

Pubblicato il 02/05/2023

N. 00389/2023 REG.PROV.COLL.

N. 00883/2022 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia

sezione staccata di Brescia (Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 883 del 2022, proposto da Elifly International S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Flavio Iacovone e Giuseppe Roberto Falla, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Consorzio Forestale Due Parchi, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Davide Santoro, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Elimast S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Alessandro Pellegrino e Antonio Passaro, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

- della determinazione del Consorzio Forestale Due Parchi n. 39 del 14 settembre 2022 con cui è stata aggiudicata alla Elimast S.r.l., la “procedura negoziata promossa ex art. 1 co 2 lett. b) della l. 120/2020 finalizzata alla stipula di un accordo quadro con un solo operatore definito all’art. 3 co. 1 lett. iii) del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 per l’affidamento del servizio di nolo a caldo di elicottero necessario al trasporto di materiale da esbosco vegetale 2 nell’ambito dei lavori di “pulizia e messa in sicurezza di vari corsi d’acqua per contenimento rischio idrogeologico” in comune di Vione” (doc. 1);

- della determina a contrarre n. 24 del 9 giugno 2022 (doc. 2), del disciplinare di gara (doc. 3), del capitolato prestazionale (doc. 4) e di tutti gli atti relativi alla presente procedura di gara, nella parte in cui consentono la partecipazione alla procedura *de qua* ad imprese che, come l'aggiudicataria, intendano eseguire il servizio 'in esercizio' con imprese terze non concorrenti, nonché nella parte in cui non prevedono una base d'asta;
- di tutti gli atti ad esso presupposti, conseguenti e comunque connessi, anche non cognitivi, tra cui: l'avviso di indagine di mercato del 9 giugno 2022 (doc. 5), il verbale di gara n. 1 del 28 e 29 luglio 2022 (doc. 6) e l'avviso di aggiudicazione del 14 settembre 2022 (doc. 7);
- nonché per l'annullamento, ai sensi e per gli effetti dell'art. 116, comma 2, c.p.a., della nota trasmessa a mezzo pec in data 3 ottobre 2022 (doc. 8) con cui il Consorzio Forestale Due Parchi ha parzialmente negato l'ostensione dei documenti richiesti con l'istanza di accesso agli atti integrativa presentata da Elifly in data 30 settembre 2022 (doc. 9).

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Consorzio Forestale Due Parchi e di Elimast S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 19 aprile 2023 il dott. Ariberto Sabino Limongelli e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Il Consorzio Forestale Due Parchi, quale ente affidatario *in house* del Comune di Vione (BS) dei lavori di messa in sicurezza di vari corsi d'acqua per il contenimento del rischio idrogeologico, ha indetto in data 9 giugno 2022, previa indagine di mercato, una procedura negoziata senza previa pubblicazione di bando, ai sensi degli articoli 63 d. lgs. n. 50/2016 e 1 comma 2 lett. b) della L. 120/2020, per l'affidamento, mediante stipula di un accordo quadro con un solo operatore, del "servizio di nolo a caldo di elicottero necessario al trasporto di materiale da esbosco vegetale nell'ambito dei lavori di pulizia e messa in sicurezza di vari corsi d'acqua per contenimento rischio idrogeologico in Comune di Vione"; affidamento da aggiudicare in base al criterio del minor prezzo totale offerto.
2. La durata dell'accordo quadro è stata stabilita in anni tre, con la previsione di una soglia massima di affidamento pari ad € 196.000,00 IVA esclusa.
3. Il disciplinare di gara ha previsto, in particolare, all'art. 2, che avrebbero potuto partecipare alla gara "tutti i soggetti di cui agli artt. 45, 47 e 48 del D. Lgs. n. 50/2016" in possesso dei requisiti di cui agli artt. 80 e 83 del disciplinare medesimo, consistente nell'"avere adeguate idoneità professionale, capacità economica e finanziaria nonché le capacità tecniche e professionali identificati al punto 11.2 del presente disciplinare".

