente la Commissione di **gara** avrebbe ammesso alla **gara** il Consorzio Lombardia Sanità, consentendo l'integrazione documentale tramite la richiesta di chiarimenti.

**3.2.** Il motivo è infondato.

**3.3.** Nel verbale del 9 giugno 2006, la Commissione aveva rilevato che il Consorzio, pur non specificando quale dei mezzi in suo possesso era dotato di termoculla, aveva rappresentato la possibilità di installare tale apparecchiatura su tutti i mezzi e si era reso disponibile ad effettuare l'installazione su richiesta dell'azienda ospedaliera. I chiarimenti richiesti concernevano tale dichiarazione.

**3.4.** A quanto risulta dal verbale 30 giugno 2006, il Consorzio, con lettera 30.06.2006 n. 24/2006, aveva fornito documentazione comprovante la proprietà dell'apparecchiatura da data anteriore alla scadenza del bando, documentazione consistente nella fattura di acquisto n. 102 del 31 maggio 2006 di una "incubatrice da trasporto per emergenze neonatali (usata)". Il Consorzio Lombardia Sanità aveva perciò documentato di essere in possesso della capacità tecnica per partecipare prima della scadenza del termine di presentazione delle domande.

**3.5.** Correttamente perciò la sentenza impugnata ha considerato il Consorzio Lombardia Sanità correttamente ammesso alla **gara**, essendo i documenti prodotti soltanto

dimostrativi di un requisito già esistente al momento della partecipazione e non integrativi *a posteriori* del requisito a quell'epoca mancante. Che poi lo stesso Consorzio abbia dichiarato che era possibile installare l'apparecchiatura in tutti i mezzi di trasporto, effettuandola su un particolare mezzo, se richiesto dell'azienda ospedaliera, attiene ad accordi successivi all'aggiudicazione ed esecutivi del contratto, che non incidono sull'esistenza del requisito e non inficiano, quindi, l'aggiudicazione.

**4.** Va, a questo punto esaminato il primo (e sostanzialmente unico) motivo di appello principale del Consorzio Lombardia Sanità nei confronti della decisione che avrebbe, per un verso considerato ammissibile l'offerta dell'Ati Croce Amica One nonostante priva di autorizzazione al trasporto sanitario valida nella regione Lombardia nonostante rilasciata dall'Asl di Messina e pertanto difforme dal capitolato speciale, per altro verso, avrebbe annullato l'esclusione dell'Ati ricorrente dalla **gara** per illegittimità dei chiarimenti in merito all'art. 7.5. del capitolato speciale pubblicato sul sito ufficiale della stazione appaltante.

**4.1.** Il motivo va rigettato per ambedue gli aspetti.

**4.2.** Secondo l'art. 7.5. del capitolato speciale le partecipanti dovevano allegare nella busta n. 2 recante la dicitura "documentazione" copia autentica dell'autorizzazione regionale all'esercizio del trasporto malati. Al momento di partecipare alla **gara**, il raggruppamento aveva prodotto le autorizzazioni di Croce Amica One rilasciate dalla Asl della Lombardia e la dichiarazione sostitutiva della consociata Croce Amica s.r.l. relativa all'esercizio trasporto infermi rilasciata dalla Regione Sicilia - Azienda Asl n. 5 di Messina. Il raggruppamento era stato escluso dalla **gara** per mancanza in capo a Croce Amica s.r.l. dell'autorizzazione sanitaria al trasporto malati rilasciata dalla competente Asl della regione Lombardia giusta il verbale del 30 giugno 2006.

**4.3.** Nel prosieguo, l'Ospedale Fatebenefratelli ha pubblicato sul proprio sito internet un foglio di chiarimenti sull'art. 7.5. del c.s.a. in ossequio alla nuova DGR VIII/001743 del 18/01/06, adottata dalla regione a seguito della sentenza del Tar Lombardia n. 497/2005 e all'ordinanza del Consiglio di Stato n. 2683/2005, nel quale si specifica che nell'art. 7.5. il comma "copia autentica dell'autorizzazione regionale all'esercizio delle funzioni proprie della Croce (trasporto malati) è modificato come segue: copia dell'autorizzazione rilasciata dall'Asl di competenza relativa all'esercizio delle funzioni proprie della Croce (trasporto malati)", così intendendo che l'autorizzazione doveva essere rilasciata nel rispetto delle procedure normate dalla Regione Lombardia con la richiamata DGR VIII/001743 del 18/01/06.

