

Pubblicato il 20/12/2019

N. 00176/2019 REG.PROV.COLL.  
N. 00142/2019 REG.RIC.



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

**Il Tribunale Regionale di Giustizia Amministrativa di Trento**

**(Sezione Unica)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 142 del 2019, integrato con motivi aggiunti, proposto dalla società Airbus Helicopter S.a.s., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Giannalberto Mazzei, Salvatore Lamarca, Arcangelo Pecchia e Federica Politi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

*contro*

- la Provincia autonoma di Trento, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Nicolò Pedrazzoli, Sabrina Azzolini e Giuliana Fozzer, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto in Trento, piazza Dante n. 15, presso l'avvocato Sabrina Azzolini;
- la Cassa provinciale Antincendi;

*nei confronti*

Società Leonardo S.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Mario Esposito, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

*per l'annullamento*

- quanto al ricorso principale, della delibera del Consiglio di Amministrazione della Cassa provinciale antincendi della Provincia autonoma di Trento n. 16 del 20 giugno 2019, avente il seguente oggetto *“Aggiornamento del piano pluriennale 2019-2021, per l'acquisto di dotazioni strumentali per il funzionamento del Corpo permanente dei VVF di Trento, approvato con deliberazione n. 13 del 30 aprile 2019”*, con cui è stato modificato il piano pluriennale 2019-2021 prevedendo l'acquisto di un elicottero modello AW139, prodotto dalla società Leonardo S.p.a., con l'assegnazione di risorse finanziarie pari a euro 16.000.000,00, nonché di ogni altro atto presupposto e/o conseguente, ivi compreso l'eventuale provvedimento di aggiudicazione e/o affidamento della fornitura alla società Leonardo,

- quanto al primo ricorso per motivi aggiunti, della determinazione del dirigente della Cassa provinciale antincendi della Provincia autonoma di Trento n. 68 del 14 agosto 2019 avente il seguente oggetto *“Autorizzazione all'espletamento di una procedura negoziata ex art. 63 del d.lgs. n. 50/2016, per l'affidamento della fornitura di un elicottero AW 139 Long nose, con allestimento sanitario e verricello esterno, per la dotazione di servizio del Nucleo elicotteri della Provincia autonoma di Trento”*, nonché dell'avviso ai sensi dell'art. 8 della legge provinciale n. 2/2016, per la manifestazione di interesse alla partecipazione alla procedura per *«l'affidamento della fornitura di un elicottero AW 139 Long nose, nuovo o usato, con contestuale ritiro a titolo di parziale permuta, dell'elicottero AW 139 S/N 31369 incidentato»*, e di ogni altro atto presupposto e/o conseguente, ivi compreso l'eventuale provvedimento di aggiudicazione e/o affidamento della fornitura alla società Leonardo,

- quanto al secondo ricorso per motivi aggiunti, per l'annullamento degli atti già impugnati con i precedenti ricorsi, nonché della relazione del Servizio antincendi e protezione civile, Nucleo elicotteri VVF in data 13 giugno 2019 richiamata nella suddetta delibera n. 16 del 20 giugno 2019;

nonché per la declaratoria di inefficacia del contratto di appalto eventualmente stipulato e per la condanna dell'Amministrazione al risarcimento del danno ovvero, in via subordinata, per la condanna dell'Amministrazione all'indizione di una nuova procedura, conforme alla vigente normativa in materia di contratti pubblici;

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Provincia Autonoma di Trento e della società Leonardo S.p.a.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 12 dicembre 2019 il dott. Carlo Polidori e uditi gli avvocati Salvatore Lamarca e Giannalberto Mazzei per la società ricorrente, l'avvocato Sabrina Azzolini per la Provincia di Trento e l'avvocato Mario Esposito per la controinteressata;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

#### FATTO

1. La società francese Airbus Helicopters S.a.s. (di seguito anche "Airbus") - specializzata nella progettazione, sviluppo e produzione di elicotteri per uso civile (mezzi di soccorso anche alpino, salvataggio e antincendi) e militare - con il ricorso principale riferisce quanto segue. Essa produce e commercializza numerosi modelli di elicotteri, tra i quali - per quanto rileva in questa sede - modelli adibiti ad elisoccorso: HEMS (*Helicopter Emergency Medical Service*) e SAR (*Search and Rescue*). Nell'ambito di una gara d'appalto indetta dalla Giunta provinciale della Provincia di Trento nell'anno 2000 la Eurocopter S.a.s. (oggi Airbus) era risultata aggiudicataria della fornitura dell'elicottero AS365N3 Dauphin, tuttora in dotazione al Servizio antincendi e protezione civile della Provincia di Trento. In seguito però la Giunta provinciale con la delibera n. 558 del 16 marzo 2007 ha deciso di acquistare, senza alcuna procedura concorsuale, due elicotteri modello AW139, ritenendo tale modello come *«l'unico mezzo presente sul mercato in grado di soddisfare le esigenze*

*della Provincia*». Tale provvedimento è stato impugnato dalla Eurocopter, non ravvisandosi alcuna delle eccezionali ipotesi che legittimavano il ricorso all'affidamento diretto dell'appalto, stante l'idoneità tecnica di altri modelli di elicotteri. La controversia si è conclusa con la sentenza del Consiglio di Stato n. 2600 del 27 gennaio 2009 che, riformando la sentenza di questo Tribunale n. 161 dell'8 luglio 2008, ha accolto il ricorso di primo grado ed ha annullato la predetta delibera n. 558. In particolare il Consiglio di Stato ha affermato in motivazione che *«sul mercato esistono diversi altri modelli di elicotteri bimotore perfettamente idonei allo svolgimento delle missioni indicate»*, che *«tali modelli concorrono abitualmente in gare d'appalto in Europa e nel mondo»* e che *«è vietato prevedere specifiche tecniche che indichino prodotti di una determinata fabbricazione o provenienza a meno di non inserire la clausola di equivalenza»*. Anche la Corte di giustizia dell'Unione Europea (Sez. II, 2 ottobre 2008, n. C-157/06; Grande sezione, 8 aprile 2008, n. C-337/05) ha censurato la prassi italiana di affidare direttamente appalti per la fornitura di elicotteri a destinazione civile. Ciononostante Airbus è venuta a conoscenza, tramite articoli di stampa, dell'intenzione della Cassa provinciale antincendi di acquistare un nuovo elicottero modello AW139 per sostituire uno dei due elicotteri modello AW139 già in uso al Nucleo elicotteri, divenuto inutilizzabile a seguito di un incidente occorso nel marzo 2017. In particolare il Consiglio di amministrazione della Cassa con l'impugnata delibera n. 16 del 20 giugno 2019 ha deciso l'acquisto di un elicottero modello AW139 - mezzo dal costo di circa 15 milioni di euro, ben superiore a quello di analoghi modelli prodotti da Airbus - senza esperire preventivamente alcuna delle procedure previste dalla normativa in materia di contratti pubblici, affermando in motivazione che *«la scelta del modello di elicottero e di allestimento HEMS da acquistare non possa che indirizzarsi verso un mezzo identico a quello in dotazione e cioè l'AW 139»* e richiamando al riguardo la *«relazione elaborata dai responsabili tecnici e operativi del Nucleo elicotteri, ... dove sono dettagliatamente e sostanziosamente illustrate le motivazioni di ordine tecnico, economico e operativo a sostegno di tale scelta»*.

2. Airbus con il ricorso principale - premesso che la relazione del Nucleo elicotteri richiamata nella delibera n. 16/2019 non risulta pubblicata ed è oggetto di un'apposita richiesta di accesso documentale - di tale provvedimento chiede l'annullamento deducendo le seguenti censure.

*I) Violazione della direttiva 2014/24/UE del 26 febbraio 2014 e, in particolare, degli articoli 18, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32 e 49; violazione e falsa applicazione del d.lgs. 50/2016; violazione e falsa applicazione della legge provinciale n. 23/1990; violazione degli articoli 1 e 3 della legge n. 241/1990; violazione dei principi di massima partecipazione alle procedure di gara, parità di trattamento, non discriminazione e trasparenza, buon andamento, imparzialità, efficacia e proporzionalità dell'attività amministrativa; violazione del principio di libera concorrenza.*

In base alla legislazione vigente un'amministrazione aggiudicatrice può derogare alle procedure di evidenza pubblica solo nei casi tassativamente individuati come, ad esempio, quando le forniture possono essere effettuate solo da un determinato operatore economico perché la concorrenza è assente per motivi tecnici. La stessa CGUE (Sez. II, 2 ottobre 2008, n. C-157/06; Grande sezione, 8 aprile 2008, n. C-337/05) - nel censurare la prassi italiana di attribuire direttamente appalti per la fornitura di elicotteri per usi civili - ha statuito che ogni deroga alle norme volte a garantire l'efficacia dei diritti conferiti dal Trattato nel settore degli appalti pubblici deve essere interpretata restrittivamente e che grava sull'amministrazione l'onere di dimostrare la sussistenza dei presupposti che giustificano la deroga.

Tanto premesso, nella fattispecie in esame non ricorrono i presupposti per derogare alle norme sull'evidenza pubblica in quanto - come riconosciuto dal Consiglio di Stato nella sentenza n. 2600 del 2009 - il mercato mondiale dei velivoli destinati all'elisoccorso alpino è notoriamente concorrenziale, e la standardizzazione dei requisiti tecnici dei mezzi destinati a svolgere tale servizio non giustifica il ricorso a procedure negoziate senza previa pubblicazione di un bando. Nel caso in esame l'Amministrazione non ha fornito alcuna plausibile giustificazione dell'acquisto diretto del modello

AW139, limitandosi ad evidenziare come l'acquisto «*non possa che indirizzarsi verso un mezzo identico a quello in dotazione*». Del resto, motivazioni di natura tecnica - peraltro ancora ignote - non precluderebbero comunque lo svolgimento di una gara pubblica, perché esistono sul mercato diversi modelli di elicottero che presentano tutte le caratteristiche richieste per svolgere, secondo i più rigorosi standard di sicurezza, la missione di elisoccorso alpino, come dimostra il fatto che i mezzi prodotti da Airbus svolgono missioni di elisoccorso su territori che presentano caratteristiche analoghe a quelle del territorio della Provincia di Trento. Ad esempio, Airbus per soddisfare le esigenze operative del Nucleo elicotteri può proporre un modello come l'H145, che già opera su territori limitrofi a quelli della Provincia di Trento (Pieve di Cadore, Bolzano, Bressanone, Brescia e Verona), sia di giorno sia di notte, ed è in grado di atterrare con facilità nelle zone impervie, tipiche del territorio trentino, pur trasportando medico, infermiere e soccorritore alpino, perché ha un peso massimo al decollo quasi dimezzato rispetto a quello dell'AW139. Inoltre, il modello H145 è in grado di operare ad alta quota e garantisce la massima silenziosità in fase di decollo e atterraggio in prossimità degli ospedali dei centri cittadini. Il modello AW139 ha un costo di acquisto superiore di circa il 50% rispetto a quello dell'H145 e costi di manutenzione e consumo di combustibile superiori di circa il 70% rispetto a quelli dell'H145. In definitiva, a prescindere dalle singole caratteristiche tecniche o prestazionali di velivoli, che possono differire da modello a modello, i mezzi prodotti e commercializzati da Airbus e da altri operatori del settore sono in grado di garantire le prestazioni richieste dalla Cassa antincendi. Pertanto - non potendo il modello AW139 essere considerato *a priori* l'unico mezzo in grado di soddisfare le esigenze dell'Amministrazione - la scelta di tale modello contrasta con la normativa vigente perché comporta che la commessa venga affidata alla società Leonardo, la quale ad oggi è l'unico operatore in grado di fornirlo, con conseguente lesione immediata della sfera giuridica della ricorrente.

II) *Violazione degli articoli 68 e 87 del d.lgs. n. 50/2016; violazione degli articoli 1 e 3 della legge n. 241/1990; eccesso di potere per difetto di motivazione e irragionevolezza dell'attività amministrativa, difetto di istruttoria, erronea valutazione dei presupposti in fatto e in diritto, contraddittorietà e sviamento di potere; violazione del principio di proporzionalità e del principio di equivalenza dei prodotti offerti, disparità di trattamento; violazione del principio di massima partecipazione alle procedure di gara.*

L'impugnata delibera viola anche gli articoli 68 e 87 del decreto legislativo n. 50/2016, perché non è prevista la c.d. clausola di equivalenza con riferimento a mezzi che possano egualmente soddisfare gli standard di sicurezza richiesti dall'Amministrazione ed, anzi, si precisa in motivazione come «*la scelta del modello di elicottero e di allestimento HEMS da acquistare non possa che essere indirizzarsi verso un mezzo identico a quello in dotazione e cioè l'AW 139*», nonostante la presenza sul mercato di altri modelli idonei a svolgere il servizio di elisoccorso alpino.

III) *Violazione degli articoli 1 e 3 della l. n. 241/1990, del d.lgs. n. 50/2016 e della legge provinciale n. 23/1990; eccesso di potere per carenza di motivazione, carenza di istruttoria e violazione del principio di buona amministrazione.*

Nell'impugnata delibera non sono indicate le ragioni che possano giustificare il ricorso alla procedura negoziata, benché spetti all'Amministrazione dimostrare i motivi tecnici che rendono necessario affidare la fornitura ad una determinata impresa.