4. Alla gara hanno partecipato due concorrenti: Ecofly International s.r.l. ed Elimast s.r.l.

5. All'esito della verifica del possesso dei requisiti di partecipazione, entrambe le ditte sono state ammesse alla fase della valutazione delle offerte; in particolare, quanto alla concorrente Elimast s.r.l., la stazione appaltante ha rilevato - come si legge nella motivazione del provvedimento di aggiudicazione - che, "Preso atto dell'esito delle verifiche sulla regolarità tecnica svolto con il supporto dei tecnici Enac, si evince come la ditta offerente (Elimast) sia priva di licenze proprie al volo ed operi in esercizio con la società E+S Air che risulta in possesso delle licenze necessarie ad effettuare il servizio richiesto, così come sul certificato di immatricolazione risulta annotata l'esercizio nell'apposito campo".

6. Quindi, all'esito all'esame delle offerte, con determinazione n. 39 del 14 settembre 2022 la gara è stata aggiudicata alla ditta Elimast s.r.l., che ha offerto il prezzo più basso.

7. Con ricorso notificato il 14 ottobre 2022 e ritualmente depositato, Elifly ha impugnato il provvedimento di aggiudicazione e ne ha chiesto l'annullamento sulla base di cinque motivi, di cui i primi tre (II, III, IV) dedotti in via principale e diretti a conseguire l'annullamento della sola aggiudicazione ai fini del subentro di essa ricorrente, gli altri due (V, VI) dedotti in via subordinata e diretti a conseguire l'annullamento dell'intera procedura di gara ai fini della sua riedizione. Inoltre, con un primo motivo (I), la ricorrente ha formulato domanda incidentale di accesso ex art. 116 comma 2 c.p.a. alla documentazione richiesta alla stazione appaltante con istanza del 30 settembre 2022, vale a dire a "tutta la corrispondenza intercorsa, nell'ambito della procedura di gara in oggetto, tra questa Spett.le amministrazione ed ENAC, unitamente alla documentazione ad essa in qualunque modo collegata, relativa alle verifiche svolte sulle società Elimast s.r.l. ed E+S air S.r.l.".

8. Nel dettaglio, la domanda principale di annullamento degli atti impugnati è stata affidata alle seguenti censure.

8.1) Con una prima censura (n. II in ricorso), la parte ricorrente ha dedotto l'illegittimità del provvedimento di aggiudicazione, lamentando la sussistenza di molteplici vizi di violazione di legge e di eccesso di potere; secondo la ricorrente, la ditta Elimast avrebbe dovuto essere esclusa dalla procedura di gara in quanto lo svolgimento del servizio "in esercizio" con la ditta E+S S.r.l., rimasta estranea alla procedura di gara, determinerebbe di fatto una cessione del contratto vietata dalla legge ai sensi dell'art. 105, comma 1, del d.lgs. n. 50/2016, nonché la violazione della disciplina codicistica relativa alle forme di partecipazione plurisoggettiva alle gare e alla verifica del possesso dei requisiti generali; in particolare, la ditta Elimast, in quanto pacificamente priva dei requisiti di capacità tecnica e professionale richiesti dall'art. 11.2 del disciplinare, non avrebbe potuto partecipare alla procedura, alla quale sarebbe stata legittimata a partecipare esclusivamente la ditta E+S Air s.r.l., questa sì in possesso dei predetti requisiti ma rimasta estranea alla procedura; inoltre, attraverso il predetto *escamotage*, l'aggiudicataria avrebbe di fatto eluso la disciplina codicistica in ordine alle forme di partecipazione plurisoggettiva alle gare d'appalto, di cui agli artt. 45, 47 e 48 del d.lgs. 50/2016, peraltro espressamente richiamati dal disciplinare di gara (art. 2), e avrebbe conseguito l'obiettivo di far svolgere il servizio ad una impresa terza, estranea alla gara, e nei confronti della quale la stazione appaltante non avrebbe svolto alcuna verifica in ordine al possesso dei requisiti di ordine generale di cui all'art. 80 d. lgs. n. 50/2016.