**4.4.** Correttamente la sentenza impugnata ha ritenuto il chiarimento inidoneo a giustificare l'esclusione del raggruppamento, non potendo la Stazione appaltante pretendere *a posteriori* il rispetto della delibera di G.R. VIII/1743 del 18.01.2006 e dovendo i chiarimenti pubblicati sul sito ufficiale ritenersi senz'altro tardivi qualora fossero considerati come interpretazione novativa dell'art. 7.5 del c.s.a. o *inutiliter dati* qualora fossero ritenuti interpretazione autentica fedele al testo del capitolato.

**4.5.** Rispetto al requisito richiesto dall'art. 7.5 del c.s.a del solo possesso dell'autorizzazione regionale al trasporto infermi, senza altra specificazione sulla regione di provenienza, il successivo chiarimento della sua conformità alla delibera di G.R. VIII/1743 del 18.01.06 costituisce integrazione postuma dei requisiti di partecipazione, difforme dalla *lex specialis* contenuta nel bando di **gara** e nel capitolato speciale, che invece vincolavano l'Amministrazione secondo il testo in origine pubblicato, come impone il criterio dell'affidamento.

**4.6.** Ancora correttamente l'integrazione è stata ritenuta inammissibile dalla sentenza impugnata sotto il diverso aspetto del suo riferimento alla precedente DGR VII/12753 16.04.2003, riportata nel capitolato speciale, sia perché la deliberazione era stata sostituita dopo la sentenza del Tar Lombardia n. 497/2005 e l'ordinanza del Consiglio di Stato n. 2683/2005 che ne avevano dichiarato l'illegittimità, sia perché la deliberazione stessa non era espressamente riportata nell'art. 7.5. del bando di **gara** e non era perciò in grado di produrre l'esclusione delle partecipanti che fossero sprovviste dell'autorizzazione rilasciata da un'Asl lombarda.

**4.7.** Discende il rigetto della censura in esame appuntata avverso la sentenza che non avrebbe tenuto conto, in sede di annullamento dell'esclusione, della DGR VII/12753 16.04.2003, richiamata dall'art. 3.1 del capitolato speciale. La prescrizione ivi contenuta, secondo la quale "di norma il servizio dovrà essere espletato mediante l'impiego di ambulanze ... come previsto nell'allegato tecnico del decreto del ministero dei trasporti 17/12/1987 n. 553 nonché da quanto previsto dalla normativa vigente nonché dalla DGR VII/12753 16.04.2003", non supera la conclusione dei primi giudici che la summenzionata delibera non era espressamente menzionata all'art. 7.5. del capitolato speciale e che pertanto non poteva essere assunta a causa di esclusione, tanto più se menzionata in un atto successivo e autonomo rispetto al capitolato speciale come gli anzidetti "chiarimenti" pubblicati sul sito ufficiale dell'Azienda ospedaliera.

**4.7.** Conseguisce il rigetto dell'appello principale del Consorzio Lombardia sanità e la conferma per questa parte della sentenza di primo grado.

**5.** Devono a questo punto essere esaminate le ulteriori censure dell'appello incidentale dell'Ati Croce Amica One, appuntate nei confronti della sentenza impugnata sia nella parte in cui ha respinto il ricorso nei confronti della DGR VII/12753 16.04.2003, che impone comunque l'onere di validazione delle autorizzazioni al trasporto malati rilasciate dalle altre regioni, sia nella parte in cui ha rigettato l'istanza di risarcimento del danno e compensato le spese del giudizio di primo grado.

**5.1.** L'appello incidentale va respinto per tutti i motivi.

**5.1.1.** Secondo il punto 4 lett. K della DGR VIII/001743 del 18/01/06, "le autorizzazioni al trasporto sanitario rilasciate da altra regione possono essere ritenute equipollenti alle autorizzazioni rilasciate dalle Asl della Regione Lombardia previa verifica nel merito della corrispondenza dei requisiti richiesti per il rilascio dell'autorizzazione ad altra regione a quelli tassativamente previsti dagli allegati ...(omissis) ...".

**5.1.2.** La verifica di equipollenza del rispetto delle regole tecniche predefinite dalla stessa Regione è stata ritenuta dalla sentenza impugnata non discriminatoria e conforme all'art. 2 del D.Lgs. 502/1992 che attribuisce alle regioni il potere normativo ed amministrativo in materia di organizzazione del servizio di trasporto sanitario.

**5.1.3.** E' anzitutto legittimo che la Regione abbia demandato la materia alla fonte secondaria e non l'abbia più regolata con norma primaria come accadeva in precedenza. Gli artt. 1 e 2 del D.Lgs. 502/1992 demandano alle regioni e alle province autonome le funzioni amministrative in materia di assistenza sanitaria e ospedaliera nonché la determinazione dei principi sull'organizzazione dei servizi e sull'attività destinata alla tutela della salute ... e le attività di indirizzo tecnico, promozione e supporto nei confronti delle predette unità sanitarie locali ed aziende, anche in relazione al controllo di gestione e alla valutazione della qualità delle prestazioni sanitarie.

