

Pubblicato il 08/10/2021

N. 00841/2021REG.PROV.COLL.

N. 00621/2020 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

II CONSIGLIO DI GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA PER LA REGIONE
SICILIANA

Sezione giurisdizionale

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 621 del 2020, proposto dalla Croce Rossa Italiana, Comitato di Catania, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Andrea Scuderi, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Daniela Macaluso in Palermo, via Ventura, 1;

contro

la S.A.C. Società Aeroporto Catania S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Gennaro Terracciano e Annunziata Abbinente, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Fulvio Ingaglio La Vecchia in Palermo, piazza Don Luigi Sturzo, 4;
la Ontario S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in proprio e nella qualità di mandataria del costituendo RTI con la mandante P.A. Sicilia Emergenza One, rappresentato e difeso dall'avvocato Carmelo Floreno, con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia;

nei confronti

la P.A. Sicilia Emergenza One, non costituita in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia, Sezione staccata di Catania, Sezione Terza, n. 479 del 26 febbraio 2020.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della S.A.C. Società Aeroporto Catania S.p.A. e della Ontario S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore, nell'udienza pubblica del giorno 22 settembre 2021, il Cons. Roberto Caponigro e uditi per le parti gli avvocati come da verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. La Società Aeroporto di Catania s.p.a. (di seguito anche SAC), con bando del 9 aprile 2019, ha indetto una gara per l'affidamento triennale del servizio di presidio sanitario aeroportuale e delle attività di primo soccorso sanitario in caso di emergenza presso l'Aeroporto Fontanarossa di Catania con un importo a base d'asta di euro 3.400.000,00 per il triennio.

L'art. 5 del capitolato ha previsto che: "l'appaltatore si obbliga ad impiegare ed a garantire, per l'intera durata del contratto, la presenza in loco di almeno: a) un presidio AIRSIDE h 24 (1 medico, 1 autista soccorritore); b) un presidio LANDSIDE h. 24 (1 medico, 1 autista/soccorritore); c) n. 2 autoambulanze h. 24 di cui 1 attrezzata per soccorso avanzato di tipo rianimativo".

Alla gara hanno partecipato quattro offerenti, tra cui il costituendo RTI Ontario (di seguito anche Ontario) e la Croce Rossa Italiana, Comitato di Catania (di seguito anche CRI Catania).

Nella graduatoria è stata collocata al primo posto la Ontario, con un punteggio totale di 96 punti (66 punti per il progetto tecnico e 30 punti per l'offerta economica), ed al secondo posto la CRI Catania, con un punteggio totale di 82.042 punti (53,50 per il progetto tecnico e 28,542 punti per l'offerta economica).

A seguito della verifica di anomalia dell'offerta, la SAC, con provvedimento del 10 luglio 2019, ha aggiudicato definitivamente il servizio al costituendo RTI orizzontale Ontario.

2. Il Tar per la Sicilia, Sezione staccata di Catania, Sezione Terza, con la sentenza n. 479 del 26 febbraio 2020, ha respinto il ricorso proposto dalla CRI Catania per l'annullamento dell'aggiudicazione, la dichiarazione di inefficacia dell'eventuale contratto stipulato ed il risarcimento del danno per equivalente ed ha dichiarato improcedibili per sopravvenuta carenza di interesse il ricorso incidentale ed i motivi ad esso aggiunti.

3. Di talché, la CRI Catania ha interposto il presente appello, articolato nei seguenti motivi di doglianza:

Violazione della lex specialis sui requisiti di ammissione. Travisamento dei fatti. Omessa esclusione.

L'aeroporto Fontanarossa di Catania, con decreto ministeriale del 3 aprile 2017, è stato designato quale aeroporto italiano sanitario, unitamente agli aeroporti di Roma Fiumicino e Milano Malpensa, per cui la SAC, quale ente gestore dell'aeroporto, ha dovuto richiedere per l'ammissione alla procedura di gara il possesso di adeguati requisiti professionali.

Il bando di gara, alla sezione III, punto 2.1), ha previsto, tra i requisiti di capacità professionale, che sia il personale medico che il personale autista/soccorritore, da

impiegare in ogni turno di lavoro, dovrà essere in possesso di determinati attestati; gli stessi requisiti di partecipazione sono stati previsti, a pena di esclusione, dal disciplinare di gara, al punto A.

Non tutte le unità di personale del RTI Ontario sarebbero in possesso dei certificati e attestati prescritti e tale carenza avrebbe avuto una naturale conseguenza nella fase di esecuzione del servizio, atteso che, rispetto ai quindici medici offerti per espletare il servizio, da informazioni assunte, Ontario ne avrebbe impiegati appena due/tre.

Il secondo requisito mancante “a pena di esclusione” nel RTI Ontario sarebbe quello inerente alla “capacità tecnica” connessa al “possesso dell’autorizzazione al trasporto e soccorso in autoambulanza” di cui alla Sezione III, punto 2.3), del bando di gara ed al punto A del disciplinare di gara.

La mandataria, infatti, si sarebbe ritenuta abilitata all’esercizio dell’attività di trasporto e soccorso in ambulanza, avvalendosi della capacità tecnica della mandante.

Il Tar ha rigettato il motivo di ricorso sull’assenza dei requisiti di ammissione, in quanto l’RTI risulterebbe in possesso sia della capacità professionale che tecnica, per cui non sarebbe stata resa alcuna dichiarazione mendace.

Per il Tar, il requisito della capacità professionale andrebbe inteso come una sorta di capacità di “squadra”, nel senso che non sarebbe necessario che ciascuno dei medici impiegati per ciascun turno di lavoro sia in possesso di tutti gli attestati richiesti, essendo sufficiente che gli stessi siano posseduti cumulativamente dai medici impiegati per ogni turno di servizio, in cui, secondo il Tribunale, il RTI Ontario impiegherebbe 8 medici.

I medici da impiegare per ogni turno di lavoro, però, sarebbero due e non otto, atteso che occorre effettuare un servizio di ore 24 ed ogni turno di lavoro ha una durata di sei ore, per cui è per l’intera giornata che necessitano quattro turni di lavoro con un impiego totale di otto medici.

La *lex specialis* di gara avrebbe disposto che tutto il personale medico ed autista/soccorritore da impiegare in ogni turno di lavoro dovesse essere in possesso di tutti gli attestati/certificazioni prescritti, comprovanti la capacità professionale.

L'elemento cardine della gara in esame sarebbe dato dal vincolo tra l'operatore economico concorrente ed il personale da impiegare, unico elemento in grado di garantire certezza e serietà dell'offerta.

Il Tribunale sarebbe incorso in un evidente errore, ritenendo l'impiego per ogni turno di lavoro di n. 8 medici, confondendo in tal modo il singolo turno di lavoro della durata di sei ore in cui risultano presenti solo due medici, con il servizio giornaliero di h 24, sicché la "squadra" di medici presente per ogni turno sarebbe costituita da soli due medici e non da otto.

Il servizio di trasporto e soccorso non costituirebbe servizio secondario rispetto a quello posto in essere dai medici nei presidi Airside e Landside, ma parte essenziale dell'unico servizio.

La mandataria/capogruppo Ontario, per sua espressa dichiarazione, espleterebbe l'attività di trasporto e soccorso in ambulanza in forza dell'autorizzazione rilasciata alla mandante P.A. Sicilia Emergenza One.

