

N. 00122/2017 REG.PROV.COLL.

N. 01710/2016 REG.RIC.

N. 02049/2016 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia

sezione staccata di Catania (Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1710 del 2016, proposto da:
Ontario s.r.l. e Panacea Soc. Coop. a r.l. ciascuna in persona del rispettivo legale
rappresentante p.t., entrambe rappresentate e difese dall'avvocato Barreca Carmelo C.F.
BRRCML61B04C351R, con domicilio eletto presso il suo studio in Catania, via V. Giuffrida, 37;

contro

SO.A.CO. S.p.A., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso
dall'avvocato Landi Adolfo C.F. LNDDL59R05F158E, con domicilio eletto presso Landi Adolfo in
Catania, via Puccini, 32;

nei confronti di

Tre S. Onlus associazione di volontariato, in persona del legale rappresentante p.t.,
rappresentata e difesa dall'avvocato Alfano Giuseppe C.F. LFNGPP73L17C927H, domiciliato ex
lege presso la Segreteria del Tar Catania in Catania, via Milano 42a;

sul ricorso numero di registro generale 2049 del 2016, proposto da:
Tre S. Onlus associazione di volontariato, in persona del legale rappresentante p.t.,
rappresentata e difesa dall'avvocato Alfano Giuseppe C.F. LFNGPP73L17C927H, domiciliato ex
lege presso la Segreteria del Tar Catania in Catania, via Milano 42a;

contro

SO.A.CO. S.p.A., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avvocato Landi Adolfo C.F. LNDDL59R05F158E, con domicilio eletto presso Landi Adolfo in Catania, via Puccini, 32;

e con l'intervento di

ad opponendum:

Ontario s.r.l. e Panacea Soc. Coop. a r.l. ciascuna in persona del rispettivo legale rappresentante p.t., entrambe rappresentate e difese dall'avvocato Barreca Carmelo C.F. BRRCL61B04C351R, con domicilio eletto presso il suo studio in Catania, via V. Giuffrida, 37

per l'annullamento

quanto al ricorso n. 1710 del 2016:

-del verbale di gara dell'1-9-2016 contenente il provvedimento di esclusione adottato dalla Commissione di gara nella seduta pubblica dalla procedura aperta per l'affidamento del servizio di presidio sanitario aeroportuale e delle attività di soccorso sanitario in caso di emergenza presso l'aeroporto di Comiso;

-nonché ove occorra del capo III.2.3 lettera d) del bando di gara del 1° luglio 2016, relativo all'affidamento triennale del servizio in questione, se interpretato nel senso di richiedere una specifica certificazione di qualità ISO 9001 per le specifiche attività di pronto soccorso aeroportuale, anziché una normale certificazione di qualità per il settore dei servizi sanitari; nonché sempre "in parte qua" del capitolato speciale; nonché avverso ogni altro atto connesso;

quanto al ricorso n. 2049 del 2016:

-del provvedimento di esclusione dell'8-9-2016, adottato dalla Commissione di gara, relativo alla gara per l'affidamento del Servizio di Presidio Sanitario e Attività di Soccorso Sanitario in caso di emergenza presso l'aeroporto di Comiso;

-del verbale di gara dell'1-9-2016 e di ogni altro atto connesso;

quanto al ricorso incidentale:

del provvedimento di esclusione adottato nei confronti della Tre S. Onlus associazione di volontariato per motivi diversi ed ulteriori rispetto ma quelli palesati dalla stazione appaltante in seno al provvedimento impugnato con il ricorso principale;

Visti i ricorsi e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di SO.A.CO. S.p.A. e di Tre S. Onlus Associazione di Volontariato;

Visto l'atto di intervento ad opponendum e il ricorso incidentale proposto da Ontario S.R.L. e Panacea Soc. Coop. a r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 15 dicembre 2016 il dott. Gustavo Giovanni Rosario Cumin e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

La Società dell'Aeroporto di Comiso s.p.a. (di seguito, per acronimo, SO.A.CO.) indiceva una gara per la aggiudicazione del servizio di *"presidio sanitario aeroportuale e delle attività di soccorso sanitario in caso di emergenza"* presso quello stesso scalo aereo con bando pubblicato il 31/07/2016.

Tutti i tre distinti operatori economici che avevano presentato offerta venivano tuttavia esclusi per il ritenuto mancato possesso, a diverso titolo, dei requisiti di partecipazione di cui al punto III.2) del bando di gara.

L'ATI Ontario s.r.l. – Panacea soc. coop. ar.l., esclusa per la ritenuta inidoneità della certificazione ISO 9001 posseduta dalla ditta menzionata per seconda, contestava la correttezza delle determinazioni assunte dalla SO.A.CO. con ricorso (n.1710/16) notificato il 15/09/2016 e depositato presso gli uffici di segreteria del giudice adito il 16/09/2016, al cui interno la società ricorrente lamentava la violazione del punto III.2.3 lettera d) del bando di gara, degli artt. 87 e 83, comma 9, del D.Lgs. n. 50/2016 e dell'art. 1 prot. 1 CEDU, del principio di massima partecipazione alle procedure di evidenza pubblica, oltre che i vizi di eccesso di potere per contraddittorietà e illogicità.