8.2) Con il secondo motivo (n. III in ricorso), la parte ricorrente ha dedotto l'illegittimità del provvedimento di aggiudicazione perché la stazione appaltante avrebbe affidato l'appalto ad un soggetto privo dei requisiti di idoneità e di capacità tecnica e professionale di cui all'art. 83, comma 1, lett. a) e c) del d. lgs. n. 50/2016; nel caso di specie, infatti, la ditta aggiudicataria, avendo

dichiarato in gara di essere priva delle licenze necessarie all'espletamento del servizio e di essere soltanto la proprietaria del velivolo che verrebbe impiegato nello stesso e che verrebbe gestito "in esecenza" dalla ditta E+S Air s.r.l., si sarebbe indebitamente qualificata in gara sfruttando requisiti di idoneità professionale posseduti da un'impresa terza, che non ha partecipato alla gara, in violazione delle disposizioni codicistiche che impongono che i requisiti di idoneità professionale siano posseduti in proprio dal concorrente; analoghe considerazioni varrebbero per il requisito del possesso di un pilota qualificato, dal momento che anche quest'ultimo sarebbe in realtà un dipendente della ditta E+S Air S.r.l..

8.3) Con il terzo motivo (n. IV in ricorso), la parte ricorrente dedotto l'illegittimità del provvedimento di aggiudicazione sul rilievo che la stazione appaltante avrebbe ommesso di attivare la verifica di congruità dell'offerta aggiudicataria, nonostante la presenza di consistenti indizi di anomalia, quali il prezzo offerto da Elimast, pari a quasi la metà di quello offerto dalla ricorrente, troppo basso per consentire la remuneratività dell'offerta, tenuto conto dei costi relativi al carburante (incidente per circa il 30% sul totale dei costi) e all'accantonamento tecnico per scopi di manutenzione e sicurezza (ammontante a circa il 45% del totale); tali costi, sommati a quelli del lavoro, stimato dall'aggiudicataria in € 90.000, su un importo totale della gara pari ad € 196.0000, sarebbero tali da erodere interamente la remuneratività dell'offerta.

Il quarto e il quinto motivo, come detto, sono stati dedotti in via subordinata al fine di ottenere l'annullamento dell'intera procedura di gara.

8.4) Con il quarto motivo (n. V in ricorso), la parte ricorrente ha esteso le medesime censure di cui ai primi due motivi al disciplinare e agli altri atti di gara, per l'ipotesi in cui gli stessi dovessero essere interpretati nel senso di consentire la partecipazione alla gara anche a soggetti privi dei requisiti di partecipazione, che intendano eseguire il servizio "in esecenza" con imprese terze non concorrenti.

8.5) Infine, con il quinto e ultimo motivo, la parte ricorrente ha dedotto l'illegittimità degli atti di gara per aver ommesso di indicare l'importo posto a base di gara, elemento essenziale ai fini della determinazione del valore stimato del contratto e quindi, indirettamente, ai fini dell'applicazione delle soglie comunitarie, nonché ai fini dell'eventuale verifica di anomalia delle offerte; peraltro, tale omissione sarebbe illogica e irragionevole perché non sarebbe stato fornito ai concorrenti alcun riferimento utile alla necessaria ponderazione del contenuto della propria offerta, con il rischio che alla stazione appaltante pervenissero offerte non congrue al valore dell'appalto

9. Il Consorzio Forestale Due Parchi si è costituito in giudizio depositando documentazione e memoria difensiva, eccependo l'inammissibilità della domanda di accesso, perché già oggetto di un precedente diniego del 31 agosto 2022 (a fronte di istanza del 24 agosto 2022), non impugnato dalla ricorrente, rispetto al quale il successivo diniego del 3 ottobre 2022 sarebbe atto meramente confermativo; in subordine, nel merito, contestando la fondatezza della domanda di accesso e chiedendone il rigetto.