Sarebbe incomprensibile come la porzione di servizi consistente nel trasporto e soccorso in ambulanza, avente un valore economico di circa il 50% dell'intero servizio, potrebbe non essere espletato dalla capogruppo/mandataria che, nell'atto di impegno a costituire il raggruppamento, ha dichiarato che avrebbe eseguito il 94% del servizio.

La mandataria e la mandante del RTI aggiudicatario, avendo assunto l'obbligo di costituire un raggruppamento di tipo orizzontale, si sarebbero impegnate ad eseguire le medesime prestazioni con ripartizione nelle misure del 94% per la mandataria Ontario e del 6% della mandante, sicché la mandataria andrebbe ad eseguire il 94% della prestazione comprensiva del trasporto e soccorso con autoambulanze, in

assenza dello specifico titolo abilitativo prescritto dal bando e consistente nella autorizzazione, in corso di validità, per l'esercizio dell'attività di trasporto e soccorso in ambulanza.

L'Ontario, pertanto, per l'espletamento del 94% del servizio di trasporto e soccorso in ambulanza, risulterebbe priva del requisito soggettivo abilitativo prescritto a pena di esclusione, con conseguente illegittimità dell'ammissione alla gara.

La dichiarazione di Ontario, quale capogruppo/mandataria, di eseguire il 94% del servizio, costituirebbe la prova provata che la stessa espleterebbe anche tale attività di trasporto e soccorso in ambulanza senza averne la relativa capacità tecnica.

Il requisito di qualificazione sarebbe personale e non potrebbe riferirsi all'intero raggruppamento, per cui può essere posseduto anche da una sola delle imprese raggruppate, ma, in tal caso, lo stesso servizio dovrebbe essere espletato esclusivamente dalla stessa impresa.

Violazione della lex specialis sulla attribuzione dei punteggi. Travisamento dei fatti.

La valutazione "ottimo il numero dei medici", ricevuta dall'Ontario, risulterebbe viziata da illogicità e travisamento, con conseguente illegittimità del coefficiente 1 attribuito, atteso che il personale medico indicato, privo dei titoli necessari per espletare il servizio oggetto dell'appalto, sarebbe insufficiente, con la conseguente applicazione di un giudizio con coefficiente 0 ovvero 0,25.

L'illogicità vi sarebbe anche con riferimento al personale medico indicato dall'appellante, che ha presentato dieci medici tutti in possesso dei corsi/attestati richiesti per poter essere impiegati nell'espletamento del servizio.

Violazione dell'art. 97 del d.lgs. n. 50 del 2016. Travisamento dei fatti.

Il RTI Ontario sarebbe dovuto essere escluso per anomalia dell'offerta, non avendo reso le giustificazioni richieste dalla stazione appaltante.

Il Tribunale avrebbe errato nel ritenere ammissibile, nell'ambito del procedimento di verifica dell'anomalia, una seconda richiesta di giustificiche dopo aver ricevuto le giustificazioni e valutate le stesse come non idonee.

L'obbligo di verifica del costo del personale indicato nell'offerta economica risulterebbe omesso.

Avverso la giustificazione accolta dalla Commissione, la CRI Catania ha censurato l'impossibilità sia del lavoro autonomo che del contratto collettivo dei laboratori di analisi, in considerazione degli obblighi posti dalla *lex specialis*.

4. L'Ontario s.r.l., in proprio e nella qualità di mandataria capogruppo del costituendo RTI con la mandante P.A. Sicilia Emergenza One, ha analiticamente controdedotto ed ha riproposto i motivi di ricorso incidentale formulati nel giudizio di primo grado, volti all'esclusione della CRI Catania dalla gara ed, in via subordinata, all'impugnativa di clausole della *lex specialis*, se intese nel significato attribuite dall'appellante.

In particolare, la Ontario ha contestato l'ammissione alla gara della CRI – Comitato di Catania per il mancato possesso del requisito “dell'autorizzazione, in corso di validità, per l'esercizio dell'attività di trasporto e soccorso in ambulanza”, ai sensi del punto III.2.1. del bando e, in subordine, ha proposto una questione di pregiudizialità europea ed una questione di legittimità costituzionale riferite all'art. 138, comma 11, d.lgs. n. 285 del 1992.

5. La Società Aeroporti di Catania ha analiticamente contestato la fondatezza delle doglianze proposte dalla CRI Catania concludendo per il rigetto dell'appello ed ha parimenti ribadito la legittimità dell'operato della stazione appaltante, anche rispetto alle doglianze svolte in via incidentale dal RTI aggiudicatario.

6. Con la sentenza non definitiva 19 aprile 2021, n. 330, questo Consiglio di Giustizia Amministrativa, riservata al definitivo ogni ulteriore decisione in rito, nel merito e sulle spese, ha così provveduto:

- ha dichiarato inammissibile la riproposizione, da parte della Ontario, dei motivi del ricorso incidentale di primo grado;

- ha disposto che la Società Aeroporti Catania S.p.a. depositi in giudizio la documentazione di cui in motivazione, vale a dire l'elenco nominativo dei medici e degli autisti/soccorritori, con la esatta indicazione dei corsi ed attestati dagli stessi posseduti al momento della presentazione della domanda, indicati dall'RTI Ontario nella domanda di partecipazione alla gara, ed una analitica tabella con l'indicazione nominativa, per il periodo dal 1° gennaio 2021 al 16 marzo 2021, dei medici e degli autisti soccorritori dell'aggiudicataria che hanno prestato i singoli turni di servizio.

7. A seguito del deposito della documentazione richiesta, le parti hanno depositato analitiche memorie a sostegno ed illustrazione delle rispettive difese.

La Ontario, tra l'altro, ha rappresentato di avere notificato alle altre parti riserva facoltativa di ricorso in Cassazione, ex art. 361 c.p.c., avverso la detta sentenza non definitiva di questo Consiglio n. 330 del 2021.

8. All'udienza pubblica del 22 settembre 2021, la causa è stata trattenuta per la decisione.

9. L'azione proposta in primo grado dalla CRI Catania per l'annullamento dell'aggiudicazione definitiva disposta in favore del costituendo RTI Ontario è fondata e va accolta.

9.1. Infatti, come si vedrà *infra*, si rivela persuasivo il primo motivo di appello, con cui l'appellante ha contestato le statuizioni della sentenza di primo grado inerenti il possesso del requisito di capacità professionale garantito dagli attestati richiesti dalla *lex specialis* di gara.

In proposito, occorre premettere che le censure svolte in primo grado dalla CRI Catania non riguardano le attestazioni possedute dal personale autista/soccorritore, ma involgono gli attestati richiesti ai medici quali requisiti di partecipazione del

concorrente alla gara, sicché è tale la perimetrazione del *thema decidendum* afferente alla doglianza.

9.1.1. Il punto III.2.1) del bando di gara stabilisce che:

“possono partecipare alla presente procedura gli operatori economici come definiti dall’art. 45 del d.lgs. 50/2016, che non trovino in alcuna delle cause di esclusione previste dall’art. 80 del d.lgs. 50/2016 e che siano in possesso dei seguenti requisiti:

Requisiti di capacità professionale:

...

...

il personale medico che sarà impiegato in ogni turno di lavoro dovrà essere in possesso dei seguenti attestati: 1) Corso gestione maxi emergenza – 2) Corso BLS-D e PBLIS – 3) Corso ALS e ATLS;

...”.