L'Amministrazione intimata si costituiva in giudizio con deposito di memoria in segreteria il 04/10/2016, con cui veniva innanzitutto eccepita la inammissibilità del proposto ricorso per carenza di interesse della società ricorrente; e così pure faceva la controinteressata Tre S. Onlus associazione di volontariato, con deposito di memoria in segreteria il 03/10/2015.

Anche la predetta Tre S. Onlus associazione di volontariato, evocata in giudizio in qualità di soggetto inizialmente ammesso con riserva alla procedura di gara in considerazione, dopo essere stata anch'essa esclusa per determinazione della commissione di gara del 08/09/2016 (comunicato alla stessa il giorno successivo), proponeva ricorso (il n.2049/16) avverso quella statuizione - adottata dalla SO.A.CO. perché *"nella fattispecie in esame, l'impresa ausiliaria (tale FAST s.r.l., per contratti di avvalimento concluso con la società ricorrente il 13/08/2016) ha assunto genericamente l'obbligo di mettere a disposizione tutte le risorse e l'apparato organizzativo, tale da non poter fare ritenere la concretezza e l'effettività della serietà dell'impegno assunto"* – notificato il 10/10/2016 e depositato presso gli uffici di segreteria del giudice adito.

Si costituiva in giudizio l'Amministrazione intimata con memoria difensiva depositata in segreteria il 15/11/2016.

Proponeva invece intervento *ad opponendum* nel relativo giudizio l'ATI Ontario s.r.l. – Panacea soc. coop. ar.l con atto notificato il 05/11/2016 e depositato in segreteria il 07/11/2016, ivi richiedendo, oltre che la riunione ex art. 70 c.p.a dei ricorsi n. 1710/2016 R.G. e n. 2049/2016 R.G., la dichiarazione di inammissibilità del secondo dei due ricorsi per mancata notifica dello stesso al proprio indirizzo in qualità di soggetto controinteressato. Successivamente, con ricorso incidentale notificato il 15/11/2016 e depositato in data coeva presso gli uffici di segreteria del giudice adito, la medesima ATI proponeva censure circa la violazione del bando di gara (per parziale mendacio nella dichiarazione della posseduta capacità tecnica) e la carenza dei requisiti di fatturato generico e specifico (per insufficienza dello stipulato contratto di avvalimento) da parte della TRE S. Onlus associazione di volontariato.

Entrambi i ricorsi sopra menzionati giungevano all'attenzione del Collegio per l'esame della domanda cautelare proposta con ciascuno di essi; ma per ragioni legate al necessario rispetto dei termini a difesa ed all'opportunità che – per il loro esser relativi alla medesima procedura di gara – essi fossero esaminati nella stessa camera di consiglio, attraverso distinti rinvii si giungeva ad individuare nel giorno 15/12/2016 la data della udienza pubblica per la loro contestuale definizione.

Le parti scambiavano fra loro ulteriori scritti defensionali.

Il giorno 15/12/2016 aveva luogo la udienza pubblica fissata per l'esame dei due ricorsi in considerazione; qui il Collegio, dopo averli riuniti a norma dell'art. 70 c.p.a., li tratteneva entrambi in decisione.

DIRITTO

I.1 – Il Collegio – anche con riguardo alla valutazione consequenziale sulla sussistenza di un interesse all'esame del ricorso incidentale proposto dall'ATI Ontario s.r.l. – Panacea soc. coop. ar.l. nel ricorso n. 2049/2016 R.G. - inizia il proprio esame dallo scrutinio del ricorso n. 1710/2016 R.G., innanzitutto escludendo la fondatezza della proposta eccezione di carenza di interesse a ricorrere in capo all'ATI ricorrente.

Nel caso di specie, infatti, la commissione di gara ha escluso tutte e tre le imprese partecipanti: con la conseguenza che l'ATI ricorrente, contestando la legittimità della propria esclusione, non tutela il proprio interesse strumentale alla partecipazione alla gara (assieme a tutti gli eventuali operatori economici che non risultino esclusi), bensì quello finale ad ottenere la aggiudicazione del contratto, risultando, nel caso di vittoriosa impugnazione, l'unico soggetto a potervi legittimamente ambire in costanza della esclusione degli altri due partecipanti. Male dunque l'Amministrazione intimata si appella alla cd. prova di resistenza nel fondare la propria eccezione, perché non è affatto vero, in base alle predette ragioni, che non sarebbe *"dato sapere quale collocazione troverebbe in graduatoria la ricorrente se fosse riammessa in gara"*, essa risultando al contrario prima senz'altro a fronte della esclusione degli altri due partecipanti.