**5.1.4.** L'unico limite posto dalla legge nazionale all'esercizio di tale coacervo di potestà è quello del rispetto dei principi stabiliti dalle leggi nazionali ma non quello della tipologia delle fonti. Per ciò che attiene all'organizzazione sotto il profilo tecnico dell'attività delle aziende sanitarie, è sicuramente difforme dai citati limiti la discriminazione fra i requisiti cui deve conformarsi l'attività di trasporto degli ammalati a seconda delle regioni in cui viene esercitata ma non certo la loro determinazione con un atto-fonte regolamentare e non legislativo. Nella materia della tutela della salute, soggetta alla potestà legislativa concorrente delle regioni, ai sensi dell'art. 117 co. 3 cost., sono, infatti, le regioni competenti – ove non sia prescritta dalla Costituzione una riserva di legge - a determinare quali materie disciplinare con norma primaria. È perciò pienamente legittimo che, nella regione Lombardia, particolari settori di attività, di rilievo puramente strumentale ed organizzativo, siano rimessi alla disciplina regolamentare anche quando in precedenza siano stati in precedenza regolati con norme primarie, essendo – alle condizioni sopra precisate - la scelta dell'atto fonte col quale regolare una particolare materia anche manifestazione di autonomia della regione, insindacabile come tale.

**5.1.5.** Alla verifica di equipollenza dei fra i criteri vigenti nella regione delle autorizzazioni rilasciate da regioni diverse, non sono, poi, di ostacolo i principi affermati dallo Tar Lombardia nella sentenza del 2 marzo 2005, n. 497 che ha annullato la DGR n. 12573 del 16.04.2003 precedentemente vigente in *subjecta materia*, stante il contenuto del tutto preclusivo alla validità all'interno della Regione Lombardia delle autorizzazioni rilasciate da altre regioni. La verifica di equipollenza richiesta dalla successiva deliberazione regionale non appare, poi, in contrasto né con i principi stabiliti dalla Costituzione e né con quelli della Direttiva 92/50/CEE in materia di libera circolazione e di libertà di esercizio dell'attività economica.

**5.1.6.** L'affermazione del Tar della Lombardia sull'illogicità del diniego all'impiego di automezzi autorizzati da parte di Asl appartenenti ad altre regioni, essendo i requisiti tecnici definiti dalla normativa generale contenuta nei decreti ministeriali 20 novembre 1997 e 17 dicembre 1987 n. 553, non implica che alla regione sia impedito di effettuare una verifica di equipollenza onde accertare la conformità del rispetto delle stesse

prescrizioni regolamentari, ben potendo i requisiti tecnici variare da regione a regione, nel rispetto dei requisiti minimi stabiliti nei decreti ministeriali citati.

**5.1.7.** In materia sanitaria, l'esercizio dei diritti alla libera circolazione garantiti dagli artt. 3, 41 e 120 Cost. dalla Direttiva 92/50/CEE concernente esercizio dell'attività economica deve essere temperato ai principi, di pari rilevanza, dell'art. 32 cost. a salvaguardia della salute, la cui osservanza è necessaria anche nel momento del trasporto, durante il quale si manifesta la necessità di assistenza adeguata e conforme agli standard prescritti a tutela della condizione dell'infermo ed all'efficienza ed efficacia del servizio.

**5.1.8.** Principi, il cui rispetto ben può estendersi sino ad imporre la necessità di una verifica, preventiva o successiva all'aggiudicazione (e pertanto al servizio sul territorio regionale), della conformità dei mezzi adibiti al trasporto dei malati ai requisiti stabiliti in via generale dall'amministrazione e recepiti dalla regione in un proprio provvedimento generale, a sua volta espressivo di autonomia regionale, onde accertarne la corrispondenza tra i requisiti tecnici e funzionali, posti dalla Regione, nel cui ambito deve essere svolto il servizio oggetto dell'aggiudicazione, e quelli sul presupposto dei quali è stata emessa l'autorizzazione, imputabile ad altra regione o ad organismo a questa strumentale.

**5.1.9.** Non vale richiamare la circolare n. 135208 del 23.11.2004 della regione Lazio che ha dichiarato la piena equipollenza delle autorizzazioni rilasciate da altre regioni prescrivendo alla partecipante alla **gara** la semplice autocertificazione salva la possibilità di effettuare le necessarie verifiche nei confronti dell'aggiudicatario. Fa parte dell'autonomia organizzativa propria di ciascuna regione attribuire carattere necessario o eventuale alla verifica di equipollenza. Che pertanto la regione Lombardia subordini l'esecuzione della **gara** al previo esito positivo della verifica di equivalenza, non può essere tacciato di ingiustizia o di irrazionalità.