10. Si è costituita in giudizio anche la parte controinteressata Elimast s.r.l., eccependo con memoria l'inammissibilità della domanda di accesso per ragioni analoghe a quelle del Consorzio; in subordine, peraltro, dichiarando di non opporsi all'ostensione dei documenti richiesti, in quanto totalmente inconferenti ai fini del sindacato di legittimità dei provvedimenti impugnati in via principale.

11. Con ordinanza collegiale n. 1376 del 27 dicembre 2022, la Sezione ha accolto la domanda di accesso e condannato la stazione appaltante a consentire l'accesso di parte ricorrente alla

documentazione richiesta con l'istanza del 30 settembre 2022, entro il termine di giorni 30 dalla comunicazione della presente ordinanza, rinviando alla sentenza definitiva la regolazione delle spese della fase processuale.

12. L'Amministrazione ha ottemperato in data 24 gennaio 2023.

13. Successivamente, in prossimità dell'udienza di merito, le parti hanno integrato la propria documentazione e depositato memorie conclusive e di replica nei termini di rito; le parti resistenti hanno chiesto il rigetto delle domande di annullamento proposte dalla parte ricorrente; quest'ultima ha insistito per l'accoglimento del ricorso e, in via preliminare, chiesto di essere autorizzata al deposito tardivo di un documento di AGCM dell'11 aprile 2023, in quanto acquisito soltanto in data successiva alla scadenza del termine di cui all'art. 73 c.p.a.

14. All'udienza pubblica del 19 aprile 2023, dopo la discussione dei difensori delle parti, la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. Si può prescindere dall'esame dell'istanza di autorizzazione al deposito documentale tardivo proposta dalla difesa di parte ricorrente dal momento che il documento in questione, nell'attestare che la ditta Elimast s.r.l. era priva, in proprio, dei requisiti di partecipazione alla gara, non sembra introdurre elementi di novità rilevanti ai fini della decisione della controversia, trattandosi di un elemento già documentato e pacifico in atti: il nodo della controversia consiste infatti nel verificare se Elimast, pur priva, in proprio, dei requisiti di partecipazione alla gara, fosse nondimeno legittimata a parteciparvi sulla base del rapporto di "esercenza" in atto con la E+S Air s.r.l., pacificamente in possesso dei requisiti di capacità tecnica e professionale richiesti dalla legge di gara, ma rimasta estranea alla procedura.

2. Passando quindi ad esaminare il merito delle censure proposte dalla parte ricorrente, ritiene il Collegio che sia fondata e assorbente quella dedotta con il secondo motivo.

2.1. Giova osservare che la gara in esame ha avuto ad oggetto la stipula di un accordo quadro con un solo operatore per l'affidamento del servizio di nolo a caldo di un elicottero necessario al trasporto di materiale da esbosco vegetale. Conformemente al suo oggetto, la legge di gara ha ammesso a parteciparvi "tutti i soggetti di cui agli artt. 45, 47 e 48 del D. Lgs. n. 50/2016" in possesso dei necessari requisiti idoneità professionale, capacità economica e finanziaria e capacità tecnica e professionale richiesti dall'art. 11.2 del disciplinare di gara.

2.2. In particolare, l'art. 11.2 del disciplinare ha previsto i seguenti requisiti di "capacità tecnica e professionale e finanziaria":

(i) iscrizione "alla Camera di Commercio per attività attinenti a quelle da eseguirsi per l'appalto (Quindi pari o similari/analoghe all'esercizio dell'attività di trasporto aereo Codice ateco 51.21.00 o comunque similari o compatibili)";

(ii) esecuzione del servizio "avvalendosi di un aereo-mobile utile allo svolgimento dello stesso con portata massima al gancio baricentrico fino a 1.400,00 kg sul livello del mare come indicato nel computo metrico di progetto nel rispetto del CSA di gara (allegare caratteristiche tecniche dello stesso e i relativi certificati abilitativi quali immatricolazione, certificato di aereo-navigabilità, esercenza) dell'aereo-mobile con cui s'intende eseguire il servizio richiesto";

(iii) esecuzione del servizio “con pilota abilitato di comprovata esperienza che si occuperà della guida dell’aereo-mobile con il quale si intende svolgere il servizio (allegare CV del pilota ove riportato le esperienze lavorative su cantieri di bonifica forestale o simili e i documenti che ne attestino l’abilitazione al pilotaggio)”.