In secondo luogo e sempre in rito esclude, quanto alla verifica della regolarità del contraddittorio processuale, che sia sottratto all'esame del collegio la memoria depositata in segreteria il 07/12/2016 dalla SO.A.CO., in base all'eccezione in tal senso formulata oralmente in udienza dal patrocinatore di parte ricorrente a causa del (ritenuto) tardivo deposito della stessa. Con riguardo alla presente controversia trovano infatti applicazione le più specifiche norme del rito "superaccelerato" in materia di ammissione ed esclusione dalle procedure di evidenza pubblica, ovvero i commi 2 bis e 6 bis dell'art. 120 c.p.a. - così come modificato dal D.Lgs. n. 50/2016 -, piuttosto che la disciplina posta dagli altri commi di quella stessa norma. In conseguenza di ciò deve considerarsi tempestivo il deposito avvenuto il 07/12/2015 di memoria in segreteria da parte della SO.A.CO., in quanto effettuato sette giorni liberi prima della fissata udienza pubblica, e quindi nel rispetto del termine minimo di 6 giorni a decorrere da quella previsto dal comma 6 bis dell'art. 120 c.p.a. Viene pertanto respinta l'eccezione di tardività della memoria depositata in segreteria il 07/12/2016 da parte della SO.A.CO., che

confluisce pertanto all'interno degli atti processuali ritualmente acquisiti al giudizio ed utilizzabili dal Collegio ai fini della propria decisione.

I.2 – La società ricorrente fonda il ricorso n. 1710/2016 R.G. sulla circostanza che *"il bando di gara non conteneva alcuna specificazione"* riguardo alla richiesta certificazione di qualità ISO 9001, e che il chiarimento reso dall'Amministrazione intimata il 12/08/2016 *"non potrebbe certo integrare il bando di gara"*.

Per meglio comprendere le ragioni della contestazioni mosse all'operato dell'Amministrazione intimata, occorre premettere che l'ATI ricorrente risulta composta - in raggruppamento orizzontale - dalle Società Ontario s.r.l. e dalla società Panacea soc. coop. a r.l., entrambe titolari di una certificazione ISO 9001, ma di diversa estensione. Infatti, quella posseduta dalla prima abbraccia i settori di certificazione EA31-EA38 avendo a proprio specifico oggetto *"global service di attività di trasporto, logistica e di presidi medico-infermieristici"*, mentre quella posseduta dalla seconda riguarda esclusivamente il settore di certificazione EA38 avendo a proprio specifico oggetto la *"erogazione di servizi domiciliari di assistenza socio-sanitaria, socio-assistenziale, sostegno e riabilitazione. Erogazione di servizi a carattere domiciliare quali l'accudimento alle persone ed il disbrigo di attività di vita quotidiana ivi compresa la fornitura di servizi di pulizia"*. Sulla base di tale presupposto, e più in particolare della riconducibilità alla figura del raggruppamento orizzontale del RTI (poi) ricorrente, la commissione di gara ha ritenuto mancare, in relazione alla certificazione ISO 9001 in possesso della società Panacea s.r.l., in capo all'ATI ricorrente nel suo complesso il possesso del requisito previsto dall'art. III.2.3 lettera d) del bando di gara.

Il Collegio ritiene corretta tale valutazione per i motivi appresso indicati.

Se è vero che il bando di gara, al suo art. III.2.3 lettera d), nel richiedere il possesso della certificazione ISO 9001 null'altro specificava in proposito, è altrettanto vero che da una lettura non scientemente atomistica della *lex specialis* il suo dover essere *"coerente e adeguata al tipo di servizio oggetto dell'affidamento"* poteva desumersi sin dalla data di pubblicazione del bando e senza pertanto che la nota del 12/08/2016 dell'Amministrazione intimata ne modificasse inammissibilmente ex post il contenuto, risolvendosi piuttosto in (meri) chiarimenti (peraltro ultronei e fonte esclusivamente di inutili perplessità nei partecipanti, per gli effetti di cui si dirà in sede di statuizione sulle spese di lite).

Infatti, il punto III.2.3 lettera d) del bando è immediatamente preceduto dalla lettera c), che inequivocabilmente richiede, per la dimostrazione dei requisiti di capacità tecnica, la *"presentazione dei servizi analoghi prestati negli ultimi tre anni"*. Una corretta lettura del bando di gara non poteva quindi portare ad una assoluta decontestualizzazione del requisito di cui al punto III.2.3 lettera d), imponendo invece il riferimento della certificazione ISO 9001 richiesta a *"servizi analoghi"* a norma della già menzionata lettera c) dello stesso - ovvero la necessità del suo esser *"coerente e adeguata al tipo di servizio oggetto dell'affidamento"*, secondo quanto rappresentato in modo nient'affatto innovativo da parte dell'Amministrazione intimata nella propria comunicazione del 12/08/2016.

Sulla base di queste premesse, appare corretto il giudizio dell'Amministrazione circa il non essere *"coerente e adeguata al tipo di servizio oggetto dell'affidamento"* la certificazione ISO 9001 della società Panacea soc.coop. ar.l.

La difesa dell'ATI ricorrente sostiene che la certificazione posseduta dalla società sopra indicata è *"inerente al codice EA 38, che riguarda per l'appunto le attività sanitarie (si osservi peraltro che nel sistema ACCREDIA non esiste una sub-categoria specifica denominata "servizi di primo soccorso aeroportuale")"*.

L'argomentazione non persuade.