3. Airbus con il ricorso per motivi aggiunti depositato in data 11 ottobre 2019 preliminarmente riferisce che solo dopo la notifica del ricorso principale è venuta a conoscenza della determina del dirigente della Cassa provinciale antincendi n. 68 del 14 agosto 2019, con la quale - in attuazione della già impugnata delibera n. 16/2019 - è stato dato avvio alla procedura ex art. 63 del decreto legislativo n. 50/2016 per l'affidamento della fornitura di un elicottero modello AW139 e che in tale provvedimento l'avvio di una procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando è motivato anche in ragione dell'esito della consultazione preliminare di mercato di cui

all'avviso del 14 dicembre 2018, avente ad oggetto «*l'affidamento della fornitura di un elicottero AW139 Long nose, nuovo o usato, con contestuale ritiro a titolo di parziale permuta, dell'elicottero AW139 S/N 31369 incidentato*».

4. Quindi Airbus con il ricorso per motivi aggiunti impugna tale avviso e la determina n. 68/2019 chiedendone l'annullamento per i seguenti motivi.

I) *Illegittimità derivata per effetto dei vizi che inficiano la delibera n. 16/2019: violazione della direttiva 2014/24/UE del 26 febbraio 2014 e, in particolare, degli articoli 18, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32 e 49; violazione e falsa applicazione del d.lgs. n. 50/2016; violazione e falsa applicazione della legge provinciale n. 23/1990; violazione degli articoli 1 e 3 della legge n. 241/1990; violazione dei principi di massima partecipazione alle procedure di gara, parità di trattamento, non discriminazione e trasparenza, buon andamento, imparzialità, efficacia e proporzionalità dell'attività amministrativa; violazione del principio di libera concorrenza.*

La determina n. 68/2019 è un provvedimento attuativo della delibera n. 16/2019 e, quindi, al pari di tale delibera - oltre a porsi in contrasto con l'art. 63 del decreto legislativo n. 50/2016 e con l'art. 21 della legge provinciale n. 23/1990, perché mancano i presupposti per il ricorso alla procedura negoziata - contrasta con gli articoli 68 e 87 del decreto legislativo n. 50/2016 ed è viziata per carenza di istruttoria e di motivazione.

II) *Violazione degli articoli 1 e 3 della legge n. 241/1990; violazione dell'art. 66 del d.lgs. n. 50/2016; eccesso di potere per difetto di istruttoria, illogicità e contraddittorietà estrinseca della motivazione; violazione dei principi di massima partecipazione alle procedure di gara, parità di trattamento e non discriminazione; irragionevolezza dell'azione amministrativa.*

La determina n. 68/2019 è illegittima anche perché giustifica la decisione di esperire una procedura negoziata senza bando non solo adducendo la necessità di dare attuazione alla delibera n. 16/2019, ma anche invocando l'esito della consultazione preliminare di mercato svolta nel dicembre 2018, all'esito della quale è pervenuta una manifestazione di interesse solo dalla società Leonardo. Tale *modus operandi* è irragionevole perché la fornitura di un

elicottero modello AW139 può evidentemente essere effettuata soltanto dal produttore, ossia da Leonardo. Inoltre la scelta tra le varie opzioni possibili - riparazione dell'elicottero sinistrato, noleggio a lungo termine e acquisto di un nuovo elicottero - così come la scelta se acquisire un elicottero del tipo di quelli già in dotazione oppure un modello equivalente, non era stata ancora formalmente operata al momento della pubblicazione dell'avviso. Al riguardo l'art. 66 del decreto legislativo n. 50/2016 prevede che *“Prima dell'avvio di una procedura di appalto, le amministrazioni aggiudicatrici possono svolgere consultazioni di mercato per la preparazione dell'appalto e per lo svolgimento della relativa procedura e per informare gli operatori economici degli appalti da esse programmati e dei requisiti relativi a questi ultimi”*. Anche le linee guida ANAC n. 14 recanti *“Indicazioni sulle consultazioni preliminari di mercato”* (approvate con la delibera n. 161 del 6 marzo 2019) precisano che *«La consultazione si svolge dopo la programmazione e prima dell'avvio del procedimento per la selezione del contraente»*. Parimenti, secondo il Consiglio di Stato (cfr. il parere n. 445 del 17 gennaio 2019, sullo schema di Linee guida recanti *“Indicazioni sulle consultazioni preliminari di mercato”*), *«la naturale collocazione dell'istituto è nella fase successiva alla programmazione anche per evitare che si possa influire, in modo più o meno trasparente, proprio sull'atto di programmazione che, come è noto, è cruciale per la successiva attività della stazione appaltante»*. Pertanto il procedimento relativo alle forniture di beni e servizi comporta, in ordine logico-giuridico: A) l'individuazione dei bisogni dell'Amministrazione e la programmazione delle forniture volti a soddisfarli; B) l'eventuale consultazione del mercato, volta a informare gli interessati degli appalti previsti ed eventualmente a chiedere un supporto per la loro preparazione; C) l'esperimento della procedura di gara. Invece nel caso in esame c'è stata una palese inversione logico-procedimentale perché l'Amministrazione dapprima si è rivolta al mercato, chiedendo se ci fosse un operatore interessato a fornire un elicottero modello AW139, e poi ha valutato e deciso di procedere all'acquisto di tale elicottero, senza però considerare che alla consultazione per la fornitura di un elicottero della specie

richiesta poteva rispondere soltanto Leonardo. Inoltre tale consultazione di mercato è stata superata dalle successive delibere, che non l'hanno minimamente presa in considerazione, come dimostra il fatto che la Cassa antincendi nel proprio piano pluriennale 2019-2020 (approvato con la delibera n. 13/2019) non ha programmato l'acquisto di un elicottero e tanto meno l'acquisto di un elicottero modello AW139.

5. La Provincia di Trento, nel costituirsi in giudizio per resistere al ricorso, in data 21 ottobre 2019 ha prodotto, tra l'altro, copia della relazione del Nucleo elicotteri del 13 giugno 2019 (richiamata nella motivazione della delibera n. 16/2019) recante *«valutazioni tecnico/operative sulle modalità di completamento del parco mezzi con l'eventuale acquisto di un nuovo elicottero»* - ove sono comparate due opzioni: l'acquisto di un elicottero dello stesso tipo di uno di quelli già in uso e l'acquisto di un elicottero di tipo diverso - nonché copia del verbale della seduta del Consiglio di amministrazione della Cassa antincendi del 20 giugno 2019.

6. Airbus con memoria depositata in data 22 ottobre 2019 - premesso che le motivazioni tecniche delle impugnate decisioni sono state tardivamente rese note e comunque non erano mai state comunicate, né allegate ai provvedimenti impugnati, a loro volta non pubblicati - nel riservarsi di proporre motivi aggiunti ha osservato che tali motivazioni finiscono per dimostrare la fondatezza delle susposte censure. In particolare, secondo la ricorrente, la relazione del Nucleo elicotteri non dimostra affatto l'impossibilità tecnica di acquisire elicotteri diversi dall'AW139 e, soprattutto, non contiene alcuna valutazione comparativa tra i costi ed i notevoli risparmi che deriverebbero dalla scelta di velivoli più leggeri ed economici (rispetto all'AW139), valutazione comparativa che avrebbe richiesto lo svolgimento di una procedura di gara, eventualmente preceduta da una consultazione preliminare di mercato aperta a più operatori del settore.

7. La Provincia di Trento con memoria depositata in data 22 ottobre 2019 ha preliminarmente evidenziato che, a seguito dell'incidente aereo del marzo

2017, essendo la dotazione minima di tre elicotteri garantita solo provvisoriamente attraverso il noleggio di un elicottero modello AW139, si è reso necessario considerare le diverse opzioni per il ripristino della flotta. L'ipotesi della ricostruzione dell'elicottero incidentato, pur valutata attraverso una stima della spesa, è stata accantonata per ragioni economiche. Quindi con l'impugnata delibera n. 16/2019, tenuto conto dell'assetto organizzativo del Nucleo elicotteri e sulla scorta di valutazioni di natura economica, si è deciso di acquistare un nuovo elicottero; in particolare, in forza delle motivazioni tecniche espresse dal Nucleo elicotteri nella relazione del 13 giugno 2019 si è deciso di acquistare un elicottero modello AW139, analogo a quelli già in dotazione. Peraltro tali valutazioni erano già note all'Amministrazione in data 14 dicembre 2018, quando si è provveduto alla pubblicazione dell'avviso ai sensi dell'art. 8 della legge provinciale n. 2/2016, volto a individuare gli operatori economici interessati alla fornitura di un elicottero modello AW139, nuovo o usato, avente le caratteristiche tecniche e l'allestimento indicati, tramite parziale permuta con l'elicottero incidentato. In particolare l'avviso chiariva che l'Amministrazione si riservava di affidare la fornitura mediante procedura negoziata qualora all'esito della consultazione fosse risultato confermato che solo il costruttore, ossia Leonardo, sarebbe stato in grado di offrire il mezzo richiesto alle condizioni fissate nell'avviso. Essendo pervenuta alla prevista scadenza solo la manifestazione di interesse di Leonardo, sono state adottate la delibera n. 16/2019 e la determinazione n. 68/2019.

Quindi la Provincia - in replica alle contestazioni mosse alla decisione di acquistare un elicottero modello AW139 tramite una procedura negoziata ai sensi dell'art. 63, comma 2, lett. b), n. 2, del decreto legislativo n. 50/2016 - ha dedotto innanzi tutto che, qualora la flotta fosse composta da un ulteriore elicottero di tipo diverso da quelli già in dotazione, si determinerebbero difficoltà operative tali da compromettere il servizio di elisoccorso, non solo nella fase transitoria dell'adeguamento delle abilitazioni e delle licenze operative per l'inserimento del nuovo modello, ma anche nella fase a regime.

Dunque - pur non ricorrendo i presupposti di cui all'art. 63, comma 3, lett. b), del decreto legislativo n. 50/2016, relativo al rinnovo parziale di forniture e impianti o all'ampliamento di impianti esistenti - sussiste comunque l'esigenza di acquisire un mezzo identico ad uno dei due già in dotazione, in ragione delle difficoltà tecniche derivanti dall'applicazione delle misure di sicurezza relative alle operazioni di volo che sarebbe necessario rispettare in caso di acquisto di un elicottero diverso dagli altri due già in uso. Ad esempio, le norme per la sicurezza degli operatori di volo raccomandano di non assegnare allo stesso pilota voli su differenti tipi di elicottero nello stesso giorno; dunque, posto che gli elicotteri sono soggetti ad un fermo per manutenzione ordinaria della durata indicativa di un'ora al giorno, qualora l'elicottero già utilizzato nella giornata da un pilota dovesse essere sottoposto a manutenzione, il pilota si troverebbe a poter utilizzare uno solo dei due elicotteri rimanenti, così compromettendo la regolarità del servizio di elisoccorso.

Né rileva, secondo la Provincia, la giurisprudenza invocata da controparte. Infatti la CGUE nella sentenza di cui alla causa C-157/06 (relativa all'acquisto di elicotteri per le Forze di polizia e il Corpo nazionale dei vigili del fuoco) ha rilevato che le invocate ragioni connesse alla segretezza della fornitura e alla vigenza di speciali misure di sicurezza non erano sufficienti per giustificare il ricorso alla procedura negoziata. La stessa CGUE nella sentenza sulla causa C-337/05 si è limitata ad affermare che non erano state dimostrate esigenze di omogeneità delle flotte dei vari corpi militari e civili dello Stato tali da giustificare il ricorso alla procedura negoziata, essendo stati adottati solo i vantaggi derivanti dall'interoperabilità degli elicotteri adoperati dai diversi corpi, ma senza provare *«un'incompatibilità ovvero difficoltà tecniche di uso o di manutenzione sproporzionate»*. Invece nel caso in esame si tratta della flotta del solo Nucleo elicotteri e - considerati il ridotto numero dei piloti che lo compongono (14 persone) e la complessiva consistenza della flotta (3 elicotteri) - le difficoltà operative derivanti dalle norma che esclude la

possibilità di assegnare lo stesso giorno al medesimo pilota missioni di volo su più di due tipi di elicotteri rappresentano, di per sé, una ragione sufficiente per giustificare il ricorso alla procedura negoziata.

A confutazione della dedotta violazione degli articoli 68 e 87 del decreto legislativo n. 50/2016 e delle censure incentrate sul difetto di istruttoria e di motivazione la Provincia ha ribadito le difficoltà tecniche già addotte in replica al primo motivo.