2.3. In sostanza, la legge di gara ha richiesto che il concorrente dichiarasse e comprovasse di operare nello specifico settore interessato dall’appalto, e di avere la disponibilità materiale e giuridica delle risorse materiali e umane necessarie all’esecuzione del servizio, vale a dire di un velivolo dotato di specifiche caratteristiche tecniche e delle relative abilitazioni e certificazioni (inclusa quella relativa alla “esercenza”) e di un pilota abilitato di comprovata esperienza.

2.4. Come si evince dal verbale di gara n. 1 del 28-29 luglio 2022, la società Elimast s.r.l., aggiudicataria della gara, ha documentato in gara esclusivamente il possesso del requisito di cui sub a), ossia l’iscrizione nella Camera di Commercio per attività compatibile con quella oggetto di gara; in relazione agli altri due requisiti, invece, è pacifico che Elimast è esclusivamente la proprietaria del velivolo che verrebbe utilizzato per l’esecuzione del servizio ed è invece priva di licenze proprie che la abilitino all’utilizzo del medesimo e così anche di un pilota abilitato di comprovata esperienza.

2.5. In gara - e nel presente giudizio - Elimast ha precisato di potersi avvalere per l’esercizio dell’attività di altro operatore, la società E+S Air s.r.l., in possesso dei requisiti di qualificazione richiesti dalla legge di gara; ciò in forza di un rapporto di “esercenza” intercorrente tra le due società, debitamente trascritto nel registro aeronautico e annotato sul certificato di immatricolazione del velivolo, come previsto dagli articoli 874 e ss. del Codice della Navigazione.

3. Ritiene il Collegio che l’argomento utilizzato in gara da Elimast per potersi qualificare nella procedura di gara, recepito e fatto proprio dalla stazione appaltante, sia illegittimo, in quanto si fonda su un utilizzo non corretto e fuorviante dell’istituto della “esercenza”, che nel caso di specie è stato indebitamente parificato a una sorta di “avvalimento”: cosa che tuttavia non è.

3.1. In base al Codice della Navigazione (artt. 874 e ss.):

- la “esercenza” è la condizione giuridica del soggetto che “*assume l’esercizio di un aeromobile*” e che, in quanto tale, assume su di sé tutte le responsabilità legate all’esercizio dell’attività e tutti gli obblighi connessi, consistenti nel munirsi delle abilitazioni e delle certificazioni previste dalla legge per lo svolgimento della specifica attività; come precisato nella gara in esame dall’Enac nella email dell’8 settembre 2022 depositata in giudizio da parte ricorrente, “Attraverso l’istituto dell’esercenza, il proprietario del bene mobile registrato trasferisce tutte le responsabilità legate all’esercizio dell’aeromobile all’esercente che ne risponde *in toto*. Se per effettuare una certa operazione occorre un permesso, una autorizzazione o una certificazione è l’esercente che se ne deve far carico, non il proprietario. Analogamente, se durante le operazioni si incorre in violazioni, l’esercente ne risponde”;

- l’esercenza di un aeromobile, allorchè sia attribuita ad un soggetto diverso dal proprietario del medesimo, deve essere conferita con apposito contratto scritto, salvo che non abbia durata inferiore a sei mesi; tale contratto può assumere, di volta in volta, forme giuridiche diverse, purchè idonee a conferire all’esercente la disponibilità giuridica e materiale dell’aeromobile; con elencazione esemplificativa e non esaustiva, Enac precisa sul proprio sito istituzionale che gli strumenti normalmente adoperati a tal fine sono la locazione operativa e la locazione finanziaria (nel caso di rapporto a titolo oneroso) ovvero il comodato d’uso (nel caso di rapporto a titolo gratuito);