Il disciplinare di gara, al punto A.b.3.), analogamente, stabilisce che:

“Al fine della partecipazione alla gara, i concorrenti dovranno essere in possesso, a pena di esclusione, dei seguenti requisiti:

b.3) Il personale medico che sarà impiegato in ogni turno di lavoro dovrà essere in possesso dei seguenti attestati: 1) Corso gestione maxi emergenza – 2) Corso BLS-D e PBLIS – 3) Corso ALS e ATLS”.

Pertanto, non può sussistere alcun dubbio, in presenza di una clausola chiara ed inequivoca, che il possesso degli attestati del personale medico da impiegare in ogni turno di lavoro costituisca requisito di partecipazione alla gara, in assenza del quale, quindi, l’operatore economico che ne fosse risultato sprovvisto non avrebbe potuto essere ammesso a concorrere (o, meglio, avrebbe dovuto essere escluso dalla partecipazione alla gara).

La Ontario ha prospettato che tale previsione della *lex specialis* di gara, anche per l'utilizzo del tempo futuro, "sarà impiegato", dovrebbe essere interpretata quale requisito necessario ai fini della esecuzione, e non della partecipazione.

Tale assunto non è condivisibile, in quanto la formulazione della norma di gara rende evidente che la stazione appaltante ha inteso ritenere il requisito necessario sia per la partecipazione al procedimento di selezione finalizzato alla scelta del contraente, sia per l'espletamento della prestazione in sede di esecuzione del rapporto contrattuale.

In altri termini, ferma restando la inequivoca volontà della *lex specialis* di considerare le attestazioni richieste quale requisito di capacità professionale necessario alla partecipazione, la disciplina di gara può essere intesa nel senso che il personale medico deve possedere gli attestati richiesti, salva la facoltà di sostituzione in sede di esecuzione, per ragioni sopravvenute, con altro personale medico pur esso in possesso degli attestati richiesti.

Gli attestati richiesti per la partecipazione alla gara, inoltre, sono tassativamente quelli indicati nel disciplinare.

A tal fine, non può assumere alcun rilievo la risposta ai quesiti della stazione appaltante che, in data 26 aprile 2019, in esito alla domanda 19, ha affermato quanto segue: "*Il personale impiegato nell'appalto deve avere conseguito gli attestati dei corsi richiesti, senza che rilevi l'Ente che li ha rilasciati?*".

Tale affermazione, infatti, da un lato, utilizzando la locuzione "corsi richiesti", ribadisce che i corsi sono quelli indicati nella disciplina di gara, dall'altro, anche ove interpretata nel senso prospettato dalla Ontario, non sarebbe comunque idonea a modificare la *lex specialis* di gara.

In proposito, occorre sottolineare che i chiarimenti resi dalla stazione appaltante nel corso di una gara d'appalto non hanno alcun contenuto provvedimentale, non potendo costituire, per giurisprudenza consolidata, integrazione o rettifica della *lex*

specialis di gara (cfr., da ultimo, Cgars, 20 settembre 2021, n. 806, che richiama un'ampia giurisprudenza).

I chiarimenti della stazione appaltante, infatti, sono ammissibili solo se contribuiscono, con un'operazione di interpretazione del testo, a renderne chiaro e comprensibile il significato, ma non quando, proprio mediante l'attività interpretativa, si giunga ad attribuire ad una disposizione della *lex specialis*, un significato ed una portata diversa o maggiore di quella che risulta dal testo stesso, in tal caso violandosi il rigoroso principio formale della *lex specialis*, posto a garanzia dei principi di cui all'art. 97 Cost. (cfr. Cons. Stato, IV, 15 dicembre 2020, n. 8031, che richiama anch'essa a corredo una vasta giurisprudenza).

Le preminenti esigenze di certezza connesse allo svolgimento delle procedure concorsuali di selezione dei partecipanti impongono di ritenere di stretta interpretazione le clausole del bando di gara, sicché ne risulta preclusa qualsiasi lettura che non sia in sé giustificata da un'obiettiva incertezza del loro significato letterale.

Nel caso di specie, la assoluta chiarezza della clausola della *lex specialis* non consentiva alcuna rettifica o integrazione da parte dei chiarimenti della stazione appaltante.

9.1.2. La Ontario ha sostenuto che, ad ogni modo, il punto III.2.1. del bando di gara ed i punti A.b3) ed A.b4) del disciplinare sarebbero affetti da nullità ai sensi dell'art. 31, comma 4, c.p.a. e dell'art. 83, comma 8, del d.lgs. n. 50 del 2016.

La prospettazione è infondata.

L'art. 83 del d.lgs. n. 50 del 2016, recante la disciplina dei criteri di selezione e del soccorso istruttorio, dispone al primo comma che i criteri di selezione riguardano esclusivamente i requisiti di idoneità professionale, la capacità economica e finanziaria e le capacità tecniche e professionali e, al secondo comma, prevede che i requisiti e le capacità di cui al primo comma sono attinenti e proporzionati

all'oggetto dell'appalto, tenendo presente l'interesse pubblico ad avere il più ampio numero di potenziali partecipanti, nel rispetto dei principi di trasparenza e rotazione. Va da sé, pertanto, che la facoltà della stazione appaltante di prevedere determinati requisiti di capacità professionale, nei limiti di ragionevolezza e proporzionalità, è prevista dalla stessa legge, per cui la previsione di cui all'ultima parte del successivo comma 8 dell'art. 83, secondo la quale "*i bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione rispetto a quelle previste dal presente codice e da altre disposizioni di legge vigenti*", prescrivendone la relativa nullità, non può trovare applicazione nel caso di specie, in presenza della richiamata specifica facoltà attribuita dalla legge alle stazioni appaltanti di stabilire criteri di selezione.

9.1.3. La Ontario, nel ribadire che la *lex specialis* di gara non ha prescritto il possesso degli attestati quale condizione di partecipazione, ha altresì eccepito che, nella denegata ipotesi, la previsione in esame sarebbe nulla per violazione dell'art. 95, comma 6, d.lgs. n. 50 del 2016 ed inoltre contraria alla normativa eurounitaria, per violazione dell'art. 67, comma 2, della direttiva 2014/24/UE del 26 febbraio 2014. Con un articolato ragionamento, la Ontario, nella memoria del 6 settembre 2021, ha sostenuto che la stazione appaltante non potrebbe richiedere quale requisito di idoneità professionale, previsto a pena di esclusione, elementi che non attengono all'impresa in sé, alla sua intrinseca organizzazione, ma al proprio personale dipendente; in particolare, nel rilevare che lo stesso requisito, da una parte, è stato previsto come condizione di partecipazione alla gara (requisito di idoneità professionale), dall'altra, quale elemento di valutazione dell'offerta tecnica dei dipendenti (pag. 12 del disciplinare di gara), nella denegata ipotesi in cui i punti III.2.1. del bando di gara e A.b3 e A.b4) del disciplinare fossero considerati conformi alla normativa nazionale, ha proposto questione di pregiudizialità comunitaria dell'art. 83 del d.lgs. n. 50 del 2016, per contrasto con l'art. 67, comma 2, lett. b), della direttiva 2014/24/UE del 26 febbraio 2014, nella parte cui fosse inteso

consentire di subordinare la partecipazione dei concorrenti alle qualifiche/esperienze del personale incaricato di svolgere l'appalto.

Le argomentazioni della parte si presentano non persuasive e non pertinenti con l'oggetto della controversia.