Le certificazioni di qualità riguardano infatti sempre lo specifico ciclo produttivo di una determinata impresa. Il codice di classificazione impiegato nel rilascio delle certificazioni di qualità ha infatti un valore meramente convenzionale, che non determina affatto la riconducibilità dell'attività concretamente svolta dall'ente certificato alla generalità di tutte quelle riconducibili ad esso - indipendentemente dal fatto se la minor ampiezza della certificazione rilasciata rispetto alle attività astrattamente riconducibili al codice di riferimento sia una conseguenza della limitatezza ab origine dell'oggetto sociale della impresa (per lo più societaria) che la richiede, di una richiesta di certificazione limitata ad alcune soltanto delle attività aziendali, o richiesta per tutte e concessa soltanto per talune fra esse .

Andando al contenuto delle certificazioni possedute dalla singole società facenti parti dell'ATI ricorrente, il giudizio di coerenza ed adeguatezza può certamente essere formulato per la Ontario s.r.l., in relazione ad un *"global service di attività di trasporto, logistica e di presidi medico-infermieristici"*; ma ben difficilmente con riguardo alla società Panacea s.r.l., la cui certificazione concerne l'attività di *"erogazione di servizi domiciliari di assistenza socio-sanitaria, socio-assistenziale, sostegno e riabilitazione. Erogazione di servizi a carattere domiciliare quali l'accudimento alle persone ed il disbrigo di attività di vita quotidiana ivi compresa la fornitura di servizi di pulizia"*. Non ha quindi alcun rilievo il fatto che *"non esiste una sub-categoria specifica denominata "servizi di primo soccorso aeroportuale"*, perché, lo si ripete, il nomenclatore della categoria non determina in alcun modo il perimetro delle attività cui la posseduta certificazione ISO 9001 possa estendersi: ciò all'opposto dipendendo unicamente dall'oggetto specifico della singola certificazione, con conseguenziale impossibilità di considerare certificata, per la società Panacea s.r.l., la qualità di *"servizi analoghi"* - ovvero *"coerent (i) e adeguat (i) al tipo di servizio oggetto dell'affidamento"* - a quelli *"oggetto dell'affidamento"*, posto che la *"erogazione di servizi domiciliari di assistenza socio-sanitaria"*, unito alle rimanenti attività oggetto di certificazione (*"erogazione di servizi domiciliari di assistenza ... socio-assistenziale, sostegno e riabilitazione. Erogazione di servizi a carattere domiciliare quali l'accudimento alle persone ed il disbrigo di attività di vita quotidiana ivi compresa la fornitura di servizi di pulizia"*), evidenzia il possesso di competenze specifiche soltanto in materia di assistenza alla persona in senso ampio, a differenza di quelle invece più specifiche e *"coerent (i) e adeguat (e) al tipo di servizio oggetto dell'affidamento"* possedute dalla Ontario s.r.l. con riguardo al *"global service di attività di trasporto, logistica e di presidi medico-infermieristici"*.

Né assume alcun valore la produzione, in allegato al ricorso, della dichiarazione rilasciata dall'ente accreditante ICIM dell'08/09/2016, secondo cui la certificazione rilasciata alla società Panacea s.r.l. *"include i servizi di primo soccorso aeroportuale"*. Tale dichiarazione è stata infatti rilasciata da un soggetto privato (*"ancorché abilitato dalla legge"*: T.A.R. Veneto, sez. I, ,sent., 14 gennaio 2005, n. 67), che ha ovviamente un interesse egoistico ad ampliare in massimo grado l'ambito di operatività delle certificazioni rilasciate; e dunque non può fornire al Collegio alcun elemento utile ai fini della decisione, a differenza di come sarebbe stato nell'ipotesi in cui tale dichiarazione fosse provenuta invece da Accredia s.p.a., che opera nell'ordinamento interno mediante *"attività di autorità pubblica"* ex art. 4, comma 4, del Reg. (CE) 765/2008, in forza della sua designazione avvenuta per l'Italia con decreto del 22/12/2009, pubblicato in G.U.R.I. del 26/01/2010.

Quanto poi alle argomentazioni tratte dall'ATI ricorrente dall'essere la società Panacea s.r.l. affidataria (o coaffidataria) di servizi di primo soccorso sanitario aeroportuale presso gli aeroporti di Bari e di Brindisi, il Collegio osserva che dal (più ampio, in quei casi) bacino di utenza servito non può trarsi alcuna inferenza circa le capacità operative di tale società, a tal fine dovendosi semmai avere riguardo, piuttosto che al dato relativo al volume di traffico aereo presso tali scali, al modo in cui sia stata specificamente valutata la certificazione di qualità ISO 9001 posseduta da tale società nell'ambito delle procedure di evidenza pubblica svoltesi per l'affidamento di tali servizi. Posto però che in base al contenuto dei documenti depositati in segreteria il 21/11/2016 non è dato conoscere né le disposizioni delle relative *lex specialis*, né i verbali di valutazione delle offerte da parte delle rispettive Commissioni giudicatrici, il Collegio esclude che dalla predetta documentazione possa trarsi alcun utile elemento a suffragio della

tesi circa il possesso di una idonea certificazione di qualità ISO 9001 da parte della società Panacea s.r.l.

Per le ragioni predette, viene pertanto rigettato il primo motivo di ricorso.