Infine, riguardo alle censure incentrate sulla violazione dell'art. 66 del decreto legislativo n. 50/2016, la Provincia ha dedotto che dalla successione degli atti impugnati emerge come - una volta assunta dal Consiglio di amministrazione della Cassa la decisione di acquistare un elicottero modello AW139 - con l'avviso del 14 dicembre 2018 è stata avviata una consultazione volta a *«verificare se la fornitura dell'elicottero AW 139 Long Nose, nuovo o usato, avente le caratteristiche tecniche e l'allestimento e alle condizioni e nei tempi, il tutto come riportato in dettaglio nell'allegato 1) al presente avviso, previo ritiro dell'elicottero AW 139 s/n 31369 incidentato, può essere svolta dal solo fornitore originario Leonardo S.p.A., ovvero se sono presenti sul mercato anche altri operatori economici interessati ed in grado di effettuare la fornitura»*; dunque - posto che in realtà non si trattava di una vera e propria consultazione preliminare di mercato, bensì di una *«indagine di mercato volta a verificare l'effettiva infungibilità della prestazione, ossia ad accertare la presenza sul mercato di altri eventuali operatori economici disponibili ed interessati a fornire il bene richiesto, alle condizioni stabilite»* - risulta inconferente quanto prescritto dall'ANAC con le Linee guida n. 14, peraltro non vincolanti.

8. La società Leonardo (di seguito anche "controinteressata") con memoria depositata in data 22 ottobre 2019 ha preliminarmente eccepito la tardività e l'inammissibilità del ricorso per carenza di interesse osservando innanzi tutto l'avviso del 14 dicembre 2018 si configura non già come un mero strumento di sondaggio del mercato (ossia come un mezzo per acquisire una conoscenza del mercato e, quindi, dell'esistenza di imprese potenziali contraenti e delle condizioni contrattuali che sono disposte a praticare), bensì come un vero e

proprio «atto indittivo di una gara ufficiosa», perché nell'avviso sono stati fissati tutti gli elementi e le condizioni della futura commessa, nonché le regole e i termini di partecipazione alla relativa selezione, e l'Amministrazione ha poi trasfuso i termini e le condizioni di cui all'avviso negli atti della procedura negoziata. Inoltre, secondo la giurisprudenza, in caso di gara ufficiosa la posizione degli potenzialmente interessati può acquistare consistenza di interesse legittimo solo in caso di partecipazione alla gara (ovvero di tempestiva contestazione in sede giurisdizionale), mentre la ricorrente ha scelto di astenersi dal partecipare alla gara ufficiosa (eventualmente invocando il principio dell'equivalenza) e di non impugnare tempestivamente il suddetto avviso, con l'ulteriore conseguenza che il ricorso è, per un verso, inammissibile per carenza di interesse, perché la ricorrente non ha preso parte alla procedura avviata con la pubblicazione dell'avviso del 14 dicembre 2018; per l'altro, irricevibile per tardività, perché la ricorrente non ha tempestivamente impugnato il predetto avviso (ossia entro il 13 gennaio 2019), così determinandone il consolidamento.

Fermo restando quanto precede, la domanda di annullamento della delibera n. 16/2019 e della determina n. 68/2019 è comunque tardiva, risultando proposta ben oltre il termine di 30 giorni decorrente dalla pubblicazione sul profilo del committente. Del resto dai documenti depositati unitamente al ricorso si evince che Airbus è venuta a conoscenza dell'intenzione dell'Amministrazione di acquistare un elicottero modello AW139 da articoli di stampa risalenti a maggio e giugno 2019.

Sempre in via preliminare la controinteressata ha eccepito la nullità e/o inammissibilità del ricorso principale e dei motivi aggiunti per difetto di censure specifiche.

Nel merito la controinteressata ha replicato che le suesposte censure muovono da un erroneo presupposto, perché la Cassa antincendi non aveva soltanto la necessità di acquistare un elicottero idoneo allo svolgimento del servizio di elisoccorso, bensì l'esigenza specifica di reintegrare la flotta già in

dotazione al Nucleo elicotteri, e che è stato correttamente esperito ogni possibile tentativo di sostituire il mezzo incidentato ricorrendo ad una procedura aperta al mercato. La possibilità di acquisire un mezzo diverso da quelli già in uso è stata valutata, ma è stata esclusa in base alle risultanze della relazione del Nucleo elicotteri, e l'Amministrazione ha cercato di verificare, mediante la gara ufficiosa esperita nel dicembre 2018, se vi fossero operatori interessati fornire un elicottero modello AW139, nuovo o usato, da poter inserire nella flotta, ma ha ricevuto solo la manifestazione di interesse di Leonardo.

9. Questo Tribunale con l'ordinanza 24 ottobre 2019, n. 50, ha accolto la domanda cautelare proposta da Airbus evidenziando in motivazione *«che - impregiudicata ogni valutazione sulle eccezioni preliminari sollevate dalla controinteressata - avendo la ricorrente manifestato l'intenzione di proporre ulteriori motivi aggiunti in ragione della documentazione prodotta dalla Provincia solo in data 21 ottobre 2019, in prossimità della camera di consiglio, al danno prospettato dalla ricorrente medesima è possibile ovviare fissando l'udienza del 12 dicembre 2019 per la trattazione del merito e sospendendo nelle more i provvedimenti impugnati»*.

10. Airbus con un secondo ricorso per motivi aggiunti, depositato in data 21 novembre 2019, avverso gli atti già impugnati con i precedenti ricorsi, nonché avverso la relazione del Nucleo elicotteri del 13 giugno 2019 ha dedotto le seguenti censure.

*I) Violazione della direttiva 2014/24/UE del 26 febbraio 2014; del decreto legislativo n. 50/2016 e, in particolare, degli articoli 63, 68 e 87; della legge provinciale n. 23/1990, in particolare dell'art. 21; violazione dei principi sull'aggiudicazione dei contratti pubblici (art. 31, comma 1, del decreto legislativo n. 50/2016); eccesso di potere per irragionevolezza.*

La relazione del Nucleo elicotteri non dimostra affatto l'impossibilità tecnica di acquisire un modello di elicottero diverso dall'AW139, perché tale possibilità viene scartata soltanto per ragioni di opportunità e di convenienza economica. La Provincia stessa sostanzialmente ammette che non ricorrono i

presupposti di cui all'art. 63, comma 2, lett. b), del decreto legislativo n. 50/2016, ma prospetta una sorta di applicazione analogica di tale disposizione. Invece all'esito di una corretta valutazione comparativa - eventualmente preceduta da una consultazione preliminare di mercato aperta a più operatori del settore - sarebbe emerso che sul mercato esistono mezzi alternativi all'AW139, idonei a garantire la piena funzionalità del servizio di elisoccorso a costi inferiori, e tale valutazione comparativa si rendeva a maggior ragione necessaria nel caso in quanto, come evidenziato nella relazione del Nucleo elicotteri, la scelta del modello da acquistare in questa fase è destinata a vincolare anche i futuri acquisti, in caso di riorganizzazione della flotta o comunque quando si renderà necessario sostituire gli attuali velivoli.

II) *Illegittimità derivata: eccesso di potere per difetto di istruttoria, erronea rappresentazione dei fatti, irragionevolezza, motivazione incogrua e insufficiente, violazione dei principi generale in materia di gare pubbliche e sviamento di potere.*

Premesso che dal verbale della riunione del Consiglio di amministrazione del 20 giugno 2019 e dalla motivazione della delibera n. 16/2019 si desume che la scelta operata con tale delibera si fonda sulla relazione del Nucleo elicotteri, le ragioni tecniche ivi esposte sono smentite dalla relazione tecnica di parte versata in atti e costituente parte integrante del ricorso per motivi aggiunti, ove si dimostra che la scelta dell'elicottero modello AW139 non solo non costituisce l'unica soluzione possibile, ma neppure risponde a motivi di opportunità.

Secondo la logica operativa illustrata nella relazione del Nucleo elicotteri, nelle ore diurne sono contemporaneamente operativi e lavorano in parallelo due elicotteri, con due distinti equipaggi; tuttavia in ragione dell'utilizzo dell'elicottero modello AW139, che ha un peso massimo al decollo di 7000 kg, i piloti non sono abilitati ad operare su più di due diversi modelli. In particolare nella relazione si afferma che gli «*ulteriori fattori che influenzano negativamente l'operatività del Nucleo, sono dettati dalle attuali norme che impongono, per*

*le nostre operazioni, che un pilota non possa operare su tre tipi diversi di elicotteri, se uno ha una massa massima al decollo superiore a 5700 Kg», per cui «un pilota nell'ambito dello stesso giorno non può essere impiegato su due tipi diversi di elicottero». Tuttavia il Nucleo elicotteri omette di evidenziare che è proprio l'utilizzo dell'AW139 che determina tali limitazioni tecnico-operative, perché ha un peso massimo al decollo di 7.000 kg. In altri termini è la pregressa scelta dell'AW139, che si intende reiterare per sostituire l'elicottero incidentato, che crea le limitazioni tecnico-operative della flotta, perché nessuna norma di sicurezza prescrive che almeno due degli elicotteri in dotazione al Nucleo elicotteri siano dello stesso tipo. Del resto lo stesso Nucleo elicotteri riconosce che si tratta di un problema risolvibile prevedendo «la formazione di due linee di piloti non intercambiabili».*

In ogni caso il Nucleo elicotteri non ha preso in considerazione la possibilità di acquistare un modello alternativo all'AW139, quantificando costi di acquisto, manutenzione e carburante; dunque non assume alcuna valenza istruttoria una relazione come quella in esame, che ipotizza (ma non quantifica) maggiori costi di esercizio afferenti a personale e mezzi, senza però valutare un fattore ben più rilevante come il costo di acquisto (notevolmente inferiore) dei modelli alternativi all'AW139. In realtà le ragioni per cui il Nucleo elicotteri non ha seguito tale *modus procedendi* in occasione di un fornitura così rilevante come quella di cui trattasi sono connesse al dichiarato *favor* del Nucleo stesso per una soluzione che garantisca l'uniformità dell'intera flotta, mediante l'acquisto di soli elicotteri modello AW139. Al riguardo nella relazione del Nucleo si legge che sarebbe preferibile acquistare un nuovo elicottero modello AW139 per «uniformare finalmente la flotta a tre elicotteri dello stesso tipo», così rendendo «inequivocabile» - *rectius* immutabile - tale scelta anche per il futuro (ossia con l'acquisto di un terzo elicottero modello AW139 in sostituzione dell'elicottero AS365 attualmente in dotazione).

Ancor più chiaramente il Nucleo elicotteri si spinge a prefigurare che: «*Una proposta interessante con ottime garanzie sul lungo periodo, sia in termini di funzionalità operativa che di economicità del servizio, potrebbe identificarsi nella sostituzione di tutto il parco elicotteri da soccorso con tre nuovi elicotteri di un unico tipo. Quest'ultima ipotesi, pur garantendo un aumento dell'operatività (aeromobili nuovi) aumenta significativamente il costo iniziale senza peraltro precludere la possibilità di acquisto di tre elicotteri AW139, visto che lo stesso è ritenuto assolutamente idoneo e adatto per il servizio di elisoccorso in Trentino*». Quindi si consiglia di acquistare un elicottero modello AW139 in ragione del *favor* per soluzioni più costose (che cristallizzano le scelte in vista della prevista riorganizzazione), prospettando la sostituzione dell'intero parco elicotteri non solo con tre elicotteri di un unico modello, ma addirittura con tre elicotteri modello AW139 e così anticipando quello che avrebbe dovuto essere, semmai, il risultato di una gara pubblica. In definitiva il Nucleo elicotteri - invece di esprimere giudizi imparziali sulle migliori soluzioni, anche dal punto di vista economico, per la ricostituzione della flotta - ha suggerito l'acquisto del modello di elicottero più costoso al fine di rendere sostanzialmente vincolate le scelte future, quando si dovrà procedere alla riorganizzazione.

La parzialità delle valutazioni del Nucleo elicotteri trova conferma in ulteriori indizi, come l'aver fornito al Consiglio di amministrazione della Cassa antincendi informazioni incomplete. Ad esempio, da un lato, sono state riferite le presunte deficienze dell'elicottero modello AS365; dall'altro, è stato omesso ogni riferimento ai ripetuti incidenti e interventi di manutenzione sugli elicotteri modello AW139 in dotazione alla flotta (con conseguente esponenziale aumento dei costi operativi di tale modello) e al fatto che le pesanti limitazioni all'operatività degli equipaggi - limitazioni poste a fondamento della preferenza per l'acquisto di un elicottero modello AW139 - derivano proprio dall'utilizzo di tale modello (avente peso superiore a 57.000 kg), mentre la scelta di modelli diversi, più leggeri e maneggevoli (come quelli

già descritti nel ricorso principale), garantirebbe considerevoli risparmi e una maggiore flessibilità operativa.

11. Airbus con memoria depositata in data 26 novembre 2019 - oltre ad illustrare le censure dedotte con il secondo ricorso per motivi aggiunti - ha replicato alle eccezioni processuali della contointeressata osservando innanzi tutto che l'avviso del 14 dicembre 2018 non è stato preceduto dalla decisione di acquistare un elicottero modello AW139. Risultano, quindi, vani i tentativi delle controparti di riqualificare la consultazione preliminare di mercato indetta ai sensi dell'art. 8 della legge provinciale n. 2/2016 - che secondo la Provincia costituirebbe una *«indagine di mercato volta a verificare l'effettiva infungibilità della prestazione, ossia ad accertare la presenza sul mercato di altri eventuali operatori disponibili ed interessati a fornire il bene richiesto, alle condizioni stabilite»*, e secondo la contointeressata costituirebbe addirittura una *«gara ufficioso»* - perché in questa sede rileva soltanto il fatto che l'avviso del 14 dicembre 2018 *«non ha comportato alcun effetto di vincolo diretto ed immediato rispetto all'acquisto del bene ivi previsto»* e, quindi, non risultava immediatamente lesivo.