Tanto l'art. 95 del d.lgs. n. 50 del 2016, quanto l'art. 67 della direttiva 2014/24/UE, infatti, disciplinano i criteri di aggiudicazione dell'appalto, mentre, come detto, le attestazioni in discorso sono state in primo luogo previste dal bando come requisiti di capacità professionale (indicati, impropriamente, come requisiti di idoneità professionale nel disciplinare), vale a dire, ai sensi dell'art. 82, comma 2, del d.lgs. n. 50 del 2016 come requisiti di partecipazione, alla cui assenza segue l'esclusione dalla gara.

La circostanza che le norme nazionali ed europee indicate consentano di prevedere che l'organizzazione, le qualifiche e l'organizzazione del personale possano rientrare tra i criteri di valutazione dell'offerta si presenta del tutto neutra rispetto alla diversa facoltà della stazione appaltante di individuare tra i requisiti di capacità professionale quelli relativi alle qualificazioni del personale utilizzato nell'appalto.

Di talché, per un verso, non sussiste alcuna nullità della clausola, la quale, invece, avrebbe potuto essere ed è stata impugnata in via incidentale, con ricorso dichiarato improcedibile in primo grado, la cui riproposizione è stata dichiarata inammissibile con la sentenza non definitiva di questo Consiglio n. 330 del 2021, per altro verso, la questione di compatibilità eurounitaria si presenta irrilevante ai fini della decisione della controversia e, quindi, la richiesta di rinvio pregiudiziale deve essere qualificata inammissibile, atteso che l'art. 67, comma 2, della direttiva 2014/24/UE, come detto, disciplina i criteri di aggiudicazione dell'appalto, prevedendo la possibile considerazione dell'organizzazione, delle qualifiche e dell'esperienza del personale incaricato di eseguire l'appalto, ma non disciplina affatto i requisiti di capacità professionale per la partecipazione alla gara, i quali, invece, sono previsti e

disciplinati tra i criteri di selezione dall'art. 58 della direttiva europea (cui è ispirato l'art. 83 del d.lgs. n. 50 del 2016).

9.1.4. A tale ultimo proposito, va osservato che l'art. 267 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea prevede che:

“La Corte di giustizia dell'Unione europea è competente a pronunciarsi, in via pregiudiziale:

a) sull'interpretazione dei trattati;

b) sulla validità e l'interpretazione degli atti compiuti dalle istituzioni, dagli organi o dagli organismi dell'Unione.

Quando una questione del genere è sollevata dinanzi ad un organo giurisdizionale di uno degli Stati membri, tale organo giurisdizionale può, qualora reputi necessaria per emanare la sua sentenza una decisione su questo punto, domandare alla Corte di pronunciarsi sulla questione.

Quando una questione del genere è sollevata in un giudizio pendente davanti a un organo giurisdizionale nazionale, avverso le cui decisioni non possa proporsi un ricorso giurisdizionale di diritto interno, tale organo giurisdizionale è tenuto a rivolgersi alla Corte. Quando una questione del genere è sollevata in un giudizio pendente davanti a un organo giurisdizionale nazionale e riguardante una persona in stato di detenzione, la Corte statuisce il più rapidamente possibile”.

L'art. 267, comma 3, del TFUE, quindi, prevede che, quando una questione sulla validità o l'interpretazione del diritto dell'Unione, è sollevata in un giudizio pendente davanti a un organo giurisdizionale nazionale, avverso le cui decisioni non possa proporsi un ricorso giurisdizionale di diritto interno, tale organo giurisdizionale è tenuto a rivolgersi alla Corte di giustizia UE.

La norma europea, si rivolge ai giudici nazionali di ultima istanza, sancendo che essi sono “tenuti” a rivolgersi alla Corte di giustizia qualora dinanzi a loro venga sollevata una questione pregiudiziale di validità o di interpretazione.

La finalità dell'obbligo *de quo* è quella di assicurare l'uniforme applicazione del diritto dell'Unione, la quale sarebbe pregiudicata laddove all'interno dei vari ordinamenti nazionali si consolidassero orientamenti ermeneutici difformi.

Tuttavia, la Corte di giustizia, con la sentenza c.d. CILFIT (sentenza del 6 ottobre 1982, causa 283-81), ha affermato il principio di diritto, tuttora seguito, secondo cui: *“L'art. 177, 3° comma, del Trattato CEE, va interpretato nel senso che una giurisdizione le cui decisioni non sono impugnabili secondo l'ordinamento interno è tenuta, qualora una questione di diritto comunitario si ponga dinanzi ad essa, ad adempiere il suo obbligo di rinvio, salvo che non abbia constatato che la questione non è pertinente, o che la disposizione comunitaria di cui è causa ha già costituito oggetto di interpretazione da parte della Corte, ovvero che la corretta applicazione del diritto comunitario si impone con tale evidenza da non lasciar adito a ragionevoli dubbi; la configurabilità di tale eventualità va valutata in funzione delle caratteristiche proprie del diritto comunitario, delle particolari difficoltà che la sua interpretazione presenta e del rischio di divergenze di giurisprudenza all'interno della Comunità”*.

Nel caso di specie, la questione non è pertinente riferendosi ad una norma europea che, in quanto disciplinante i criteri di aggiudicazione dell'appalto e, quindi, afferendo allo svolgimento della gara, non rileva per l'esame della doglianza in discorso, la quale, invece, afferisce alla previsione dei requisiti di partecipazione alla gara e, quindi, all'ammissione alla gara stessa.

D'altra parte, che non sussista l'obbligo del invio pregiudiziale per le questioni non pertinenti, e, quindi, irrilevanti ai fini della decisione della controversia, è confermato dalla recente sentenza del Consiglio di Stato, Sezione Quarta, 14 settembre 2021, n. 6290, che, nel formulare i quesiti sottoindicati alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea ha specificato come il rinvio pregiudiziale possa operare su *“una questione di interpretazione del diritto unionale rilevante nell'ambito della controversia principale”*.

Infatti i quesiti posti, sono stati i seguenti:

“A) se la corretta interpretazione dell'art. 267 TFUE imponga al giudice nazionale, avverso le cui decisioni non possa proporsi un ricorso giurisdizionale di diritto interno, di operare il rinvio pregiudiziale su una questione di interpretazione del diritto unionale rilevante nell'ambito della controversia principale, anche qualora possa escludersi un dubbio interpretativo sul significato da

attribuire alla pertinente disposizione europea - tenuto conto della terminologia e del significato propri del diritto unionale attribuibili alle parole componenti la relativa disposizione, del contesto normativo europeo in cui la stessa è inserita e degli obiettivi di tutela sottesi alla sua previsione, considerando lo stadio di evoluzione del diritto europeo al momento in cui va data applicazione alla disposizione rilevante nell'ambito del giudizio nazionale – ma non sia possibile provare in maniera circostanziata, sotto un profilo soggettivo, avuto riguardo alla condotta di altri organi giurisdizionali, che l'interpretazione fornita dal giudice precedente sia la stessa di quella suscettibile di essere data dai giudici degli altri Stati membri e dalla Corte di Giustizia ove investiti di identica questione”;

“B) se – per salvaguardare i valori costituzionali ed europei della indipendenza del giudice e della ragionevole durata dei processi – sia possibile interpretare l’art. 267 TFUE, nel senso di escludere che il giudice supremo nazionale, che abbia preso in esame e ricusato la richiesta di rinvio pregiudiziale di interpretazione del diritto della Unione europea, sia sottoposto automaticamente, ovvero a discrezione della sola parte che propone l’azione, ad un procedimento per responsabilità civile e disciplinare”.