- il soggetto a cui è attribuita l'esercenza deve farne dichiarazione all'Enac nelle forme previste dal Codice, e tale dichiarazione deve essere trascritta dall'ente di regolazione nel registro aeronautico nazionale e annotata sul certificato di immatricolazione del velivolo;

- in mancanza della dichiarazione di esercenza, debitamente resa pubblica, si presume esercente il proprietario dell'aeromobile, fino a prova contraria.

3.2. Ebbene, alla luce di tali previsioni, l'esercenza indica semplicemente la condizione giuridica del soggetto che, in forza di un titolo giuridico (di proprietà o di godimento), ha acquisito la disponibilità giuridica e materiale di un aeromobile e che, essendo peraltro in possesso di tutte le abilitazioni e certificazioni necessarie ad esercirlo, è come tale abilitato all'esercizio di quello specifico aeromobile.

3.3. Diversamente dall'avvalimento, l'esercenza, allorchè sia attribuita ad un soggetto diverso dal proprietario, non obbliga di per sé l'esercente a mettere le proprie risorse a disposizione del concedente o di terzi, ma semplicemente lo abilita all'esercizio dell'attività nel rispetto delle formalità e delle comunicazioni obbligatorie previste dal Codice della navigazione; ciò non toglie che le parti possano pattuire, nell'esercizio della propria autonoma negoziale, l'obbligo dell'esercente di mettere a disposizione del concedente e/o di terzi le proprie risorse materiali e umane per un tempo determinato o per una specifica finalità, ma, in assenza di tale pattuizione, la condizione giuridica dell'"esercente" è semplicemente - come detto - quella di un soggetto che, in virtù di un titolo negoziale e delle necessarie abilitazioni di legge, è legittimato ad esercire un aeromobile.

3.4. Nel caso di specie, è documentato in giudizio che la società Elimast s.r.l., aggiudicataria della gara, ha concesso in locazione alla società E+S Air s.r.l., con contratto del 3 aprile 2022 registrato il 6 aprile 2020, a tempo indeterminato, lo specifico elicottero che verrebbe impiegato per l'svolgimento del servizio oggetto della gara in esame. In forza di tale contratto, la società Elimast ha trasferito alla società conduttrice la "esercenza" dell'aeromobile, così privandosi della disponibilità giuridica e materiale del velivolo per l'intera durata del contratto. Come previsto dal Codice della navigazione, l'esercenza è stata dichiarata dalla società conduttrice E+S Air s.r.l. ad Enac ed è stata debitamente trascritta e annotata dall'ente di regolazione nelle forme di legge, come accertato dalla stazione appaltante nel corso della procedura di gara (cfr. email del 8 settembre 2022 inviata dal Consorzio a Enac).

3.5. Ciò comporta che, nel momento in cui ha presentato la propria domanda di partecipazione alla gara in esame, Elimast era priva dei requisiti di partecipazione di cui alle lettere b) e c) di cui all'articolo 11.2. del disciplinare di gara, avendo trasferito ad altro soggetto la disponibilità giuridica e materiale dell'aeromobile necessario ad espletare il servizio, e con essa anche l'esercenza del medesimo, ed essendo priva peraltro, nella propria dotazione organica, anche di un pilota abilitato di comprovata esperienza da impiegare nello svolgimento dello specifico servizio.