All'eccezione di tardività dell'impugnazione della delibera n. 16/2019 la ricorrente ha replicato osservando che la contointeressata non ha specificato come e quando tale provvedimento sarebbe stato pubblicato sul profilo del committente, né tantomeno il *dies a quo* del termine per impugnare. Quanto poi al riferimento ai documenti allegati al ricorso, secondo la ricorrente assume rilevanza decisiva il fatto che, come risulta dal comunicato dell'Ufficio stampa della Provincia del 14 giugno 2019, a tale data (e, quindi, successivamente alla pubblicazione degli articoli di stampa) l'Amministrazione stava ancora valutando se acquistare o noleggiare un nuovo elicottero modello AW139. In ogni caso, seppure si volesse attribuire valore legale alla pubblicazione sul sito internet della Provincia, considerato che, secondo l'art. 124 del T.U.E.L., *«Tutte le deliberazioni del comune e della provincia sono pubblicate mediante pubblicazione all'albo pretorio, nella sede dell'ente, per quindici giorni consecutivi,*

*salvo specifiche disposizioni di legge*” e tenuto conto della sospensione feriale dei termini, l’impugnazione risulterebbe comunque tempestiva.

12. La Provincia con memoria depositata in data 26 novembre 2019 ha preliminarmente eccepito l’inammissibilità, per carenza di interesse, del ricorso introduttivo e di entrambi i ricorsi per motivi aggiunti in ragione del fatto che la ricorrente non avrebbe tempestivamente impugnato l’avviso del 14 dicembre 2018, che conteneva la predeterminazione del modello e delle caratteristiche tecniche dell’elicottero richiesto - precludendo agli operatori economici la possibilità di offrire un modello diverso o privo delle caratteristiche richieste, e comportava, quindi, l’immediata lesione della sfera giuridica della ricorrente, con conseguente onere di immediata impugnazione. Sempre in via preliminare la Provincia ha eccepito la tardività del secondo ricorso per motivi aggiunti, osservando che la ricorrente, pur essendo a conoscenza dell’esistenza della relazione del Nucleo elicotteri, citata nel ricorso principale, e pur sapendo che tale documento conteneva le motivazioni della scelta amministrativa contestata, non ne ha chiesto tempestivamente copia.

Nel merito la Provincia ha replicato che l’adeguatezza della fornitura non può che essere valutata tenendo conto del contesto organizzativo nel quale il bene deve essere inserito, perché è la prestazione richiesta sul mercato che deve essere adeguata alla realtà organizzativa della stazione appaltante e non la stazione appaltante che deve adeguare la propria organizzazione per poter utilmente impiegare il bene acquistato. Inoltre ha ribadito, in particolare, che l’impiego di un elicottero diverso dal modello AW139 comporterebbe *«difficoltà tecniche insostenibili e sproporzionate nell’organizzazione del servizio pubblico di elisoccorso, tali da comprometterne l’efficacia, non solo nella fase transitoria dell’adeguamento di abilitazioni e licenze operative necessarie, bensì anche nella fase operativa ordinaria»*, e che il *«motivo tecnico»* che rende necessario acquistare un elicottero del medesimo modello di quello da sostituire *«discende dalla considerazione delle difficoltà tecniche determinate dall’applicazione delle norme e delle*

*misure di sicurezza in materia di “operazioni di volo”, “equipaggio” e in materia di “manutenzione”, che sarebbe necessario rispettare in caso di acquisto di un elicottero diverso dall’elicottero AW139 già presente nella flotta del Nucleo».* In particolare, secondo la Provincia, la sussistenza dei motivi tecnici che giustificano il ricorso alla procedure negoziata senza bando emerge dalla norma tecnica “AMC1 ORO.FC.240 Operation on more than one type or variant”, che sancisce una prima misura di sicurezza in virtù della quale, in caso di elicotteri con una massa massima al decollo superiore a 5.700 kg, i piloti non dovrebbero guidare più di due tipi di elicottero, cui si aggiunge un’ulteriore regola di sicurezza in forza della quale, in caso di elicotteri con una massa massima al decollo superiore a 5.700 kg, ai piloti non dovrebbe essere richiesto di volare, in un unico turno di servizio più di un tipo di elicottero. Dunque - posto che il Nucleo elicotteri svolge il servizio di elisoccorso di giorno e di notte, con una flotta composta da due elicotteri modello AW139 ed da un elicottero modello AS365 - qualora in sostituzione dell’elicottero incidentato venisse acquistato un elicottero di un modello diverso da quelli in uso, considerato che due sono gli equipaggi in servizio durante il giorno ed uno durante la notte, l’Amministrazione dovrebbe assumere ulteriori piloti, non potendo limitare i tempi di riposo degli equipaggi. In ogni caso la scelta tra l’AW139 ed il modello proposto da Airbus, non dipende solo da esigenze organizzative interne, che potrebbero anche essere oggetto di adeguata programmazione. Infatti l’AW139 consente di caricare un equipaggio di soccorritori di quattro persone, due pazienti barellati ed un terzo paziente seduto, oltre al materiale di missione, mentre un’analoga capienza non è garantita dall’elicottero modello H145, che con due pazienti barellati consente di caricare un equipaggio di tre persone, ma non il materiale di missione. Pertanto, considerato che l’AW139 rappresenta il mezzo operativo di punta del Nucleo elicotteri, l’integrazione della flotta con un terzo elicottero della specie è ragionevole.

13. La controinteressata con memoria depositata in data 26 novembre 2019 ha insistito per l’accoglimento delle eccezioni processuali già sollevate e per il

rigetto del ricorso.

14. La Provincia con memoria di replica depositata in data 29 novembre 2019 ha eccepito, in particolare, l'inammissibilità della relazione di parte prodotta da Airbus osservando che la stessa non proviene da un professionista iscritto ad un albo, tenuto nello svolgimento della professione al rispetto di regole di deontologia professionale, bensì dal responsabile delle vendite di Airbus e che è comunque inammissibile il tentativo di introdurre nel giudizio la contestazione di un nuovo profilo della decisione del Consiglio di amministrazione attraverso un mero deposito documentale.

Inoltre la Provincia ha eccepito che il presente giudizio ha ad oggetto soltanto la decisione di acquistare da Leonardo un elicottero modello AW139 permutandolo con il mezzo incidentato, perché con il ricorso introduttivo ed i motivi aggiunti non è stata contestata la ragionevolezza della scelta di sostituire un solo mezzo (quello incidentato) invece di due mezzi della flotta (quello incidentato e quello più vetusto), e che in ogni caso questo nuovo profilo di contestazione - che attiene non alla procedura di scelta del contraente, bensì alla definizione del fabbisogno del Nucleo elicotteri - implica un inammissibile sindacato di merito sulle scelte dell'Amministrazione, le cui decisioni possono essere sindacate dal Giudice amministrativo solo a fronte di una specifica contestazione e solo in caso di manifesta irragionevolezza.

Nel merito la Provincia ha eccepito che risulta indimostrato quanto sostenuto nella suddetta relazione di parte in quanto l'elicottero modello H145 è meno capiente e meno veloce rispetto all'elicottero modello AW139, così come è indimostrato che con le somme impegnate per l'acquisto di un AW139, possano essere acquistati due elicotteri H145.

15. La controinteressata con memoria di replica depositata in data 29 novembre 2019 ha insistito, in particolare, per l'accoglimento delle eccezioni di irricevibilità e di inammissibilità del ricorso evidenziando, in particolare, che la delibera n. 16/2019 è stata pubblicata il 20 giugno 2019.

16. Airbus con memoria di replica depositata in data 30 novembre 2019 ha ulteriormente replicato alle eccezioni processuali delle controparti ribadendo che nessuna preclusione processuale può farsi derivare dalla mancata impugnazione dell'avviso del 14 dicembre 2018 ed osservando che, come risulta dalla schermata dal sito della Provincia versata in atti, la delibera n. 16/2019 non è stata pubblicata *online* il 20 giugno 2019, bensì in data 18 luglio 2019. Nel merito la ricorrente ha ribadito le censure già svolte.

17. Alla pubblica udienza del 12 dicembre 2019 il difensore della controinteressata ha insistito per il rinvio dell'udienza (già chiesto con memoria depositata in data 21 novembre 2019), lamentando il mancato rispetto dei termini a difesa rispetto agli ultimi motivi aggiunti, depositati l'ultimo giorno utile. Quindi, tenuto conto dell'opposizione della Provincia all'accoglimento dell'istanza di rinvio, il ricorso è stato trattenuto in decisione, non emergendo alcuna lesione del diritto di difesa della controinteressata.

18. Questo Tribunale con l'ordinanza 12 dicembre 2019, n. 57 ha respinto la domanda di revoca dell'ordinanza cautelare n. 50 in data 24 ottobre 2019, presentata dalla controinteressata in data 21 novembre 2019.

## DIRITTO

1. L'esame delle plurime questioni sottoposte all'attenzione del Collegio deve iniziare dalle eccezioni processuali sollevate dall'Amministrazione resistente e dalla controinteressata.

2. Quanto alle eccezioni di tardività e di inammissibilità per carenza di interesse del ricorso introduttivo e dei motivi aggiunti - eccezioni fondate sul fatto che la ricorrente non ha preso parte alla consultazione preliminare di mercato indetta, ai sensi dell'art. 8 della legge provinciale n. 2/2016, con l'avviso del 14 dicembre 2018 e non ha immediatamente impugnato tale avviso - giova innanzi tutto rammentare che l'art. 66 del decreto legislativo n. 50/2016, riferito alle *"Consultazioni preliminari di mercato"*, nel recepire la direttiva 2014/24/UE (artt. 40 e 41), così dispone: *"1. Prima dell'avvio di una procedura di appalto, le amministrazioni aggiudicatrici possono svolgere consultazioni di*

*mercato per la preparazione dell'appalto e per lo svolgimento della relativa procedura e per informare gli operatori economici degli appalti da esse programmati e dei requisiti relativi a questi ultimi. 2. Per le finalità di cui al comma 1, le amministrazioni aggiudicatrici possono acquisire consulenze, relazioni o altra documentazione tecnica da parte di esperti, di partecipanti al mercato nel rispetto delle disposizioni stabilite nel presente codice, o da parte di autorità indipendenti. Tale documentazione può essere utilizzata nella pianificazione e nello svolgimento della procedura di appalto, a condizione che non abbia l'effetto di falsare la concorrenza e non comporti una violazione dei principi di non discriminazione e di trasparenza". Il successivo art. 67, relativo alla "Partecipazione precedente di candidati o offerenti", a sua volta prevede che: "1. Qualora un candidato o un offerente o un'impresa collegata a un candidato o a un offerente abbia fornito la documentazione di cui all'articolo 66, comma 2, o abbia altrimenti partecipato alla preparazione della procedura di aggiudicazione dell'appalto, l'amministrazione aggiudicatrice adotta misure adeguate per garantire che la concorrenza non sia falsata dalla partecipazione del candidato o dell'offerente stesso. La comunicazione agli altri candidati e offerenti di informazioni pertinenti scambiate nel quadro della partecipazione del candidato o dell'offerente alla preparazione della procedura o ottenute a seguito di tale partecipazione, nonché la fissazione di termini adeguati per la ricezione delle offerte costituisce minima misura adeguata. 2. Qualora non sia in alcun modo possibile garantire il rispetto del principio della parità di trattamento, il candidato o l'offerente interessato è escluso dalla procedura. In ogni caso, prima di provvedere alla loro esclusione, la amministrazione aggiudicatrice invita i candidati e gli offerenti, entro un termine comunque non superiore a dieci giorni, a provare che la loro partecipazione alla preparazione della procedura di aggiudicazione dell'appalto non costituisce causa di alterazione della concorrenza. 3. Le misure adottate dall'amministrazione aggiudicatrice sono indicate nella relazione unica prevista dall'articolo 99 del presente codice".*

La disciplina posta dal suddetto art. 66 si trova sostanzialmente riprodotta nell'art. 8 della legge provinciale 9 marzo 2016, n. 2, secondo il quale "1. Prima dell'avvio di una procedura di appalto le amministrazioni aggiudicatrici possono svolgere consultazioni di mercato ai fini della preparazione dell'appalto e per informare gli

*operatori economici degli appalti da esse programmati e dei relativi requisiti. A tal fine le amministrazioni aggiudicatrici possono accettare o promuovere l'acquisizione di proposte o osservazioni da parte di esperti o di autorità indipendenti o di partecipanti al mercato. Le proposte o osservazioni possono essere utilizzate nella pianificazione e nello svolgimento della procedura di appalto, a condizione che non abbiano l'effetto di falsare la concorrenza e non comportino la violazione dei principi di non discriminazione e di trasparenza. 2. Sono esclusi dall'applicazione di questo articolo i servizi di architettura e ingegneria”.*