Quanto infine alla censura proposta in via subordinata all'interno del presente motivo, concernente l'opporci del contestato provvedimento di esclusione al principio di massima partecipazione alle procedure di evidenza pubblica, osserva il Collegio che tale principio vale ad orientare l'esercizio dei poteri amministrativi da parte delle stazioni appaltanti soltanto laddove le specifiche clausole del bando di gara lascino dei "margini di incertezza" (cfr. Consiglio di Stato, sez. III, sent. 23 marzo 2012, n. 1688): circostanza, quest'ultima, che il collegio non ritiene essersi verificata nel caso di specie stante l'evidente sussistere di un obbligo per la stazione appaltante di disporre la esclusione della società ricorrente in base ad una lettura - sistematica e non atomistica - delle previsioni di cui alle lettere c) e d) del punto III.2.3 del bando di gara.

I.3 - Con il secondo motivo del ricorso n.r.g. 1710/2016 l'ATI ricorrente contesta il mancato ricorso al cd. soccorso istruttorio da parte dell'Amministrazione intimata, in violazione dell'art. 83, comma 9, del D.Lgs. n. 50/2016, per accertare il possesso o meno dei requisiti di cui al punto III.2.3 lettera d) del bando di gara da parte della società Panacea s.r.l.

Neppure questa censura risulta fondata.

Il cd. soccorso istruttorio risulta infatti possibile, proprio a norma dell'invocato nono comma dell'art. 83 D.Lgs. n. 50/2016, a fronte delle "carenze di qualsiasi elemento formale della domanda". Nel caso di specie, però, non vi era alcun "elemento formale della domanda" che l'Amministrazione intimata dovesse meglio conoscere, essa dovendo più semplicemente operare una qualificazione giuridica di dati formalmente già tutti a propria conoscenza. Di conseguenza, viene rigettato anche il secondo motivo di ricorso perché nessuna violazione dell'art. 83, nono comma, D. Lgs. n. 50/2016 può essere imputato all'Amministrazione intimata.

II - Con riferimento al ricorso n. 2049/2016 R.G., deve innanzitutto aversi riguardo al ricorso incidentale proposto dall'ATI Ontario s.r.l. - Panacea soc. coop. a r.l. con notifica il 15/11/2016 e depositato presso gli uffici di segreteria del giudice adito in data coeva. In relazione ad esso, poiché con la definizione del ricorso n. 1720/2016 R.G. si è avuta conferma della legittimità della esclusione dell'ATI predetta dalla procedura di evidenza pubblica qui in specifica considerazione, il Collegio ritiene di dover dichiarare inammissibile tale ricorso incidentale per carenza di interesse, in base al consolidato orientamento giurisprudenziale secondo cui in capo al soggetto definitivamente escluso da una procedura di evidenza pubblica - e tale è il ricorrente incidentale dopo il rigetto del ricorso n. 1710/2016 R.G. - non sussiste, "la titolarità di una situazione sostanziale che lo abiliti ad impugnare gli esiti della procedura selettiva" (Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, sentenza 7 aprile 2011, n. 4; Consiglio di Stato, Sez. VI, sent. 20 dicembre 2012 n. 6563; T.A.R. Campania - Salerno, Sez. I, sent. 9 ottobre 2015, n. 2167). Ne consegue che le censure incidentali proposte non dovranno comunque più essere esaminate dal Collegio.

II.1 - Innanzitutto il Collegio deve esaminare le plurime eccezioni in rito proposte dall'Amministrazione intimata e dall'a.t.i. Ontario s.r.l. e Panacea soc. Coop a r.l., quest'ultima esclusivamente a titolo di interventore "ad opponendum", poiché portatrice esclusivamente di un interesse di mero fatto alla caducazione dell'intera selezione (situazione che si verrebbe a creare ove il ricorso introduttivo dovesse essere rigettato), al fine di poter presentare la propria offerta in sede di riedizione della gara (cfr. Cons. St., IV, 20/4/16 n.1560).

III.1.1- Iniziando dall'esame della eccezione di irricevibilità per tardività del ricorso proposta dall'Amministrazione intimata, essa a parere del Collegio non risulta fondata. Infatti, benché il provvedimento di esclusione sia stato conosciuto dall'associazione ricorrente il 09/09/2016,

essa non è incorsa in alcuna decadenza notificando il libello il 10/10/2016, in quanto il trentesimo giorno per la tempestiva notifica dello stesso cadeva la domenica del 09/10/2016: con diritto pertanto a posporre la notifica al giorno non festivo immediatamente successivo, ovvero al 10/10/2016, data in cui effettivamente ne avvenne la notificazione a mezzo PEC. Parimenti infondata è poi la eccezione di irricevibilità del ricorso per tardiva impugnazione del bando di gara, in quanto l'associazione ricorrente, contrariamente da quanto esposto dall'Amministrazione intimata, con le proprie censure non ha mai contestato la previsione del requisito della certificazione ISO 9001 all'interno del bando di gara, sibbene il modo in cui la stazione appaltante ha applicato la disciplina di legge in materia di avvalimento al fine di consentire alla stessa la dimostrazione del possesso di un tale requisito.

II.1.2 - Non è fondata neppure l'eccezione di inammissibilità del ricorso n. 2049/2016 R.G. per omessa notifica al controinteressato proposta nell'atto di intervento *ad opponendum* e ribadita dall'Amministrazione intimata nella memoria conclusionale depositata in segreteria il 07/12/2016.