3.6. Né soccorre, al riguardo, il "contratto di affidamento esclusivo di elicottero con pilota" del 1° dicembre 2021 (prodotto in giudizio da Elimast nel presente giudizio sub doc. 12); contratto in forza del quale E+S Air s.r.l si è impegnata a prestare ad Elimast, a fronte di corrispettivo in denaro, "il servizio di trasporto aereo, relativamente all'elicottero di cui al punto d) delle premesse, a decorrere dal 01/12/2021 al 31/12/2022", e quindi "a gestire tecnicamente l'elicottero citato in premessa per le attività di trasporto passeggeri e lavoro aereo"; tale contratto, ad avviso del Collegio, non può rilevare ai fini della integrazione dei requisiti di partecipazione richiesti dalla legge di gara, atteso che:

(i) in primo luogo, non risulta che il predetto contratto sia stato prodotto da Elimast nella procedura di gara per comprovare il possesso dei requisiti di qualificazione, e quindi non risulta essere mai stato esaminato dalla stazione appaltante, la quale ha ammesso la concorrente alla gara sulla base del mero rapporto di “esercenza” dichiarato dalla concorrente con la ditta E+S Air s.r.l., parificandolo sostanzialmente - ma indebitamente - ad un avvalimento; di conseguenza, il documento non può essere preso in considerazione nel presente giudizio per il divieto di cui all’art. 34 comma 3 c.p.a.

(ii) in secondo luogo, il predetto contratto, diversamente da quello di locazione con cui è stata trasferita ad E+S Air s.r.l. la disponibilità giuridica e materiale dell’aeromobile, non risulta essere stato registrato, ed è pertanto privo di data certa: il che non consente di ritenerne comprovata la preesistenza alla gara in esame (e al presente giudizio);

(iii) in terzo luogo, tale contratto non può essere parificato ad un avvalimento, mancando degli imprescindibili requisiti di cui all’art. 89 comma 1 d. lgs. 50/2016, ossia la dichiarazione dell’impresa ausiliata circa il possesso da parte dell’ausiliaria dei requisiti generali di cui all’art. 80, e la dichiarazione di impegno dell’impresa ausiliaria di mettere a disposizione dell’impresa ausiliata e della stazione appaltante le risorse necessarie all’espletamento del servizio oggetto di gara per l’intera durata del contratto;

(iv) infine - e soprattutto – il predetto contratto è stato stipulato per il solo periodo dal 1° dicembre 2021 al 31 dicembre 2022, e quindi per un periodo che non copre, se non per pochi mesi, la durata triennale dell’accordo quadro oggetto della procedura di gara, e quindi non è idoneo a consentire ad Elimast di disporre dei requisiti di capacità tecnica e professionale necessari all’espletamento del servizio per l’intera durata del rapporto contrattuale.

4. Alla stregua di tali considerazioni, il secondo motivo di ricorso è fondato e va accolto, dal momento che la gara è stata aggiudicata ad una impresa priva dei requisiti di qualificazione richiesti dalla legge di gara per lo svolgimento dello specifico servizio, e che come tale avrebbe dovuto essere esclusa dalla procedura. Va pertanto disposto l’annullamento del provvedimento di aggiudicazione, con il conseguente assorbimento delle censure residue.

5. Le spese di lite seguono la soccombenza e sono liquidate in dispositivo, tenendo conto anche dell’esito della fase incidentale di accesso di cui all’art. 116 comma 2 c.p.a.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia sezione staccata di Brescia (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l’effetto annulla la determinazione del Consorzio Forestale Due Parchi n. 39 del 14 settembre 2022 di aggiudicazione ad Elimast S.r.l. della gara oggetto del presente giudizio.

Condanna il Consorzio Forestale Due Parchi ed Elimast s.r.l., in solido tra loro, a rifondere alla parte ricorrente le spese di lite, che liquida in € 5.000,00 (cinquemila), oltre accessori di legge e rimborso del contributo unificato come per legge.

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

Così deciso in Brescia nella camera di consiglio del giorno 19 aprile 2023 con l’intervento dei magistrati:

Angelo Gabbricci, Presidente

Ariberto Sabino Limongelli, Consigliere, Estensore

Luca Pavia, Referendario

L'ESTENSORE

Ariberto Sabino Limongelli

IL PRESIDENTE

Angelo Gabbricci

IL SEGRETARIO