Secondo una recente pronuncia (Consiglio di Stato, Sez. III, 23 settembre 2019, n. 6302) «*l'istituto delle consultazioni preliminari di mercato è una semplice pre-fase di gara, non finalizzata all'aggiudicazione di alcun contratto, risolvendosi in uno strumento a disposizione della stazione appaltante con cui è possibile avviare un dialogo informale con gli operatori economici e/o con soggetti comunque esperti dello specifico settore di mercato onde acquisire quelle informazioni di cui è carente per giungere ad una migliore consapevolezza relativamente alle disponibilità e conoscenze degli operatori economici rispetto a determinati beni o servizi. In tale ottica, le consultazioni preliminari ben possono costituire lo strumento attraverso il quale accertare l'eventuale infungibilità di beni, prestazioni, servizi, che costituisce la premessa necessaria per derogare al principio della massima concorrenzialità nell'affidamento dei contratti pubblici. Al riguardo, con le proprie linee guida n. 8 del 13 settembre 2017, l'ANAC ha condivisibilmente chiarito che per fare luogo all'affidamento mediante procedura negoziata senza pubblicazione di bando spetta alla stazione appaltante verificare rigorosamente l'esistenza dei presupposti che giustificano l'infungibilità del prodotto o servizio che si intende acquistare. ... In definitiva, l'adozione di scelte limitative del confronto concorrenziale si giustifica solo se sostenuta da specifica motivazione sulla sostanziale impossibilità della stazione appaltante, rigorosamente accertata, di soddisfare le proprie esigenze rivolgendosi indistintamente al mercato. Le consultazioni di mercato possono costituire, dunque, “lo strumento per acquisire le informazioni necessarie per svolgere la richiamata istruttoria e per fondare la conseguente motivazione” ovvero per validare le conoscenze già aliunde acquisite. In tale ultima evenienza è di tutta evidenza come le determinazioni acquisite devono essere incontrovertibili, sì da rendere addirittura inutile il sondaggio pubblico dovendo altrimenti*

*risultare strutturalmente cedevoli a fronte di un possibile diverso esito del sondaggio in questione».*

A fronte di tali considerazioni di carattere generale, nella pronuncia appena richiamata è stato però evidenziato, con riferimento alla fattispecie concreta oggetto del giudizio (per certi versi analoga a quella sottoposta all'esame di questo Tribunale), che l'avviso in contestazione muoveva *«dalla indefettibilità dei requisiti soprarichiamati sì da rendere l'indagine avviata ... orientata, ab imis, nell'acquisizione di ulteriori informazioni che non mettono in discussione tali indefettibili premesse, di per sé stesse sottratte al sondaggio, che, pertanto, per i profili suddetti, non è aperto alla verifica delle alternative di mercato disponibili, avendo, per converso, l'Amministrazione ritenuto, vincolandosi fin d'ora a tali statuizioni, un elemento indefettibile per la stessa manifestazione di interesse il possesso da parte degli operatori interessati della formazione certificata dal produttore e l'utilizzo da parte loro di ricambi originali. In altri termini, la consultazione di mercato qui in rilievo non è ad ampio raggio ma presuppone una prima forte restrizione del mercato, definito sulla scorta dei requisiti tracciati in modo rigido e vincolante dalla stazione appaltante e si rivolge, dunque, esclusivamente agli operatori che, in via di mera tesi, ed in aggiunta al fornitore, già posseggano tali requisiti. Tanto giustifica la legittimazione e l'interesse ad agire dell'attuale appellante che, pertanto, risulta, a cagione delle suddette condizioni, già in partenza irrimediabilmente escluso dalla suddetta competizione, non essendo le dette condizioni reversibili».*

Tali condivisibili considerazioni potrebbero (in ipotesi) indurre a ritenere fondate le eccezioni processuali in esame. Infatti la consultazione indetta con il suddetto avviso risultava espressamente finalizzata a *«verificare se la fornitura dell'elicottero AW 139 Long Nose, nuovo o usato, avente le caratteristiche tecniche e l'allestimento e alle condizioni e nei tempi, il tutto come riportato in dettaglio nell'allegato 1) al presente avviso, previo ritiro dell'elicottero AW 139 s/n 31369 incidentato, può essere svolta dal solo fornitore originario Leonardo S.p.A., ovvero se sono presenti sul mercato anche altri operatori economici interessati ed in grado di effettuare la fornitura».* Inoltre nell'avviso si legge che la Cassa Antincendi *«si riserva di affidare la*

*fornitura mediante procedura negoziata qualora sia comprovata la natura infungibile della prestazione o qualora non vi siano manifestazioni di interesse che assicurino il rispetto di tutte le caratteristiche minime obbligatorie indicate nell'Allegato 1 al presente avviso».*

Pertanto potrebbe ritenersi (facendo uso delle parole utilizzate dal Consiglio di Stato nella suddetta pronuncia) che il sondaggio avviato con l'avviso del 14 dicembre 2018 non fosse *«aperto alla verifica delle alternative di mercato disponibili»*; in altri termini potrebbe ritenersi che la Cassa antincendi con tale avviso avesse già operato *«una prima forte restrizione del mercato»*, come assumono l'Amministrazione resistente e la controinteressata nelle rispettive difese.

Tuttavia il Collegio ritiene che la documentazione in atti valga a smentire che la Cassa Antincendi con la pubblicazione dell'avviso in questione si fosse già autovincolata ad acquistare un elicottero AW139, nuovo o usato, per sostituire quello incidentato, o quantomeno valga a dimostrare che la decisione dalla quale è scaturito l'autovincolo è stata in seguito rimeditata e sostituita da una nuova, più ponderata decisione (anche se di identico tenore), fondata sull'istruttoria svolta dal Nucleo elicotteri e sulle conclusioni alle quali il Nucleo stesso è pervenuto nella relazione del 13 giugno 2019.

Coglie infatti nel segno la ricorrente quando osserva che l'avviso del 14 dicembre 2018 non risulta preceduto da una formale decisione del Consiglio di amministrazione della Cassa antincendi di acquistare un elicottero modello AW139, nuovo o usato, in sostituzione di quello incidentato, sia perché non si rinviene in atti alcun documento da cui possa evincersi quando e per quali motivi sarebbe stata assunta tale decisione, sia perché - di converso - dagli atti di causa risulta che a distanza di mesi dalla pubblicazione dell'avviso la Cassa in realtà non aveva ancora deciso se noleggiare o acquistare un elicottero e, in quest'ultima ipotesi, se acquistare un modello analogo a uno di quelli già in uso ovvero un modello diverso. In particolare nel verbale della seduta del Consiglio di amministrazione della Cassa antincendi del 20 giugno 2019 si legge che: *«L'argomento all'ordine del giorno era già stato trattato nella precedente seduta dell'11 aprile 2019. La decisione era stata rinviata ad una successiva seduta, allo scopo di*

*consentire il reperimento di tutte le dettagliate e puntuali informazioni necessarie al Consiglio per le valutazioni del caso. ... Successivamente a tale seduta e considerato quanto nel corso della stessa emerso, i competenti uffici hanno ulteriormente approfondito e valutato le diverse possibilità di acquisizione dell'elicottero: è confermato come, per le ragioni anzidette, non sia assolutamente conveniente e sostenibile per la Provincia procedere con un contratto di noleggio o leasing. ... Per quanto riguarda il consigliere Soini, la situazione appare oggi chiara: dagli approfondimenti effettuati dopo la seduta dell'11 aprile, si evince chiaramente come l'ipotesi di acquisto dell'elicottero sia assolutamente e concretamente più attuabile e conveniente rispetto all'acquisizione mediante noleggio, come, sulla scorta delle informazioni apprese in questa sede, altrettanto non attuabile sia al momento l'ipotesi di acquisto di un elicottero diverso da quelli oggi in dotazione». Inoltre neppure ad aprile 2019 il Consiglio di amministrazione aveva ancora programmato l'acquisto di un nuovo elicottero e, tanto meno, di un elicottero modello AW139, come si può evincere dal "Piano pluriennale 2019-2020 per l'acquisto di automezzi, attrezzature e materiali per il funzionamento del corpo Permanente dei VV.F. di Trento", approvato con la delibera n. 13/2019. La stessa relazione istruttoria del Nucleo elicotteri è stata presentata al Consiglio di amministrazione soltanto in occasione della seduta del 20 giugno 2019; dunque è certo che solo in tale data l'Amministrazione ha formalmente deciso (o comunque confermato, all'esito di una nuova istruttoria, una precedente intenzione non ancora formalizzata) di acquistare un elicottero modello AW139 (come risulta dal verbale della seduta del 20 giugno 2019), procedendo a tal fine alla modifica del Piano pluriennale 2019-2021 (disposta con la delibera n. 16/2019).*

Del resto l'anomalia del *modus procedendi* dell'Amministrazione è stata stigmatizzata dalla ricorrente già con il secondo motivo del primo ricorso per motivi aggiunti, ove è stato evidenziato che, secondo le linee guida ANAC n. 14 recanti "Indicazioni sulle consultazioni preliminari di mercato" (approvate con la delibera n. 161 del 6 marzo 2019), la consultazione preliminare «si svolge dopo la programmazione e prima dell'avvio del procedimento per la selezione del contraente»; parimenti, secondo il Consiglio di Stato (cfr. il parere n. 445 del 17 gennaio

2019, sullo schema di Linee guida recanti *“Indicazioni sulle consultazioni preliminari di mercato”*), *«la naturale collocazione dell’istituto è nella fase successiva alla programmazione anche per evitare che si possa influire, in modo più o meno trasparente, proprio sull’atto di programmazione che, come è noto, è cruciale per la successiva attività della stazione appaltante»*. Invece nella fattispecie in esame - anche a voler ritenere che la consultazione indetta ai sensi dell’art. 8 della legge provinciale n. 2/2016 sia stata preceduta da una decisione del Consiglio di amministrazione (che però, giova ribadirlo, non si rinviene agli atti o comunque non risulta formalizzata) - resta comunque il fatto che solo dopo la consultazione è stata sciolta ogni riserva, optando definitivamente per l’acquisto di un elicottero modello AW139 mediante una procedura negoziata con la società Leonardo.

In ogni caso - essendo acclarato che la Cassa antincendi si è dapprima rivolta al mercato, con l’avviso del 14 dicembre 2018, per verificare se ci fosse un operatore interessato a fornire un elicottero modello AW139, nuovo o usato, ma solo con la delibera del Consiglio di amministrazione n. 16/2019 ha definitivamente deciso di procedere all’acquisto di un elicottero modello AW139 - il Collegio ritiene che la consultazione preliminare di cui trattasi vada qualificata (ancora utilizzando le parole del Consiglio di Stato) come *«una semplice pre-fase di gara, non finalizzata all’aggiudicazione di alcun contratto»*, con la duplice conseguenza che la ricorrente non era tenuta ad impugnare immediatamente il predetto avviso, perché tale atto non risultava lesivo (non avendo la stazione appaltante ancora definitivamente deciso, al momento della pubblicazione dell’avviso, di acquistare un elicottero modello AW139), né tantomeno era tenuta a partecipare alla consultazione preliminare (a pena di decadenza dalla possibilità di contestare le successive determinazioni assunte dalla stazione appaltante), perché tale segmento procedurale (come già evidenziato) va a collocarsi a monte della fase in cui il Consiglio di amministrazione della Cassa antincendi ha proceduto (sulla scorta delle proposte formulate dal Nucleo elicotteri con la relazione del 13 giugno 2019)

alla definitiva individuazione della soluzione migliore per sostituire l'elicottero incidentato.

3. Parimenti infondata è l'eccezione di tardività della domanda di annullamento della delibera n. 16 del 20 giugno 2019 e della determina n. 68 del 14 agosto 2019, sollevata dalla controinteressata sul presupposto che la domanda sarebbe stata proposta oltre il termine decadenziale decorrente dalla pubblicazione di tali provvedimenti sul sito *web* dell'amministrazione e comunque dalla loro piena conoscenza.

Al riguardo giova rammentare che - secondo una consolidata giurisprudenza (*ex multis*, Consiglio di Stato, Sez. III, 28 settembre 2018, n. 5570), che il Collegio condivide - la pubblicazione telematica dell'atto sul sito *web* dell'amministrazione solo quando sia prevista e prescritta da specifiche disposizioni normative costituisce una forma di pubblicità in grado di integrare, di per sé, gli estremi della conoscenza *erga omnes* dell'atto pubblicato e di far decorrere il termine decadenziale di impugnazione.

Ciò posto, quanto alla delibera n. 16/2019 (impugnata con il ricorso principale, notificato in data 27 settembre 2019) è sufficiente evidenziare che la controinteressata non ha indicato la disposizione normativa che, ai fini della decorrenza dei termini di impugnazione, prescriverebbe l'obbligo della pubblicazione delle delibere del Consiglio di amministrazione della Cassa antincendi e, in particolare, della delibera n. 16/2019, che certo non si configura un atto della procedura di affidamento (sicché ad essa non è comunque applicabile la speciale disposizione dell'art. 120, comma 5, cod. proc. amm., che prevede il termine decadenziale di trenta giorni per l'impugnazione). Inoltre, la controinteressata nella propria memoria di replica ha affermato che tale delibera sarebbe stata pubblicata *online* in data 20 giugno 2019, senza però offrire alcun elemento di prova al riguardo, mentre la ricorrente ha prodotto copia di una schermata dal sito *web* della Provincia da cui risulta che la predetta delibera è stata pubblicata in data 18 luglio 2019; quindi, tenendo conto della sospensione feriale dei termini, non vi è motivo

di dubitare della tempestività della domanda di annullamento della predetta delibera.