Anche senza voler escludere più in radice qualunque obbligo di evocazione in giudizio intercorrente fra i più operatori economici che hanno preso parte alla procedura di gara qui in specifica considerazione per il suo essersi conclusa con la esclusione di tutti (e quindi: senza che alcuno ne sia risultato beneficiario), facendo così mancare lo stesso presupposto per il sorgere di tale obbligo – individuato da condivisibile giurisprudenza soltanto quando *"al momento della proposizione del ricorso sono già noti al soggetto escluso i beneficiari della procedura, per essere intervenuto il provvedimento conclusivo della procedura"* (Consiglio di Stato, sez. IV, sent. 7 luglio 2008, n. 3382) -, è in ogni caso pacifico che l'ATI Ontario s.r.l. – Panacea soc. coop. ar.l, in quanto soggetto parimenti escluso dalla procedura di gara in esame, non era titolare di alcun interesse qualificato alla conservazione dell'assetto di interessi risultanti dal verbale del 09/09/2016 della stazione appaltante. Tale posizione, per la verità, non sarebbe sussistita neanche in capo alla Tre S. Onlus associazione di volontariato, pur evocata in giudizio in qualità di controinteressato nel ricorso n. 1710/2010 R.G.: posto che una legittimazione in tal senso è sussistita soltanto per un brevissimo intervallo temporale – dalla ammissione con riserva per verbale della commissione di gara del 01/09/2016, e sino al sopravvenire della sua esclusione con successivo verbale della stessa del 09/09/2016 -, e che la notifica del ricorso, essendo avvenuta il 15/09/2016 (e quindi: dopo la perdita della momentanea legittimazione passiva della Tre S. Onlus Associazione di Volontariato), è avvenuta *ad abundantiam*, e senza alcuna interferenza con la regolare costituzione del contraddittorio processuale. E' quindi ben evidente come a maggior ragione nel ricorso n. 2049/2016 R.G. risulti ininfluente sulla regolarità del contraddittorio processuale la mancata evocazione in giudizio dell'ATI Ontario s.r.l. – Panacea soc. coop. ar.l., il quale mai, neppure a titolo provvisorio, era stato ammesso alla gara. Viene pertanto respinta la presente eccezione di inammissibilità del ricorso n. 2049/2016 R.G..

II.1.3 – Da respingere infine anche l'eccezione -sollevata dalla stazione appaltante- di inammissibilità del ricorso n. 2049/2016 R.G. per originaria carenza di interesse, senza che tuttavia a tal fine occorra spendere ulteriori parole, bastando il rinvio alle argomentazioni di cui al punto I.1) della presente decisione a sostegno della reiezione della analoga eccezione che è stata proposta dall'Amministrazione intimata in relazione al ricorso n. 1710/2016 R.G.

II.2 - Con riguardo al primo motivo del ricorso n. 2049/2016, R.G. la Tre S. Onlus associazione di volontariato lamenta l'errore che l'Amministrazione intimata avrebbe commesso nell'escluderla dalla procedura di gara qui in specifica considerazione perché con il contratto di avvalimento siglato dalla stessa in data 13/08/2016 con la società FAST s.r.l. , quest'ultima avrebbe assunto soltanto *"genericamente l'obbligazione di mettere a disposizione tutte le risorse e l'apparato organizzativo, tale da non poter fare ritenere la concretezza e l'effettività della serietà dell'impegno assunto"*.

Il Collegio ritiene effettivamente illegittima la decisione adottata dalla stazione appaltante per le seguenti ragioni.

Con il contratto siglato il 13/08/2016, l'associazione ricorrente, pur affermandosi "economicamente e tecnicamente organizzata", ha manifestato la volontà di acquisire dalla ditta FAST s.r.l. soltanto determinati requisiti dei quali non "in possesso integralmente".

In conformità ad una tale esigenza la ditta FAST s.r.l. si è (soltanto) obbligata nei confronti della associazione ricorrente "a fornire per tutta la durata dell'appalto i requisiti di fatturato globale e speciale e la propria procedura di qualità munita di certificazione ISO 9001, in corso di validità, e a mettere a disposizione, sempre per tutta la durata dell'appalto, parte della dotazione minima della postazione P.S.A. e, specificamente: Arredamento (punti 1-13 pag.1 dell'allegato C); Strumentario (punti 1-21, pagg.1 e 2 dell'all. C); Attrezzature elettromedicali e medicali (punti 1-31 pagg. 2-4 dell'Allegato C). Si impegna, altresì, a fornire all'impresa ausiliata le attrezzature per la telecardiologia di cui all'offerta tecnica servizi aggiuntivi".

Com'è agevole comprendere dalla lettura di tale atto negoziale, esso distingue nettamente fra requisiti generali ("di fatturato globale e speciale e la propria procedura di qualità fornita di certificazione ISO 9001") e risorse, le quali soltanto essa mette "a disposizione" in modo specifico.