In definitiva, l’obbligo di sollevare la questione pregiudiziale ex art. 267 TFUE sussiste quando la questione interpretativa sia rilevante ai fini della soluzione della controversia.

Nel caso di specie, la proposta questione pregiudiziale non è pertinente e, quindi, non potrebbe influire sull’esito della controversia, sicché non sussiste alcun obbligo di rimessione della questione alla Corte di Giustizia.

9.1.5. Parimenti, non sussiste alcun obbligo di rimessione della ulteriore questione prospettata, con cui, in via subordinata rispetto al rigetto dell’appello proposto dalla CRI Catania, la Ontario ha chiesto la rimessione alla Corte di Giustizia UE delle questioni di pregiudizialità eurounitaria sollevate ex art. 267 TFUE sull’art. 138, commi 1 e 11, del d.lgs. n. 185 del 1992, nella parte in cui attribuisce a CRI il potere di provvedere *“direttamente nei riguardi dei veicoli di loro dotazione agli accertamenti tecnici,*

all'immatricolazione militare, al rilascio dei documenti di circolazione e delle targhe di riconoscimento", per contrasto con l'art. 3 TUE, artt. 3, 26 e 56 ss. TFUE, nonché con le direttive 2014/24/UE e 2014/25/UE e perché costituisce aiuto di Stato in violazione dell'art. 107, comma 1, TFUE.

Sul punto, la Ontario ha specificato che, se fosse accolto il gravame della CRI Catania, la stazione appaltante farebbe applicazione dell'art. 138 del d.lgs. n. 285 del 1992, riconoscendo all'appellante l'ammissione alla procedura di gara, il collocamento in graduatoria e l'aggiudicazione della stessa e ciò significherebbe che la CRI Catania si sarebbe avvalsa di un aiuto di stato, vietato dall'art. 107 TFUE.

La questione si presenta non pertinente ai fini della presente decisione, in quanto con essa la parte mira a dimostrare l'illegittima ammissione alla gara della CRI Catania, ma tale ammissione non può più essere messa in discussione a seguito della sentenza non definitiva 19 aprile 2021, n. 330, con cui questo Consiglio di Giustizia Amministrativa ha dichiarato inammissibile la riproposizione, da parte della Ontario, dei motivi del ricorso incidentale di primo grado.

Ne consegue - rilevato che, con il ricorso incidentale di primo grado, la parte aveva contestato l'ammissione alla gara della CRI Catania – che tale ammissione è cristallizzata, perché inoppugnabile, sicché la questione pregiudiziale proposta diviene irrilevante ai fini della decisione della controversia, in quanto, anche se fosse eventualmente fondata, non potrebbe comunque refluire nell'annullamento della partecipazione alla gara della CRI Catania.

9.1.6. La *lex specialis* di gara, come già ampiamente evidenziato, ha previsto tra i requisiti di capacità professionale che *“il personale medico che sarà impiegato in ogni turno di lavoro dovrà essere in possesso dei seguenti attestati: 1) corso gestione maxi emergenza – 2) Corso BLS-D e PBLIS – 3) Corso ALS e ATLS”*.

La mandataria Ontario e la mandante P.A. Sicilia Emergenza hanno dichiarato in sede di domanda di partecipazione che le certificazioni possedute dal personale medico sono: corso gestione maxi emergenza, BLS-D e PBLIS, ALS-ATLS.

In esito all'incombente istruttorio disposto da questo Consiglio con la sentenza non definitiva n. 330 del 2021, è emerso, in particolare, che:

- dal prospetto turni medici dal 1° gennaio 2021 al 31 marzo 2021, è possibile evincere che vi sono tre turni giornalieri: due di 6 ore (dalle 8.00 alle 14.00 e dalle 14.00 alle 20.00) ed uno di 12 ore (dalle 20.00 alle 8.00);
- il personale medico indicato dall'RTI Ontario in sede di partecipazione alla gara non è in possesso di tutte le certificazioni richieste dalla *lex specialis* di gara;
- solo 5 dei 15 medici indicati dalla Ontario in sede di partecipazione alla gara sono stati in turno dal 1° agosto 2019, data di inizio di svolgimento del servizio, al 31 dicembre 2020.

Ne consegue che, anche a voler ritenere corretta l'interpretazione della norma di gara secondo cui le attestazioni richiamate debbano essere possedute dalla "squadra" dei medici impiegati in ogni turno e non da ogni singolo medico impiegato, risulta evidentemente non ipotizzabile che, per ciascun turno, la Ontario avrebbe potuto impiegare una "squadra" complessivamente provvista di ciascuno dei requisiti richiesti dalla disciplina di gara.

A tal fine, è sufficiente rilevare che dei 15 medici indicati, solo 5 risultano avere una certificazione per le maxi emergenze e solo 1 risulta avere l'attestazione per il corso ATLS (Advanced Trauma Life Support) e quest'ultimo, peraltro, è privo dell'attestato per il corso ALS (Advanced Life Support).

Pertanto, il costituendo RTI Ontario non poteva ritenersi in possesso del requisito di capacità professionale richiesto a pena di esclusione dal bando e dal disciplinare di gara.

Di qui, la fondatezza della prima doglianza proposta dall'appellante.

A ciò si aggiunga che, sin dall'avvio della prestazione del servizio (1° agosto 2019), dalla documentazione versata in atti, risulta che solo 5 dei 15 medici indicati in sede di partecipazione, hanno effettivamente eseguito la prestazione.

9.2. Con il secondo motivo di appello, la CRI Catania ha sostenuto la carenza di un requisito di capacità tecnica in capo al costituendo RTI aggiudicatario, vale a dire la sostanziale carenza del possesso, richiesto dal disciplinare di gara a pena di esclusione, dell'autorizzazione in corso per l'esercizio dell'attività di trasporto e soccorso in ambulanza.

Il costituendo RTI Ontario ha partecipato alla gara evidenziando di essere in possesso della detta autorizzazione attraverso la mandante P.A. Sicilia Emergenza One.

L'appellante ha posto in rilievo che il trasporto con ambulanza, nel servizio oggetto dell'appalto, costituirebbe un'attività essenziale, tanto che il personale da impiegare nel turno di lavoro sarebbe di n. 2 autisti/soccorritori, per cui la valenza economica sarebbe equivalente alla parte restante del servizio consistente nell'impiego di due medici da impiegare per ogni turno di lavoro.

Di talché, secondo la prospettazione dell'appellante, non sarebbe comprensibile come la porzione del servizio consistente nel trasporto e soccorso in ambulanza, avente un valore economico di circa il 50% dell'intero servizio, possa non essere espletato dalla capogruppo/mandataria che, nell'atto di impegno a costituire il raggruppamento, ha dichiarato che eseguirà il 94% del servizio.

La tesi della parte, pur supportata da un apprezzabile itinerario logico argomentativo, non può essere condivisa, in quanto muove da un assunto non oggettivamente dimostrato, vale a dire che la parte del servizio consistente nel trasporto e soccorso in ambulanza abbia un valore economico di circa il 50% dell'intero servizio, tanto più che, come correttamente posto in rilievo dall'Ontario, le gare afferenti al primo soccorso in ambito aeroportuale prevedono che le ambulanze operino solo

all'interno del sedime aeroportuale, mentre sarà il 118 ad occuparsi del trasporto al di fuori dell'area aeroportuale.