Analoghe considerazioni valgono per la determina n. 68/2019 (impugnata con il primo ricorso per motivi aggiunti, notificato in data 7 ottobre 2019), perché la controinteressata non si è neppure peritata di specificare quando tale provvedimento sarebbe stato pubblicato sul profilo del committente.

Né tantomeno rileva, ai fini della *“piena conoscenza”* della delibera n. 16/2019, il fatto che la ricorrente abbia genericamente dichiarato di essere venuta a conoscenza *«dell'intenzione della Provincia di acquistare un (nuovo) elicottero modello AW 139, per ripristinare la flotta a seguito di un incidente aereo del marzo 2017 che aveva reso inutilizzabile un elicottero della flotta»* allegando al ricorso principale un articolo del quotidiano *“L'Adige”* datato 11 maggio 2019 ed il comunicato dell'Ufficio stampa della Provincia del 14 giugno 2019.

Secondo una consolidata e condivisibile giurisprudenza (Consiglio di Stato, Sez. IV, 22 novembre 2016, n. 4900), nel processo amministrativo la verifica della *“piena conoscenza”* dell'atto lesivo da parte del ricorrente (rilevante ai sensi dell'art. 41, comma 2, cod. proc. amm. per individuare la decorrenza del termine decadenziale per ricorrere) deve infatti essere rigorosa, non potendo basarsi su mere supposizioni o su deduzioni, pur sorrette da apprezzabili argomentazioni logiche.

Ciò posto, assume rilevanza decisiva, per dimostrare l'infondatezza dell'eccezione in esame, il fatto che nel suddetto comunicato dell'Ufficio stampa della Provincia si legga che *«Oggi la Giunta ha dato mandato ai suoi dirigenti di valutare, assieme alla Cassa antincendi, la convenienza di acquistare un nuovo elicottero, modello AW139, per una spesa prevista di circa 15 milioni»*: da tale comunicato (peraltro successivo all'articolo di stampa) si evince chiaramente che alla data del 14 giugno 2019 l'Amministrazione stava ancora valutando se acquistare o noleggiare un nuovo elicottero modello AW139 (circostanza comprovata dal fatto che la delibera n. 16/2019 reca la data del 20 giugno 2019).

4. Palesemente infondate sono sia l'eccezione di nullità e/o inammissibilità del ricorso principale e dei motivi aggiunti, sollevate dalla controinteressata sul presupposto che non sarebbero state dedotte censure specifiche, sia l'eccezione di tardività del secondo ricorso per motivi aggiunti, sollevata dalla Provincia sul presupposto che la ricorrente, pur avendo espressamente citato nel ricorso principale la relazione del Nucleo elicotteri del 13 giugno 2019 e pur sapendo che esso conteneva le motivazioni della scelta contestata, non si è premurata di chiederne copia. Innanzi tutto tra i documenti prodotti in giudizio dalla ricorrente in data 11 ottobre 2019 si rinviene un'istanza di accesso agli atti avente ad oggetto anche la relazione del Nucleo elicotteri (oltreché gli eventuali pareri resi da altre amministrazioni e le eventuali altre relazioni tecniche relative al procedimento finalizzato all'acquisto di un elicottero modello AW 139). Inoltre nel processo amministrativo è ammesso il c.d. ricorso al buio quando la parte ricorrente non abbia avuto la possibilità di accedere alla documentazione in possesso dell'Amministrazione e si sia riservata di meglio articolare le proprie difese al momento in cui tali documenti (spontaneamente o *inssu judicis*) siano stati prodotti in giudizio, purché a seguito dell'intervenuto deposito la parte ricorrente provveda a dare concretezza, con lo strumento dei motivi aggiunti, alle censure genericamente prospettate con l'atto introduttivo del giudizio. Ciò è quanto è avvenuto nel caso in esame, in cui, da un lato, con il ricorso introduttivo è stata formulata (in aggiunta alla suddetta istanza di accesso) un'apposita istanza istruttoria finalizzata ad imporre alla stazione appaltante di esibire in giudizio anche la relazione del Nucleo elicotteri; dall'altro, non appena l'Amministrazione ha provveduto ad esibire la predetta relazione (in data 21 ottobre 2019) la ricorrente ha tempestivamente provveduto a proporre il secondo ricorso per motivi aggiunti (notificato in data 11 novembre 2019), con cui sono state specificate le censure relative alla scelta operata con la delibera n. 16/2019, che risulta motivata, *per relationem*, proprio con riferimento alla relazione del Nucleo elicotteri.

5. Passando al merito, le censure dedotte con il primo motivo del ricorso introduttivo, con il primo motivo del primo ricorso per motivi aggiunti, nonché con il primo ed il secondo motivo del secondo ricorso per motivi aggiunti sono fondate, anche alla luce della relazione di parte prodotta in giudizio da Airbus in data 20 novembre 2019 (ed espressamente richiamata nel secondo ricorso per motivi), perché i “*motivi tecnici*” illustrati dal Nucleo Elicotteri nella relazione del 13 giugno 2019 non sono sufficienti per giustificare l’affidamento diretto a Leonardo, ai sensi dell’art. 63, comma 2, lett. b), n. 2, del decreto legislativo n. 50/2016, della fornitura di un elicottero nuovo, modello AW139, in sostituzione di quello incidentato. Infatti - come si avrà modo di illustrare partitamente - da un lato, il mercato mondiale dei mezzi per l’elisoccorso alpino è un mercato notoriamente concorrenziale (come dedotto da Airbus già con il ricorso principale), ossia un mercato nel quale operano anche altri operatori, diversi da Leonardo, in grado di offrire velivoli idonei a svolgere il servizio di elisoccorso sul territorio della Provincia di Trento al pari dell’elicottero modello AW139; dall’altro, i suddetti “*motivi tecnici*” non sono *oggettivi*, ossia legati a insormontabili difficoltà tecniche causate dall’applicazione delle norme tecniche recanti misure di sicurezza in materia di operazioni di volo, gestione degli equipaggi e manutenzione dei velivoli, norme che ogni gestore del servizio di elisoccorso è tenuto a rispettare, bensì *soggettivi*, ossia legati all’attuale dotazione di mezzi del Nucleo elicotteri e alla connessa organizzazione del servizio di elisoccorso, e nel contempo la Cassa antincendi non ha posto a fondamento della propria scelta amministrativa motivazioni sufficienti a comprovare l’inesistenza di “*soluzioni alternative ragionevoli*” (come richiesto dall’art. 63, comma 2, lett. b), del decreto legislativo n. 50/2016), ossia idonee a garantire un valore primario come la concorrenza, ma si è limitata ad addurre considerazioni di natura essenzialmente economica, che non risultano avvalorate da un’attenta ed imparziale valutazione comparativa di tutte le possibili alternative in materia di dotazione della flotta e di organizzazione del servizio (valutazione che si

rendeva ancor più necessaria in vista della preannunciata riorganizzazione del Nucleo elicotteri) e risultano anzi smentite dalla relazione di parte prodotta da Airbus (sulla quale si fondano le censure sviluppate con il secondo motivo del secondo ricorso per motivi aggiunti).

6. L'art. 63, comma 2, lett. b), n. 2), del decreto legislativo n. 50/2016 consente il ricorso alla procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando quando la fornitura può essere garantita unicamente da un determinato operatore economico in quanto *“la concorrenza è assente per motivi tecnici”*; tuttavia lo stesso art. 63, comma 2, precisa che la fattispecie di cui alla lett. b), n. 2), ricorre *“solo quando non esistono altri operatori economici o soluzioni alternative ragionevoli e l'assenza di concorrenza non è il risultato di una limitazione artificiale dei parametri dell'appalto”*.

Inoltre, secondo una granitica giurisprudenza (*ex multis*, Consiglio di Stato, Sez. VI, 13 giugno 2019, n. 3983) dalla quale non v'è motivo per discostarsi, la procedura negoziata senza pubblicazione del bando di gara, oggi disciplinata dall'art. 63 del decreto legislativo n. 50/2016, riveste carattere di eccezionalità rispetto all'obbligo delle amministrazioni aggiudicatrici di individuare il contraente privato attraverso un confronto concorrenziale, sicché il ricorso a tale procedura postula un particolare rigore nell'individuazione dei presupposti giustificativi, da interpretarsi restrittivamente, e l'obbligo della stazione appaltante di dimostrare l'effettiva esistenza dei presupposti stessi.

Del resto - come precisato dall'ANAC nelle linee guida n. 8, in materia di *“Ricorso a procedure negoziate senza previa pubblicazione di un bando nel caso di forniture e servizi ritenuti infungibili”* (approvate con la delibera n. 950 del 13 settembre 2017) - nel caso di forniture e servizi che siano effettivamente infungibili, il legislatore consente deroghe alla regola della scelta del contraente attraverso una gara pubblica perché l'esito di un'eventuale selezione sarebbe scontato, esistendo nel mercato un unico operatore economico in grado di aggiudicarsela e, quindi, l'indizione di una procedura ad evidenza pubblica si tradurrebbe in uno spreco di tempo e di denaro.

Naturalmente, trattandosi di una deroga alla regola della gara pubblica, occorre che l'infungibilità della prestazione sia debitamente accertata e dimostrata, nel pieno rispetto dei principi di economicità, efficacia, tempestività e correttezza, ovvero dei principi di concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza e proporzionalità.

7. A fronte di tale quadro normativo, il Consiglio di amministrazione della Cassa antincendi ha assolto l'obbligo di motivazione sullo stesso gravante rinviano alla relazione del Nucleo elicotteri del 13 giugno 2019, dalla quale si evince che (come sintetizzato in giudizio dalla Provincia) - tenuto conto della vigente normativa in materia di aviazione civile e, in particolare, della norma tecnica "AMC1 ORO.FC.240 Operation on more than one type or variant", nonché dell'attuale dotazione di mezzi del Nucleo stesso - l'impiego di un mezzo diverso dall'elicottero modello AW139 comporterebbe *«difficoltà tecniche insostenibili e sproporzionate nell'organizzazione del servizio pubblico di elisoccorso, tali da comprometterne l'efficacia, non solo nella fase transitoria dell'adeguamento di abilitazioni e licenze operative necessarie, bensì anche nella fase operativa ordinaria»*. Secondo l'Amministrazione, i "motivi tecnici" di cui all'art. 63, comma 2, lett. b), n. 2), del decreto legislativo n. 50/2016, che giustificano il ricorso alla procedura negoziata, discendono dalle *«difficoltà tecniche determinate dall'applicazione delle norme e delle misure di sicurezza in materia di "operazioni di volo", "equipaggio" e in materia di "manutenzione", che sarebbe necessario rispettare in caso di acquisto di un elicottero diverso dall'elicottero AW 139 già presente nella flotta del Nucleo»* e, in particolare, dall'applicazione della norma tecnica "AMC1 ORO.FC.240 Operation on more than one type or variant", che sancisce una prima misura di sicurezza in virtù della quale, in caso di elicotteri con un peso massimo al decollo superiore a 5.700 kg, i piloti non dovrebbero guidare più di due tipi di elicottero, cui si aggiunge un'ulteriore misura di sicurezza, in virtù della quale, in caso di elicotteri con una massa massima al decollo superiore a 5.700 kg, ai piloti non dovrebbe essere richiesto di volare, in un unico turno di servizio più di un tipo di elicottero.

8. La ricorrente, a sua volta, non contesta affatto i dati relativi alla dotazione di mezzi e di personale del Nucleo elicotteri, né tantomeno muove contestazioni in ordine all'interpretazione delle misure di sicurezza in materia di operazioni di volo, equipaggio e manutenzione invocate dall'Amministrazione, ma rileva innanzi tutto che è proprio l'utilizzo di elicotteri modello AW139 a determinare le limitazioni tecnico-operative nella gestione del personale e dei mezzi in dotazione, che giustificherebbero l'acquisto di un ulteriore elicottero modello AW139, perché tale velivolo ha un peso massimo al decollo di 7.000 kg, mentre nessuna norma di sicurezza impone che almeno due degli elicotteri in dotazione alla flotta del Nucleo siano dello stesso tipo.

Inoltre, la ricorrente si duole del fatto che l'Amministrazione nella fase istruttoria non abbia realmente preso in considerazione la possibilità di acquistare un modello alternativo all'AW139, quantificando i relativi costi di acquisto, manutenzione e gestione, perché nella relazione del Nucleo elicotteri sono ipotizzati (ma neppure quantificati) solo i maggiori costi di esercizio conseguenti all'acquisto di un modello diverso dall'AW139. In particolare viene posto in rilievo che la consultazione preliminare svolta dall'Amministrazione non era aperta anche ai produttori di modelli alternativi all'AW139, sebbene sul mercato esistano velivoli che, bilanciando caratteristiche operative e costi di esercizio, ben potrebbero supportare la scelta di acquistare un elicottero diverso dall'AW139.