A quest'ultimo proposito il Collegio non può non rilevare che l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, con la recente sentenza n. 23 del 4 novembre 2016 ha affermato – con una esegesi suscettibile di applicarsi anche all'art. 89 del D.Lgs. n. 50/2016 (cd. Nuovo Codice dei Contratti Pubblici) per la sostanziale similarità di disciplina rispetto a quella posta dalla norma indicata subito appresso - che "l'art. 49, d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 e l'art. 88, d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207, in relazione all'art. 47, par. 2 della Direttiva 2004/18/CE, devono essere interpretati nel senso che essi ostano a un'interpretazione tale da configurare la nullità del contratto di avvalimento in ipotesi in cui una parte dell'oggetto del contratto di avvalimento, pur non essendo puntualmente determinata fosse tuttavia agevolmente determinabile dal tenore complessivo del documento, e ciò anche in applicazione degli artt. 1346, 1363 e 1367 cod. civ".

Ciò premesso, questo Collegio ritiene che occorra distinguere nettamente fra requisiti generali (nel caso di specie "di fatturato globale e speciale e la propria procedura di qualità fornita di certificazione ISO 9001") e risorse (nel caso di specie relative a "parte della dotazione minima di cui dovrà essere dotata la postazione PSA aeroportuale"), per le quali soltanto si giustifica la esigenza d'una messa "a disposizione" in modo specifico. Soltanto per le prime – che nel caso di specie attengono al "fatturato globale e speciale e la propria procedura di qualità fornita di certificazione ISO 9001" della ditta avvalente FAST s.r. – può quindi trovare applicazione il nuovo indirizzo esegetico fatto proprio dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato. Per quanto invece attiene alle risorse – fra le quali rientrano i requisiti minimi della postazione infermieristica ceduti in avvalimento dalla FAST Fliyng s.r.l. all'associazione ricorrente, deve invece essere provato, alternativamente, o il loro effettivo sussistere (ove il partecipante dichiara di possederle in proprio), o la effettività della loro messa a disposizione ove la possibilità di un loro utilizzo venga ritratta dalla conclusione di un apposito contratto di avvalimento che dovrà per ciò stesso essere ad oggetto necessariamente determinato, piuttosto che semplicemente determinabile.

In proposito – ad esclusione dei requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico-organizzativo quale la certificazione SOA per la cessione dei quali mediante contratto di avvalimento può ritenersi sufficiente la loro semplice determinabilità secondo l'esegesi fornita dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato nella sentenza n. 23 del 4 novembre 2016 – per quanto invece concerne le risorse il Collegio rammenta che poiché non sono ancora entrati in vigore "pertinenti atti attuativi (del D.Lgs. n. 50/2016)", cui l'art. 217, lettera u) dello stesso subordina la cedevolezza delle disposizioni del D.P.R. n. 207/2010, deve a tutt'oggi ritenersi in vigore la previsione del primo comma del suo art. 88, alla cui stregua il contratto di avvalimento "deve riportare in modo compiuto, esplicito ed esauriente: a) oggetto: le risorse e i mezzi prestati in modo determinato e specifico".

Il distinguo fra requisiti generali e risorse, oltre che discendere in modo lapalissiano dalla applicazione della norma sopra menzionata, corrisponde altresì all'esigenza di ordine generale di ancorare la dimostrazione della effettività delle messa a disposizione che sia intercorsa fra impresa avvalente ed impresa avvalsa a cose, in base al loro poter essere considerate o meno beni in senso tecnico-giuridico. E' infatti evidente che la certificazione di qualità o il fatturato, generale o specifico, non corrispondono in alcun modo alla definizione di "bene" in senso tecnico-giuridico: ovvero di *"cose che possono formare oggetto di diritti"* ex art. 821 c.c. Più in particolare ad essi non preesiste una utilità spendibile *omnimodo*, al di fuori ed al prescindere dallo svolgersi di una pubblica gara; al contrario essi acquistano una giuridica esistenza solo in relazione allo svolgersi di una determinata procedura di evidenza pubblica. Ove ciò rettamente si consideri, è facile comprendere come soltanto dalla eguaglianza risorsa = bene in senso tecnico giuridico possano discendere quelle incomprimibili esigenze di determinatezza nella struttura del contratto di avvalimento che l'art. 88 del D.P.R. n. 207/2010 prescrive; e che altrettanto chiaramente per le risorse – ma non anche per i sopracitati requisiti, lasciando pertanto in relazione ad essi spazio per le aperture giurisprudenziali di cui alla sentenza n. 23/2016 dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato - si tratta di una esigenza ineludibile in base alla natura specifica delle "cose" oggetto del contratto di avvalimento, quando esse già di per sé costituiscano beni per l'Ordinamento giuridico e non vivano dell'effimera vita riflessa dello svolgersi di una specifica procedura di gara.

Dalle predette considerazioni emerge in definitiva quanto alla legittimità dell'impugnato provvedimento di esclusione che, in relazione all'aver la FAST s.r.l. assunto soltanto *"genericamente l'obbligazione di mettere a disposizione tutte le risorse e l'apparato organizzativo, tale da non poter fare ritenere la concretezza e l'effettività della serietà dell'impegno assunto"*, tale statuizione è illegittima sia in relazione alla fisiologica determinabilità dell'oggetto dell'impegno assunto da tale società (con riguardo ad un requisito generale) di *"fornire per tutta la durata dell'appalto i requisiti di fatturato globale e speciale e la propria procedura di qualità fornita di certificazione ISO 9001, in corso di validità"* e sia in relazione alla puntuale elencazione (a p. 2, righe 2 e 3 del contratto di avvalimento) e messa a disposizione di tutti i beni materiali che costituiscono la risorsa del presidio minimo del punto infermieristico da costituire presso lo scalo Aeroportuale di Comiso.