In tal senso, il bando di gara, al punto II.1.5) stabilisce che *“restano escluse dalle competenze del PSA [Presidio Sanitario Ospedaliero] eventuali interventi esterni al sedime aeroportuale, incluso il trasferimento verso presidi ospedalieri per i quali, in caso di necessità, dovrà essere tempestivamente attivata l'emergenza sanitaria 118”*.

Ne consegue che la quantificazione operata dalla CRI Catania in ordine al valore del trasporto in ambulanza nell'ambito del complessivo valore dell'appalto non può ritenersi persuasiva, mentre, da un lato, in modo legittimo le componenti del costituendo RTI orizzontale Ontario hanno specificato la parte del servizio che ciascuna avrebbe svolto, con indicazione della ripartizione sia quantitativa che qualitativa, dall'altro, il requisito, in caso di partecipazione di una pluralità di imprese ad un RTI per lo svolgimento del servizio pubblico in discorso può essere posseduto anche da una sola impresa, il soggetto proprietario degli automezzi.

9.3. In definitiva, in relazione ai due motivi di appello finalizzati a dimostrare l'illegittima partecipazione alla gara del RTI Ontario per carenza di un requisito di capacità professionale e di un requisito di capacità tecnica, il primo si rivela fondato e ciò determina, assorbiti gli ulteriori motivi, di carattere “non escludente”, ma afferenti allo svolgimento della gara, e, quindi, indicatori di vizi di legittimità meno radicali (cfr., in tema di assorbimento dei motivi, Adunanza Plenaria Consiglio di Stato, 27 aprile 2015, n. 5), l'accoglimento *in parte qua* dell'appello e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, l'accoglimento del ricorso di primo grado nella parte in cui è stata proposta l'azione impugnatoria ed il conseguente annullamento del provvedimento di aggiudicazione definitiva, in data 10 luglio 2019, in favore del costituendo RTI orizzontale Ontario Healthcare/P.A. Sicilia Emergenza onlus.

La giurisprudenza (cfr., da ultimo, Cons. Stato, V, 3 marzo 2021, n. 1803) ha posto in rilievo che, nella materia dei contratti pubblici, l'illegittimità dell'azione

amministrativa, che si sia risolta nell'annullamento dell'aggiudicazione, prospetta, alla stregua dell'art. 124 c.p.a., una articolata struttura rimediale rimessa, in base all'ordinario canone dispositivo, alla domanda di parte (cfr. artt. 30, 40, comma 1 lettere b) ed f), 41 e 64 cod. proc. amm., in relazione all'art. 99 cod. proc. civ. e 2907 cod. civ.).

In particolare – contestualmente alla impugnazione, a mezzo di “azione di annullamento” (art. 29 cod. proc. amm.), ad esito prospetticamente demolitorio, dei “provvedimenti concernenti le procedure di affidamento” (art. 119, comma 1 lettera a) e 120 cod. proc. amm.) – è rimessa all'impresa pregiudicata l'opzione:

a) per una “tutela in forma specifica”, a carattere integralmente soddisfacente, affidata alla domanda di conseguire l'aggiudicazione e il contratto (art. 124, comma 1, prima parte), il cui accoglimento: a1) postula, in negativo, la sterilizzazione *ope judicis*, in termini di “dichiarazione di inefficacia”, del contratto eventualmente già stipulato *inter alios* (essendo, per ovvie ragioni, preclusa una ulteriore attribuzione dell'unitario bene della vita gestito dalla procedura ad evidenza pubblica); a2) richiede, in positivo, un apprezzamento di spettanza in termini di diritto al contratto, con la certezza che, in assenza del comportamento illegittimo serbato dalla stazione appaltante, il ricorrente si sarebbe senz'altro aggiudicato la commessa;

b) per un “risarcimento del danno per equivalente” (art. 124, comma 1, seconda parte), e cioè: b1) sia nel caso in cui il giudice abbia riscontrato l'assenza dei presupposti per la tutela specifica (e, in particolare, non abbia ravvisato, ai sensi degli artt. 121, comma 1 e 122 cod. proc. amm., i presupposti per dichiarare inefficace il contratto stipulato ovvero, sotto distinto profilo, non abbia elementi sufficienti a formulare un obiettivo giudizio di spettanza); b2) sia nel caso in cui la parte abbia ritenuto di non formalizzare la domanda di aggiudicazione (né si sia resa comunque “disponibile a subentrare nel contratto”, anche in corso di esecuzione), nel qual caso

la “condotta processuale” va anche apprezzata in termini concausali (cfr. art. 124, comma 2, in relazione al richiamato art. 1227 cod. civ.).

Insomma, ai sensi delle richiamate norme processuali, costituisce un preciso onere dell'operatore economico che intende subentrare nella posizione negoziale dell'aggiudicatario, formulare una specifica domanda di subentro nel contratto.

La dichiarazione di inefficacia del contratto, infatti, non costituisce un effetto automatico dell'annullamento dell'aggiudicazione, ma può conseguire ad una specifica valutazione effettuata dal giudice che ha annullato l'aggiudicazione, sulla base degli elementi di valutazione indicati dall'art. 122 c.p.a.

10.1. La CRI Catania, con il ricorso di primo grado, ha chiesto, nel merito, l'accoglimento del ricorso con l'annullamento degli atti e dei provvedimenti impugnati e la dichiarazione di inefficacia dell'eventuale contratto stipulato nonché il risarcimento del danno per equivalente.

Parimenti, con il ricorso in appello, la CRI Catania ha chiesto il suo accoglimento con l'annullamento degli atti di gara impugnati con il ricorso introduttivo e con la dichiarazione di inefficacia dell'eventuale contratto stipulato ed il risarcimento del danno per equivalente.

Di talché, al di là della effettiva intenzione della parte, la ricorrente (oggi appellante) non ha proposto la domanda di subentro nel contratto, non essendo interpretabile come tale la domanda di “risarcimento del danno per equivalente”, che evoca letteralmente una richiesta di risarcimento del danno per equivalente patrimoniale e non una richiesta di tutela del bene in forma specifica, e di tale oggettiva circostanza il Collegio deve prendere atto sulla base del principio della domanda e del conseguente principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato, che informano il giudizio amministrativo in quanto giurisdizione di tipo soggettivo, volta cioè alla tutela di interessi individuali.

11. In ordine alla domanda di dichiarazione di inefficacia del contratto stipulato tra la Sac ed il Raggruppamento Ontario, il Collegio, in primo luogo, evidenzia che il vizio di legittimità accertato nel procedimento di affidamento dell'appalto rende applicabile alla fattispecie l'art. 122 c.p.a., secondo cui, fuori dei casi indicati dall'art. 121, comma 1, c.p.a. (gravi violazioni) e dall'art. 123, comma 3, c.p.a. (applicazione di sanzioni alternative), il giudice che annulla l'aggiudicazione definitiva stabilisce se dichiarare inefficace il contratto, fissandone la decorrenza, tenendo conto, in particolare, degli interessi delle parti, dell'effettiva possibilità per il ricorrente di conseguire l'aggiudicazione alla luce dei vizi riscontrati, dello stato di esecuzione del contratto e della possibilità di subentrare nel contratto, nei casi in cui il vizio dell'aggiudicazione non comporti l'obbligo di rinnovare la gara e la domanda di subentrare sia stata proposta.