**5.2.** La censura va conclusivamente respinta. E così le successive.

**5.2.1.** Secondo la costante giurisprudenza di questo Consiglio, il risarcimento che consegue all'annullamento giurisdizionale implica la valutazione dell'atto che si assume illecito alla luce dei vizi che lo inficiano e della gravità delle violazioni imputabili all'Amministrazione (Cons. Stato, IV, 1 ottobre 2007, n. 5052; V, 08 maggio 2007, n. 2119), dovendo verificarsi che l'adozione e l'esecuzione dell'atto impugnato sia avvenuta in violazione delle regole di imparzialità, di correttezza e di buona fede alle quali l'esercizio della funzione deve costantemente ispirarsi (Cons. Stato, V, 06 marzo 2007, n. 1049).

**5.2.2.** Precetti questi che devono considerarsi osservati quando la novità, complessità e opinabilità delle circostanze nelle quali si è trovata da operare, escludano la illiceità dell'attività della p.a. (Cons. Stato, VI, 25 gennaio 2007, n. 270). E' indubbio, nella presente fattispecie, che la complessità delle questioni, ancora *sub judice* al momento dell'emanazione del bando di **gara** e della conclusione dei lavori della Commissione

aggiudicatrice, valgano appieno ad escludere l'ingiustificabilità e quindi l'illiceità dell'azione amministrativa.

**5.2.3.** Le operazioni di **gara** si sono concluse il 10 agosto 2006, quasi contemporaneamente all'emanazione della sentenza n. 3241 del 21 giugno 2006 di questo Consiglio che dichiarato improcedibile l'appello nei confronti della citata sentenza del Tar della Lombardia n. 497/05, in considerazione della delibera di G.R. 18 gennaio 2006, n. VIII/1743, con la quale, in ossequio a quanto precisato nell'ordinanza della Sezione n. 2683/2005 (di rigetto dell'istanza cautelare avverso la citata sentenza del Tar), la regione aveva revocato la delibera di G.R. 16 aprile 2003, n. VII/12753 ed introdotto il criterio dell'equipollenza delle autorizzazioni rilasciate da altre Regioni a quelle degli operatori autorizzati nella Lombardia.

**5.2.4.** Nell'incertezza dovuta al susseguirsi di provvedimenti amministrativi e giudiziali di diverso segno e contenuto, non appare provato il comportamento illecito dell'Azienda Ospedaliera "Ospedale Fatebenefratelli e Oftalmico" di Milano e correttamente perciò, la sentenza impugnata ha respinto la domanda risarcitoria. Il Tar ha, poi rilevato che Croce Amica s.r.l. non aveva presentato domanda di equipollenza dei requisiti del proprio automezzo.

**5.3.** In relazione alla complessità della vicenda la sentenza di primo grado ha ritenuto di dover compensare le spese. Altrettanto ritiene l'adito Collegio, con rigetto del pedissequo motivo di appello.

**5.3.1.** Anche se non sorretta da specifica motivazione la compensazione delle spese del giudizio può essere comunque pronunziata quando i giusti motivi emergano di per sé dalla complessità delle questioni trattate (arg. Cass., sez. II, 21 marzo 2007, n. 6681).

**6.** Dalla complessità delle questioni e dalla loro novità discende anche la compensazione delle spese nel presente grado.

**7.** In conclusione devono essere respinti sia l'appello principale che quello incidentale e, va per l'effetto, confermata la sentenza impugnata anche se per le ragioni indicate in motivazione.

### **P.Q.M.**

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, respinge l'appello principale e l'appello incidentale. Conferma con diversa motivazione la sentenza impugnata

Spese del grado compensate.

Ordina che la presente decisione sia eseguita dall'Autorità amministrativa.

Così deciso in Roma, dal Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), nella camera di consiglio del 13 novembre 2007, con l'intervento dei Signori:

Raffaele Iannotta Presidente

Cesare Lamberti rel. est Consigliere

Aldo Fera Consigliere

Caro Lucrezio Monticelli Consigliere

Adolfo Metro Consigliere

**L'Estensore Il Presidente**

f.to Cesare Lamberti f.to Raffaele Iannotta

Il Segretario

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

8-09-08

(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)

p. Il Direttore della Sezione

f.to Livia Patroni Griffi

*Ric. N. 1842-2007*

RA