II.3 - Con il secondo motivo del ricorso n.r.g. 2049/2016 l'ATI ricorrente contesta il mancato ricorso al cd. soccorso istruttorio da parte dell'Amministrazione intimata, in violazione dell'art. 83, comma 9, del D.Lgs. n. 50/2016.

La censura può essere assorbita stante il carattere satisfattivo della prima censura.

II.4 - Con il terzo motivo di ricorso la società ricorrente ha prospettato un vizio di difetto di motivazione del provvedimento impugnato, nella parte dello stesso che fa discendere la comminata esclusione (anche) dal fatto che *"nel contratto di avvalimento in esame fa difetto l'assunzione della solidarietà del vincolo in punto di solidarietà"*.

Anche la presente censura risulta fondata per le seguenti ragioni.

Il sesto comma dell'art. 89 del D.Lgs. n. 50/2016 prevede che *"il concorrente e l'impresa ausiliaria sono responsabili in solido nei confronti della stazione appaltante in relazione alle prestazioni oggetto del contratto. Gli obblighi previsti dalla normativa antimafia a carico del concorrente si applicano anche nei confronti del soggetto ausiliario, in ragione dell'importo dell'appalto posto a base di gara"*. Dal testo di quella norma, a parere del Collegio, risulta esclusa la necessità di un impegno da assumere espressamente ad opera delle parti del contratto di avvalimento nei confronti della stazione appaltante per garantire la responsabilità solidale dei primi *"in relazione alle prestazioni oggetto del contratto"*: operando piuttosto ad integrazione del predetto atto negoziale – in forza della previsione dell'art. 1374 c.c., alla cui stregua *"il contratto obbliga le parti non solo a quanto è nel medesimo espresso, ma anche a tutte le conseguenze che ne derivano secondo la legge, o, in mancanza, secondo gli usi e l'equità"* – proprio la norma citata in precedenza, la quale arricchisce il contenuto degli obblighi

a carico delle parti del contratto di avvalimento senza che rilevi in alcun modo la volontà da esse manifestata in proposito (che oltretutto, se in deroga alle disposizioni del sesto comma dell'art. 89 del D.Lgs. n. 50/2016 in punto di responsabilità solidale fra le parti del contratto di avvalimento, costituirebbe a tutta evidenza la violazione di una norma inderogabile a tutela di pubblici interessi che le parti non potrebbero esonerarsi dall'osservare in base ad uno specifico accordo negoziale, senza per ciò stesso condannare inesorabilmente alla nullità il contratto di avvalimento che lo contiene per violazione di norma imperativa ex art. 1418 c.c.).

A fronte del suddetto quadro normativo, a giudizio del Collegio la stazione appaltante non avrebbe legittimamente potuto limitarsi a motivare la disposta esclusione (anche) affermando che *"nel contratto di avvalimento in esame fa difetto l'assunzione della solidarietà del vincolo in punto di solidarietà"*, ma avrebbe piuttosto dovuto specificamente indicare le ragioni per le quali essa non aveva ritenuto sufficiente la (mera) eterointegrazione del contratto in base al combinato disposto degli art. 89, comma 6, D.Lgs. n. 50/2016 e 1374 c.c; e non avendo essa ciò fatto in concreto, risulta sussistere il vizio di difetto di motivazione postulato dal ricorrente con il terzo motivo di ricorso.

III - Il Collegio, conclusivamente pronunciando, rigetta il ricorso n. 1710/2016 R.G., mentre invece, con riguardo al ricorso n. 2049/2016 R.G., dichiara inammissibile per carenza di interesse il ricorso incidentale ed accoglie il ricorso principale, annullando di conseguenza il provvedimento con quest'ultimo impugnato,.

Tenuto conto che la nota dell'Amministrazione intimata del 12/08/2016, pur senza fornire elementi decisivi per la decisione assunta, può esser stata causa di comprensibili incertezze nelle valutazioni delle società ricorrenti circa l'agire in giudizio a tutela delle proprie ragioni, il Collegio ritiene sussistere giustificati motivi per compensare interamente fra le parti le spese di lite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia sezione staccata di Catania (Sezione Quarta) riunisce i ricorsi in epigrafe e:

rigetta il ricorso n. 1710/2016 R.G;

relativamente al ricorso n. 2049/2016 R.G. dichiara inammissibile il ricorso incidentale ed accoglie il ricorso principale con annullamento dell'atto impugnato.

Spese compensate.

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

Così deciso in Catania nella camera di consiglio del giorno 15 dicembre 2016 con l'intervento dei magistrati:

Giancarlo Pennetti, Presidente

Pancrazio Maria Savasta, Consigliere

Gustavo Giovanni Rosario Cumin, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

Gustavo Giovanni Rosario Cumin

IL PRESIDENTE

Giancarlo Pennetti

IL SEGRETARIO