Quindi la ricorrente afferma che la ragione per cui non è stata svolta una consultazione preliminare aperta ai produttori di modelli alternativi è costituita dal dichiarato *favor* per una soluzione che garantisca l'uniformità dell'intera flotta, mediante l'acquisto di soli elicotteri modello AW139. Al riguardo viene richiamato il passo della relazione del Nucleo elicotteri ove si legge che sarebbe preferibile acquistare un nuovo elicottero modello AW139 per «*uniformare finalmente la flotta a tre elicotteri dello stesso tipo*», perché così

operando *«l'indirizzo diverrebbe, inequivocabilmente, la futura sostituzione dell'ormai vetusto AS365 ... con un terzo AW139 di nuova concezione»*.

Inoltre la ricorrente evidenzia che il Nucleo elicotteri conclude la propria analisi prospettando come una *«proposta interessante con ottime garanzie sul lungo periodo, sia in termini di funzionalità operativa che di economicità del servizio»* addirittura la *«sostituzione di tutto il parco elicotteri da soccorso con tre nuovi elicotteri di un unico tipo»*. Secondo la ricorrente, il Nucleo elicotteri prospettando la sostituzione dell'intero parco elicotteri non solo con tre elicotteri di un unico modello, ma addirittura con tre elicotteri modello AW139, anticipa così quello che avrebbe dovuto essere, semmai, il risultato di una gara pubblica.

In definitiva la ricorrente sostiene che il Nucleo elicotteri - invece di esprimere giudizi imparziali su tutte le possibili soluzioni offerte dal mercato per la ricostituzione della flotta, tenendo conto anche del costo di acquisto dei velivoli - ha suggerito l'acquisto dell'elicottero modello AW139, ossia del velivolo più costoso, non solo per provvedere nell'immediato alla sostituzione di quello incidentato, ma anche al fine di rendere sostanzialmente vincolate le scelte future, quando si dovrà procedere alla complessiva riorganizzazione del Nucleo stesso, o comunque alla sostituzione dell'ormai vetusto elicottero modello AS365 ancora in dotazione. Del resto la parzialità dei giudizi del Nucleo elicotteri troverebbe conferma, sempre secondo la ricorrente, in ulteriori indizi, come l'aver fornito al Consiglio di amministrazione della Cassa antincendi informazioni incomplete. Ad esempio, sono state evidenziate le caratteristiche e prestazioni di livello inferiore dell'elicottero modello AS365, ma è stato omesso ogni riferimento ai ripetuti incidenti e agli interventi di manutenzione sugli elicotteri modello AW139 attualmente in uso e al fatto che - come già rilevato - le pesanti limitazioni all'operatività degli equipaggi, poste a fondamento della preferenza per l'acquisto di un elicottero modello AW139, derivano proprio dall'utilizzo di tale modello, laddove la scelta di modelli diversi, più leggeri e maneggevoli (come quelli descritti nel ricorso

principale) garantirebbe considerevoli risparmi e una maggiore flessibilità operativa.

9. Al riguardo va preliminarmente chiarito che - come ben evidenzia la ricorrente - in questa sede non si tratta di entrare nel merito della scelta dell'elicottero più confacente alle esigenze dell'Amministrazione, ma solo di accertare se esistano o meno "motivi tecnici" che, ai sensi dell'art. 63, comma 2, lett. b), n. 2), del decreto legislativo n. 50/2016, possano giustificare il ricorso alla procedura negoziata (in deroga alla regola della gara pubblica) per l'acquisto di un nuovo elicottero, modello AW139, in sostituzione di quello incidentato. Si tratta quindi soltanto di accertare l'effettiva infungibilità del modello di elicottero prescelto, presupposto che postula l'impossibilità di rivolgersi anche ad altri fornitori per assenza di concorrenza nel mercato, in ragione di difficoltà tecniche comunque non imputabili all'Amministrazione.

Del resto - come evidenziato dal Consiglio di Stato (cfr. il parere n. 01708/2017 in data 19 luglio 2017) - *«il nuovo art. 63, rispetto al previgente art. 57, fissa requisiti più stringenti. Non basta invocare ragioni di natura tecnica o afferenti la tutela di diritti di proprietà intellettuale, occorre anche che sia comprovato che "non esistono altri operatori economici o soluzioni alternative ragionevoli e l'assenza di concorrenza non è il risultato di una limitazione artificiale dei parametri dell'appalto". Inoltre la procedura negoziata senza bando si inserisce ora in un contesto normativo complessivo profondamente mutato. Le stesse linee guida affrontano il tema dell'affidamento diretto a esecutore "infungibile" tenendo conto non solo dell'art. 63 codice, ma di altri, e nuovi istituti, quali "la programmazione per servizi e forniture", "le consultazioni preliminari di mercato", le nuove regole in tema di progettazione, il criterio del costo del ciclo di vita nell'affidamento dell'appalto».*

La stessa ANAC nelle già richiamate linee guida n. 8 ha precisato che: *«Neppure un presunto più alto livello qualitativo del servizio ovvero la sua rispondenza a parametri di maggior efficienza può considerarsi sufficiente a giustificare l'infungibilità. Si tratta, infatti, di elementi che, da soli, non possono condurre al ricorso alla procedura negoziata senza bando precludendo, in tal modo, ad altri potenziali concorrenti di*

*presentare offerte qualitativamente equipollenti se non superiori al presunto unico fornitore in grado di soddisfare certi standard».*

Risulta allora evidente l'equivoco in cui cade la difesa della Provincia quando cerca di giustificare la scelta operata dalla Cassa antincendi anche attraverso un confronto tra le caratteristiche dell'elicottero modello AW139 e quelle dell'elicottero modello H145. Difatti, come già evidenziato, ai fini della presente controversia occorre verificare se sul mercato esistano o meno alternative non irragionevoli dal punto di vista tecnico ed economico alla scelta operata dall'amministrazione, e non accertare quale sia il modello di elicottero più confacente alle esigenze dell'Amministrazione.

10. Ancora, stante l'espresso riferimento, nell'art. 63, comma 2, lett. b), all'assenza di concorrenza nel mercato, giova ribadire che - come ricordato dalla ricorrente - il mercato mondiale dei mezzi adibiti all'elisoccorso alpino è notoriamente un mercato concorrenziale e che la stessa CGUE con due distinte pronunce (Sez. II, 2 ottobre 2008, n. C-157/06; Grande sezione, 8 aprile 2008, n. C-337/05) ha censurato l'affidamento diretto, da parte della Repubblica italiana, di forniture di elicotteri per usi civili.

In particolare nella più recente delle due pronunce si legge che *«il semplice fatto di affermare che le forniture di cui è causa siano dichiarate segrete, che esse siano accompagnate da misure speciali di sicurezza o che sia necessaria una deroga alle norme comunitarie per tutelare gli interessi essenziali di sicurezza dello Stato non può essere sufficiente per dimostrare che sussistono effettivamente circostanze eccezionali tali da giustificare le deroghe previste dall'art. 2, n. 1, lett. b), della direttiva 93/36»*, con la conseguenza che *«la Repubblica italiana, avendo adottato il decreto ministeriale con il quale viene autorizzata la deroga alla normativa comunitaria in materia di appalti pubblici di forniture per l'acquisizione di elicotteri leggeri per le esigenze delle Forze di Polizia e del Corpo nazionale dei Vigili del Fuoco, senza che ricorra alcuna delle condizioni idonee a giustificare una tale deroga, è venuta meno agli obblighi che le incombono in virtù della direttiva 93/36, in particolare degli artt. 2, n. 1, lett. b), 6 e 9 della stessa»*.

11. Poste tali premesse, nella fattispecie dal verbale della seduta del 20 giugno 2019 risulta che uno dei componenti del Consiglio di amministrazione aveva espresso parere negativo in ordine alla proposta di modifica del piano pluriennale al fine di prevedere l'acquisto di un elicottero AW139, per le ragioni così sintetizzate: *«ci si intestardisce sul tipo di macchina e cioè un elicottero AW139, che di per se è una "Ferrari" nel campo degli elicotteri, ma di fatto non sono state fatte adeguate valutazioni se in realtà ne abbiamo effettivamente bisogno, tenuto conto del territorio e del fabbisogno della Provincia di Trento. Il servizio di elisoccorso potrebbe essere positivamente effettuato con macchine meno potenti e quindi meno costose e comunque tecnicamente idonee, come avviene nelle vicina Provincia di Bolzano»; «considerato che, come anche confermato dal Presidente Fugatti, sono in corso delle valutazioni per la riorganizzazione complessiva del Nucleo elicotteri, è opportuno attendere gli esiti di tale riorganizzazione e conseguentemente decidere sul tipo di macchina da acquistare».* A tali obiezioni è stato però opposto che non si stava discutendo delle futura riorganizzazione del Nucleo elicotteri, ma solo della ricostituzione della flotta e che bisognava pertanto basare la decisione soltanto sulla relazione del Nucleo elicotteri del 13 giugno 2019.

Tuttavia - come poc'anzi accennato - il ragionamento svolto dal Nucleo elicotteri non vale a giustificare la scelta operata con i provvedimenti impugnati per le ragioni esposte nei ricorsi in esame ed ulteriormente illustrate nella relazione di parte prodotta da Airbus, ove si legge che nella relazione del Nucleo elicotteri *«si ipotizza di acquistare una tipologia di elicottero diverso da quelli in dotazione e vengono svolte considerazioni prevalentemente di ordine organizzativo (addestrativo), ma non si approfondisce l'analisi economica finanziaria di soluzioni tecniche alternative più flessibili, anche in termini di addestramento, e più economiche».*

12. Prima di esaminare il merito delle contestazioni mosse da Airbus il Collegio deve farsi ancora carico delle eccezioni preliminari sollevate dalla Provincia con riferimento alla relazione di parte prodotta da Airbus e all'oggetto del presente giudizio.

Innanzitutto nessun rilievo assume il fatto che la predetta relazione di parte non sia stata redatta da un professionista iscritto ad un albo, bensì dal responsabile delle vendite di Airbus. Infatti le considerazioni svolte in tale relazione non sono volte a contestare l'interpretazione delle norme tecniche in materia di aviazione civile sulle quali si fonda la difesa della Provincia, ma solo a comprovare che nella relazione del Nucleo elicotteri non si è tenuto conto dell'esistenza di *“soluzioni alternative ragionevoli”*.

Né coglie nel segno la Provincia quando sostiene che il presente giudizio ha ad oggetto soltanto la decisione di acquistare da Leonardo un elicottero modello AW139 permutandolo con il mezzo incidentato, mentre la ricorrente mediante la suddetta relazione di parte cerca di ampliare l'oggetto del giudizio contestando la ragionevolezza della scelta di sostituire un solo mezzo (quello incidentato) invece di due mezzi della flotta (quello incidentato e quello più vetusto). Infatti, a differenza di quanto assume la Provincia, Airbus ha ampliato l'oggetto del presente giudizio non già attraverso il deposito della suddetta relazione di parte (peraltro integralmente richiamata a supporto delle censure dedotte con il secondo ricorso per motivi aggiunti), bensì attraverso la proposizione del secondo ricorso per motivi aggiunti, teso a dimostrare, in particolare, che l'Amministrazione - proprio in ragione dei rigidi presupposti che giustificano il ricorso alla procedura negoziata - non avrebbe dovuto limitarsi ad affrontare e risolvere il contingente problema della sostituzione dell'elicottero incidentato, ma avrebbe dovuto invece affrontare e risolvere tale problema tenendo conto anche delle scelte future, connesse alla riorganizzazione del Nucleo elicotteri o comunque alla sostituzione dell'ormai vetusto elicottero modello AS365 ancora in uso.