Pertanto, a differenza dell'art. 121 c.p.a., in cui è presente una violazione definita grave - in quanto recante un maggior *vulnus* all'interesse pubblico e, in particolare, al principio del *favor participationis* o al *favor legis* per la stipulazione del contratto di appalto quando vi sia la certezza che l'aggiudicazione definitiva non possa più essere posta in discussione (c.d. *stand still* sostanziale) o un apprezzabile possibilità che l'esito di un giudizio in atto non determini il travolgimento della graduatoria (c.d. *stand still* processuale) - ed in cui il legislatore indica che il giudice che annulla l'aggiudicazione definitiva "dichiara" l'inefficacia del contratto, salvo che sia accertato come il rispetto di esigenze imperative connesse ad un interesse generale imponga che i suoi effetti siano mantenuti, l'art. 122 c.p.a. indica che il giudice che annulla l'aggiudicazione definitiva "stabilisce" se dichiarare inefficace il contratto.

Insomma, per le violazioni quale quelle accertate nel presente giudizio, il giudice, annullata l'aggiudicazione, ha la facoltà di dichiarare l'inefficacia del contratto, sulla base dei criteri, involgenti la valutazione degli interessi pubblici e privati, in precedenza descritti.

Né, a tal fine, è possibile fare riferimento al c.d. effetto espansivo esterno di cui all'art. 336, comma 2, Cod. proc. civ., atteso che lo stesso opera quando l'aggiudicazione sia stata disposta ed il contratto sia stato stipulato dall'amministrazione in favore di un operatore economico per effetto dell'accoglimento del ricorso da questi proposto contro gli atti di gara, vale a dire quando l'aggiudicazione e la conseguente stipulazione del contratto dipendono da una sentenza di primo grado, e la decisione venga poi riformata in appello; in tale eventualità, infatti, la riforma della sentenza estende automaticamente i suoi effetti ai provvedimenti e agli atti dipendenti dalla sentenza riformata (cfr., di recente, Cons. Stato, V, 26 gennaio 2021, n. 788; Cons. Stato, V, 26 maggio 2020, n. 3342);

Nel caso di specie, invece, l'aggiudicazione in favore del costituendo RTI Ontario è stata disposta dalla stazione appaltante all'esito delle operazioni di gara e la sentenza di primo grado ha respinto il relativo ricorso, per cui, atteso che l'aggiudicazione non dipendeva affatto da tale sentenza, la riforma di quest'ultima non può avere altro effetto, se non quello caducatorio dell'aggiudicazione disposto appunto con la statuizione di annullamento degli atti di gara.

Il Collegio ritiene che l'inefficacia del contratto possa essere dichiarata anche in assenza della domanda di subentro nel contratto e ciò in quanto il subentro nel contratto se, da un lato, può essere considerato il fine ultimo della dichiarazione di inefficacia del contratto, dall'altro, è uno degli elementi valutabili per la stessa dichiarazione di inefficacia, per cui ciò che teoricamente può ostare alla dichiarazione di inefficacia del contratto non è tanto o, comunque, non è solo l'assenza della domanda di subentro, ma è anche e soprattutto l'ipotesi in cui il vizio dell'aggiudicazione non comporti l'obbligo di rinnovare la gara.

11.1. Il Collegio, nel rilevare che, nel caso di specie, il vizio dell'aggiudicazione non comporta l'obbligo di rinnovazione della gara, ritiene, valutati gli interessi indicati

dalla norma, che il contratto stipulato tra la stazione appaltante e l'RTI Ontario non debba essere dichiarato inefficace.

In tale direzione, militano sia l'impossibilità per la CRI Catania di subentrare nel contratto, non essendo stata proposta la relativa domanda, sia l'evidente interesse pubblico sotteso all'esecuzione delle prestazioni contrattuali, in essere da un consistente arco temporale, oltre due anni, e con un tempo residuo inferiore all'anno, salva la proroga tecnica, che, in caso di dichiarazione di inefficacia del contratto, non potrebbero proseguire o proseguirebbero sulla base di un affidamento verosimilmente non preceduto dalla necessaria procedura ad evidenza pubblica, il cui tempo di espletamento non appare compatibile con la necessità della ininterrotta sussistenza del presidio sanitario presso l'aeroporto di Fontanarossa.

In altri termini, tenuto conto dell'avanzato stato di esecuzione del contratto e dell'interesse pubblico alla prosecuzione del servizio, il Collegio ritiene di non dichiarare l'inefficacia del contratto in ragione della valutazione degli elementi di cui all'art. 122 c.p.a.

12. La sentenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 7 del 2021 ha sancito che la responsabilità della pubblica amministrazione per la lesione di interessi legittimi ha natura di responsabilità da fatto illecito aquiliano ed è pertanto necessario accertare che vi sia stata la lesione di un bene della vita, mentre per la quantificazione delle conseguenze risarcibili si applicano, in virtù dell'art. 2056 cod. civ. –da ritenere espressione di un principio generale dell'ordinamento- i criteri limitativi della consequenzialità immediata e diretta e dell'evitabilità con l'ordinaria diligenza del danneggiato, di cui agli artt. 1223 e 1227 cod. civ.

13. La domanda di risarcimento del danno per equivalente patrimoniale presentata dalla CRI Catania nei confronti di Sac è fondata nell'*an*, in quanto sussistono gli elementi costitutivi della responsabilità risarcitoria della stazione appaltante, e, in primo luogo, la presenza di un danno ingiusto per la lesione al bene della vita sofferta

dall'interessata ed atteso che la giurisprudenza europea (sentenza della Corte di giustizia UE 30.9.2010 - Stadt Graz – C 314-09) ha da tempo escluso rilevanza all'elemento soggettivo della colpa ai fini di garantire l'effettività della tutela risarcitoria nella materia degli appalti pubblici.

13.1. La domanda risarcitoria, peraltro, in ordine al *quantum*, va accolta nei sensi e nei limiti di quanto di seguito indicato.

13.1.1. L'art. 124, comma 1, c.p.a. dispone che, *“se il giudice non dichiara l'inefficacia del contratto, dispone il risarcimento del danno per equivalente, subito e provato”* ed il secondo comma sancisce che *“la condotta processuale della parte che, senza giustificato motivo, non ha proposto la domanda di cui al comma 1 [la domanda di conseguire l'aggiudicazione ed il contratto], o non si è resa disponibile a subentrare nel contratto, è valutata dal giudice ai sensi dell'articolo 1227 del codice civile”*.

La tutela per equivalente patrimoniale, quindi, deve essere *ope legis* ridotta, attraverso l'applicazione dell'art. 1227 c.c., che disciplina il fatto colposo del creditore, ove, come nella fattispecie in esame, la parte non abbia specificamente proposto la domanda di subentro nel contratto.

Ciò consente di escludere la risarcibilità per equivalente monetario del danno subito dalla CRI Catania per il periodo successivo alla data di definizione del merito della controversia, individuando la stessa nel giorno 22 settembre 2021, data della relativa udienza di trattazione.

Infatti, la domanda di subentro nel contratto avrebbe potuto essere valutata ed il giudice, sussistendone le altre condizioni, avrebbe potuto disporre il subentro nel contratto, vale a dire tutelare il bene della vita in forma specifica a partire da tale data.

Viceversa, per il periodo intercorrente tra il 1° agosto 2019 (data di inizio dello svolgimento del servizio oggetto della gara) ed il 22 settembre 2021, il danno subito

dall'operatore economico è astrattamente risarcibile per equivalente monetario, in quanto, prima di tale ultima data, nessun subentro sarebbe stato possibile.