13. Passando al merito, il Collegio osserva innanzitutto che la relazione di parte prodotta da Airbus mira principalmente a stigmatizzare l'assenza (nella relazione del Nucleo elicotteri) di *«un'analisi complessiva dello stato generale della attuale flotta, accompagnata da valutazioni di carattere economico finanziario atte ad individuare la migliore strategia di razionalizzazione della flotta in linea con le future*

*esigenze del servizio». In particolare, secondo la relazione di parte, «la relazione provinciale ritiene che il Dauphin sia “vetusto” e gli istruttori si spingono ad affermare la necessità di uniformare la flotta a tre nuovi elicotteri tipo AW139. Tuttavia, non risulta svolta alcuna analisi di carattere economico né, quantomeno, un’indagine di mercato riferita ai vari modelli in commercio anche di altri produttori. Se gli istruttori del Nucleo elicotteri della Provincia avessero svolto un’effettiva e adeguata analisi comparativa, avrebbero avuto modo di constatare che, a fronte delle medesime risorse finanziarie (circa 23 milioni di euro) stanziata per i prossimi tre anni per l’acquisto di un nuovo elicottero AW139 e per lo svolgimento delle manutenzioni individuate, in via alternativa si sarebbe potuto scegliere di: acquistare n. 2 elicotteri Airbus H145 nuovi di fabbrica, di ultima generazione, in grado di svolgere le missioni richieste a costi di acquisto (circa 8 milioni di euro cadauno) ed operativi nettamente inferiori; addestrare tutti i piloti del Nucleo elicotteri sul nuovo tipo di elicottero più flessibile e senza le anzi riferite limitazioni operative (legate ai soli mezzi con peso superiore ai 5700 kg); vendere l’elicottero AS365N3 sostituendolo con un mezzo in linea con i nuovi standard; effettuare le manutenzioni previste per i rimanenti elicotteri. Oltreché notevoli risparmi economici, si sarebbe raggiunto l’enorme vantaggio operativo di conseguire la disponibilità di una flotta di ultima generazione, in linea con i più recenti standard tecnologici. Come meglio dettagliato di seguito, l’acquisto e l’impiego di due H145 consentirebbero notevoli risparmi, non solo sul prezzo di acquisto, ma anche sulle manutenzioni, sui consumi di combustibile, sulle assicurazioni e su tutti i costi ricorrenti legati alla macchina. Inoltre, l’acquisto di due H145 (con il medesimo budget stanziato per l’acquisto di un AW139 e per le manutenzioni previste della flotta attuale) consentirebbe la piena operatività odierna senza incremento di organico e limitazioni. Tale ipotesi non è teorica ma concreta: si ricorda che l’H145 è oggi uno degli elicotteri con maggior successo nell’ambito dell’elisoccorso, anche in montagna, tanto da essere impiegato nei maggiori servizi di 118 italiani come Bolzano, Bressanone, Pieve di Cadore, Verona, Brescia, Bergamo, Firenze, Cagliari, Sassari, Caltanissetta e Catania».*

Inoltre nella relazione di parte - con particolare riferimento alla proposta del Nucleo elicotteri di procedere alla sostituzione di tutto il parco elicotteri con tre nuovi elicotteri di un unico tipo - viene evidenziato quanto segue: «*altro*

*aspetto non considerato nella valutazione tecnica operativa è che a fronte di una flotta uniforme di 3 elicotteri, qualora si verificassero problematiche tecniche con imposizione da parte dell'Autorità Aeronautica di bloccare la flotta o un equipaggiamento installato sul medesimo mezzo, indispensabile ai fini dell'operatività, l'intera macchina del soccorso verrebbe bloccata a tempo anche non sempre definito. Di esempi nel mondo aeronautico se ne possono trovare innumerevoli, sia per quanto concerne gli elicotteri sia per quanto riguarda i velivoli ad ala fissa. Di conseguenza, la scelta di una flotta uniforme, non solo, come descritto nella presente, non è sinonimo di risparmio, ma è anche altamente rischiosa ai fini della continuità del servizio soprattutto nell'ambito di un nucleo così ristretto che non ha disponibilità di diverse tipologie di elicotteri».*

Di seguito, sempre secondo la relazione di parte, *«la considerazione che una flotta omogenea - peraltro di soli AW139 - comporterebbe meno costi di esercizio di una disomogenea non vale in assoluto, ma va verificata rispetto alle varie ipotesi prospettabili. Come si è già detto, infatti, è intuibile che una flotta omogenea di una particolare tipologia di elicotteri (ad esempio AW139, mezzi pesanti e più complessi e costosi da mantenere) ben può avere dei costi maggiori di una (pur) disomogenea ma con particolari caratteristiche (ad esempio, mezzi più leggeri). Ma, soprattutto, la conclusione del Nucleo elicotteri è priva di base istruttoria e stima dei costi complessivi dell'ipotesi suggerita (sostituzione dell'intera flotta con AW139) rispetto ad ipotesi alternative. Le considerazioni del Nucleo elicotteri non appaiono quindi imparziali dal punto di vista tecnico (come dovrebbero essere i pareri tecnico-istruttori) ma esprimono delle preferenze. È mancata infatti una analisi puntuale dei costi di acquisizione, di risparmio con mezzi più piccoli. Si esclude quindi dall'intera analisi la possibilità di valutare se, con il budget a disposizione, soluzioni alternative che potevano o meno essere più efficienti nel medio e lungo periodo: noleggio, rinnovo della flotta con mezzi dai costi più contenuti».*

14. Anche alla luce di tali puntuali e condivisibili rilievi, il Collegio ritiene che le considerazioni svolte nella relazione del Nucleo elicotteri (sulla quale si fonda, giova ribadirlo, la scelta oggetto dei provvedimenti impugnati) non valgano affatto a dimostrare che nella fattispecie “non esistono altri operatori economici o soluzioni alternative ragionevoli” e che “l'assenza di concorrenza non è il

*risultato di una limitazione artificiale dei parametri dell'appalto*”, per le seguenti ragioni.

Innanzitutto, come già accennato, i motivi tecnici adottati dal Nucleo elicotteri non sono *oggettivi*, ossia legati a difficoltà tecniche determinate dall'applicazione delle misure di sicurezza in materia di operazioni di volo, gestione degli equipaggi e manutenzione dei velivoli che ogni gestore del servizio di elisoccorso (e, in particolare, dall'applicazione della norma tecnica “*AMC1 ORO.FC.240 Operation on more than one type or variant*”), bensì *soggettivi*, ossia legati all'attuale dotazione di mezzi del Nucleo elicotteri della Provincia e alla connessa organizzazione del servizio di elisoccorso, perché è l'utilizzo di un mezzo come l'elicottero modello AW139 (che ha un peso massimo al decollo di 7000 kg) che determina le limitazioni tecnico-operative nella gestione del personale e dei mezzi in dotazione invocate dall'Amministrazione (derivanti dalla predetta norma tecnica).

Né vale replicare a tali considerazioni (si vedano le difese svolte dalla Provincia e dalla controinteressata nelle rispettive memorie) affermando che l'adeguatezza di una fornitura deve essere valutata tenendo conto del contesto organizzativo nel quale il bene deve essere inserito, perché è la prestazione richiesta sul mercato che deve essere adeguata alla realtà organizzativa della stazione appaltante e non la stazione appaltante che deve adeguare la propria organizzazione per poter utilmente impiegare il bene acquistato, e che nel caso in esame non si tratta semplicemente dell'acquisto di un elicottero, bensì dell'acquisto di un elicottero destinato a ricostituire una flotta composta da appena tre elicotteri. Infatti tali affermazioni, pur astrattamente condivisibili, tuttavia non sono sufficienti per giustificare il ricorso alla procedura negoziata in quanto l'Amministrazione non ha comprovato l'inesistenza di “*soluzioni alternative ragionevoli*”, limitandosi ad addurre considerazioni di natura essenzialmente economica che non risultano avvalorate da un'attenta ed imparziale valutazione comparativa di tutte le possibili alternative in materia di composizione della flotta e di organizzazione del servizio di elisoccorso,

come - ad esempio - quelle prospettate nella relazione di parte prodotta da Airbus.

15. Parimenti coglie nel segno la ricorrente quando osserva che l'Amministrazione non ha realmente preso in considerazione la possibilità di acquistare un velivolo diverso dall'AW139, mentre avrebbe dovuto indire una consultazione preliminare di mercato aperta anche ai produttori di modelli alternativi all'AW139.

Al riguardo assume decisivo rilievo la riflessione (contenuta nel parere del Consiglio di Stato n. 01708/2017) secondo la quale la procedura negoziata senza bando «*si inserisce ora in un contesto normativo complessivo profondamente mutato*», caratterizzato anche da un istituto come le consultazioni preliminari di mercato di cui all'art. 66 del decreto legislativo n. 50/2016, attraverso il quale le amministrazioni aggiudicatrici *“possono acquisire consulenze, relazioni o altra documentazione tecnica da parte di esperti, di partecipanti al mercato nel rispetto delle disposizioni stabilite nel presente codice, o da parte di autorità indipendenti”*, sì da poter utilizzare tale documentazione sia nella fase della programmazione delle proprie scelte, sia nello svolgimento della procedura di appalto (ovviamente *“a condizione che non abbia l'effetto di falsare la concorrenza e non comporti una violazione dei principi di non discriminazione e di trasparenza”*). Da tale riflessione emerge chiaramente che in una peculiare fattispecie come quella in esame - fortemente caratterizzato da una situazione imprevista, come l'incidente occorso nel marzo 2017, e comunque dalla necessità di provvedere alla riorganizzazione complessiva del Nucleo elicotteri (anche in ragione dell'esigenza di sostituire il vetusto elicottero modello AS365 ancora in dotazione al Nucleo) - l'Amministrazione, a fronte delle evidenziate e non controverse caratteristiche del mercato mondiale dei velivoli destinati all'elisoccorso, avrebbe dovuto indire una consultazione preliminare ad ampio spettro, al fine di accertare se sul mercato esistano velivoli che, bilanciando caratteristiche operative e costi di esercizio, possano (in ipotesi) giustificare l'indizione di una gara pubblica (che potrebbe portare all'acquisto di un

elicottero diverso dall'AW139), nonché al fine di valutare l'opportunità di procedere immediatamente alla riorganizzazione complessiva del nucleo elicotteri, sussistendo non solo la pressante esigenza di sostituire l'elicottero incidentato, ma anche l'ulteriore esigenza di sostituire il vetusto elicottero modello AS365.

Si consideri - ad esempio - che nella relazione di parte prodotta da Airbus viene prospettato che con le medesime risorse finanziarie (circa 23 milioni di euro) stanziate per l'acquisto del (solo) AW139 e le relative manutenzioni (sempre in ipotesi) *«la Provincia avrebbe potuto acquistare due elicotteri H145 di ultima generazione e coprire i costi addestrativi necessari all'ingresso in flotta della macchina nonché sopperire ai programmi di manutenzione degli elicotteri che rimangono in flotta, ottimizzando inoltre il parco macchine con la vendita dell'AS365N3. Rimarrebbero quindi due tipologie di elicotteri (AW139 ed H145) perfettamente in grado di svolgere qualsiasi tipo di missione operativa, guadagnandone però grandemente in flessibilità ed economicità del servizio»*. Invece la consultazione è stata indetta al limitato fine di *«verificare se la fornitura dell'elicottero AW 139 Long Nose, nuovo o usato, avente le caratteristiche tecniche e l'allestimento e alle condizioni e nei tempi, il tutto come riportato in dettaglio nell'allegato 1) al presente avviso, previo ritiro dell'elicottero AW 139 s/n 31369 incidentato, può essere svolta dal solo fornitore originario Leonardo S.p.A., ovvero se sono presenti sul mercato anche altri operatori economici interessati ed in grado di effettuare la fornitura»*.

Né le censure in esame - e, in particolare, quella incentrata sul mancato svolgimento di una consultazione preliminare di mercato aperta ai produttori di modelli alternativi all'AW139 - implicano un inammissibile sindacato di merito sulle scelte organizzative e di programmazione della Cassa antincendi (come invece sostiene la Provincia nella propria memoria di replica). Come ben rilevato dalla ricorrente, la ragione per cui non è stata indetta una consultazione preliminare di mercato aperta anche ai produttori di modelli alternativi all'AW139 è costituita dal dichiarato *favor* del Nucleo elicotteri per una scelta idonea a garantire l'uniformità dell'intera flotta, mediante l'acquisto

di elicotteri modello AW139 non soltanto per sostituire quello incidentato, ma anche per provvedere alla futura sostituzione del vetusto elicottero modello AS365. Tale incondizionato *favor*, oltre ad esporsi ai rilievi di carattere tecnico svolti nella relazione di parte (in ragione del rischio che l'Autorità aeronautica possa bloccare un determinato veicolo o un determinato equipaggiamento sullo stesso installato, così paralizzando l'operatività dell'intero Nucleo elicotteri), si pone in palese contrasto con i principi di massima partecipazione alle procedure di gara, parità di trattamento, non discriminazione e trasparenza, buon andamento, imparzialità, efficacia e proporzionalità dell'attività amministrativa - che devono sempre orientare le scelte della stazione appaltante, sin dalla fase della programmazione degli acquisti - perché dimostra che la scelta operata con i provvedimenti impugnati finisce per limitare la concorrenza non soltanto nell'immediato, ma anche per il futuro, laddove l'uniformità dell'intera flotta potrebbe costituire, semmai, il risultato di una gara pubblica, preceduta da un effettivo confronto tra tutte le possibili soluzioni offerte dal mercato.

16. In definitiva il ricorso deve essere accolto, con assorbimento delle censure non esaminate, e va disposto l'annullamento dei provvedimenti impugnati, annullamento che risulta soddisfacente dell'interesse (strumentale) della ricorrente alla rideterminazione dell'Amministrazione sin dalla fase dell'individuazione della soluzione migliore per fronteggiare la situazione venutasi a creare a seguito dell'incidente occorso nel marzo 2017.

17. La parziale novità e la complessità delle questioni trattate costituiscono giusti motivi per compensare integralmente tra le parti le spese di lite.

P.Q.M.

Il Tribunale Regionale di Giustizia Amministrativa della Regione autonoma Trentino - Alto Adige/Südtirol, sede di Trento, definitivamente pronunciando sul ricorso n. 142/2019 e sui ricorsi per motivi aggiunti in epigrafe indicati, li accoglie e, per l'effetto, annulla i provvedimenti impugnati, salve le ulteriori determinazioni dell'Amministrazione.

Spese compensate.

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

Così deciso in Trento nella camera di consiglio del giorno 12 dicembre 2019

con l'intervento dei magistrati:

Roberta Vigotti, Presidente

Carlo Polidori, Consigliere, Estensore

Antonia Tassinari, Consigliere

**L'ESTENSORE**

**Carlo Polidori**

**IL PRESIDENTE**

**Roberta Vigotti**

**IL SEGRETARIO**