In linea di massima, in caso di mancata aggiudicazione della gara, il risarcimento del danno conseguente al lucro cessante si identifica con il c.d. interesse positivo, che comprende sia il mancato profitto, che l'impresa avrebbe ricavato dall'esecuzione dell'appalto, sia il danno c.d. curricolare, ovvero il pregiudizio subito dall'impresa a causa del mancato arricchimento del curriculum e dell'immagine professionale per non poter indicare in esso l'avvenuta esecuzione dell'appalto (cfr. sentenza Ad. Plenaria Cons. Stato n. 2 del 2017).

Il danneggiato, ai sensi dell'art. 124 c.p.a., deve fornire la prova dell'*an* e del *quantum* del danno che assume di avere sofferto.

La CRI Catania, sia nel ricorso di primo grado sia nel ricorso in appello, si è limitata a chiedere "il risarcimento del danno per equivalente".

Nella memoria del 10 settembre 2021, invece, ha specificato, per quanto attiene alla residua e subordinata domanda di risarcimento del danno per equivalente, che l'importo posto a base di gara è di € 3.400.000,00, comprensivo di IVA, per tre anni e di avere offerto un ribasso del 30,777%, dichiarando che le spese relative alla manodopera ammontano ad € 2.051.259,60, mentre l'importo degli oneri aziendali ammonta circa € 19.124,84, per cui ha sostenuto che la mancata aggiudicazione ha comportato un danno pari al mancato introito di € 284.364,68, che costituisce la differenza tra prezzo offerto di € 2.354.749,12 ed i costi da sostenere nell'offerta economica. A ciò si aggiungerebbero gli ulteriori pregiudizi per mancato arricchimento del *curriculum* e dell'immagine determinabili in via equitativa nel 5% dell'offerta economica presentata.

In via subordinata, la CRI Catania ha chiesto la quantificazione del danno in via equitativa desumibile in termini percentuali dall'offerta economica presentata in gara

ed ha richiamato una recentissima sentenza del Consiglio di Stato (Sezione Terza 11 agosto 2021, n. 5851).

Il Collegio, nel prendere atto dell'offerta economica presentata dalla concorrente (€ 2.354.749,12) e del mancato introito, individuato dalla stessa appellante in € 284.364,68, rileva in primo luogo che, sottratto il periodo dal 23 settembre 2021 al 31 luglio 2022, non risarcibile sulla base dell'art. 1227 c.c., occorre decurtare l'importo di € 81.380, per cui il danno teoricamente risarcibile quale mancato utile sarebbe pari ad € 202.988,58 (il prezzo offerto per tale periodo può essere approssimativamente stimato in € 1.683.450).

Pertanto, ritenuto di procedere in via equitativa ai sensi dell'art. 1226 c.c., in ragione di una situazione di impossibilità di una precisa prova sull'ammontare del danno, il Collegio liquida il danno risarcibile complessivamente in € 25.000,00, vale a dire in un importo corrispondente a circa l'1,5% del prezzo offerto in relazione al periodo risarcibile ed a circa il 12,3% dell'importo individuato come mancato introito astrattamente risarcibile.

In definitiva, il Collegio ritiene di ridurre in modo consistente il mancato utile presunto della CRI Catania, tenuto conto sia del verosimile *aliunde perceptum*, in considerazione del fatto che la tipologia di prestazione da eseguire non ha certamente impedito al concorrente di poter svolgere altre attività di impresa nonché del fatto che all'aggiudicazione a favore dell'appellante avrebbe comunque dovuto seguire la verifica del possesso dei requisiti prescritti, di cui all'art. 32, comma 7, d.lgs. n. 50 del 2016, sicché l'esecuzione del contratto di appalto sarebbe stato un effetto probabile ma non certo della complessiva procedura di affidamento.

Infatti, la sentenza dell'Adunanza Plenaria n. 2 del 2017, ha sancito che il mancato utile spetta nella misura integrale, in caso di annullamento dell'aggiudicazione impugnata e di certezza dell'aggiudicazione in favore del ricorrente, solo se questi dimostri di non aver utilizzato o potuto altrimenti utilizzare maestranze e mezzi, in

quanto tenuti a disposizione in vista della commessa. In difetto di tale dimostrazione, può presumersi che l'impresa abbia riutilizzato mezzi e manodopera per altre prestazioni, ovvero che avrebbe potuto riutilizzare, usando l'ordinaria diligenza dovuta al fine di concorrere all'aggravamento del danno, a titolo di *aliunde perceptum vel percipiendum*.

In sintesi, ai fini della sussistenza dell'*aliunde perceptum*, può essere invocato il meccanismo della presunzione semplice.

13.1.2. Il c.d. danno curricolare, invece, non può essere riconosciuto, in quanto la parte non ha offerto una prova rigorosa e puntuale del nocimento che asserisce di aver subito in termini di mancato arricchimento del proprio *curriculum* professionale (cfr. Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, n. 2 del 2017).

13.2. Ai fini dell'integrale risarcimento del danno, che costituisce debito di valore, inoltre, occorre riconoscere al danneggiato - a far tempo dalla data di maturazione del danno, la quale può essere individuata nel 1° settembre 2020, che rappresenta una data mediana tra il 1° agosto 2019 ed il 22 settembre 2021 - sia la rivalutazione monetaria (secondo l'indice medio dei prezzi al consumo elaborato dall'Istat) sia gli interessi compensativi (determinati in via equitativa assumendo come parametro il tasso legale di interesse), calcolati sulla somma periodicamente rivalutata, per un importo totale di € 25.680,97.

Su tale somma complessiva, sono dovuti gli interessi legali dal giorno della pubblicazione della presente sentenza, che, con la liquidazione del credito, ne segna la trasformazione in credito di valuta, sino al soddisfo (cfr. in proposito, Ad. Plenaria, Cons. Stato. n. 2 del 2017, par. 47).

14. Le spese del doppio grado di giudizio seguono la soccombenza e, liquidate complessivamente in € 5.000,00 (cinquemila/00), oltre accessori di legge, sono poste a favore dell'appellante ed a carico, per € 3.500, della stazione appaltante e, per € 1.500, della Ontario.

P.Q.M.

Il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, in sede giurisdizionale, definitivamente pronunciando, accoglie in parte l'appello in epigrafe (R.G. n. 621 del 2020) e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, così provvede:

- accoglie l'azione di annullamento proposta con il ricorso di primo grado ed annulla gli atti impugnati;
- respinge la domanda di dichiarazione di inefficacia del contratto;
- accoglie, nei sensi e nei limiti di cui in motivazione, la domanda di risarcimento del danno per equivalente e condanna la stazione appaltante a corrispondere la somma come determinata in motivazione alla parte odierna appellante.

Condanna la stazione appaltante, per € 3.500, e la Ontario, per € 1.500,00 al pagamento delle spese del doppio grado di giudizio, complessivamente liquidate in € 5.000,00 (cinquemila/00), in favore della CRI Catania.

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

Così deciso in Palermo, nella camera di consiglio del giorno 22 settembre 2021, con l'intervento dei magistrati:

Fabio Taormina, Presidente

Raffaele Prospero, Consigliere

Roberto Caponigro, Consigliere, Estensore

Maria Immordino, Consigliere

Antonino Caleca, Consigliere

L'ESTENSORE
Roberto Caponigro

IL PRESIDENTE
Fabio Taormina

IL SEGRETARIO