

Sui limiti di ammissibilità del ricorso incidentale nel rito “superaccelerato” di cui all’art. 120, commi 2 bis e 6 bis, c.p.a.

di Silvia Biancifiori

Data di pubblicazione: 25-10-2017

1. Ai sensi dell’art. 120, n. 2-bis, cod. proc. amm. «*il provvedimento che determina le esclusioni dalla procedura di affidamento e le ammissioni ad essa all’esito della valutazione dei requisiti soggettivi, economico-finanziari e tecnico-professionale, va impugnato nel termine di trenta giorni, decorrente dalla sua pubblicazione sul profilo del committente della stazione appaltante, ai sensi dell’art. 29, co. 1, del codice dei contratti pubblici adottato in attuazione della legge 28 gennaio 2016, n. 11. L’omessa impugnazione preclude la facoltà di far valere l’illegittimità derivata dei successivi atti delle procedure di affidamento, anche con ricorso incidentale. E’ altresì inammissibile l’impugnazione della proposta di aggiudicazione, ove disposta, e degli altri atti endoprocedimentali privi di immediata lesività*». E’ stata così fissato l’onere di impugnazione “immediata” dei provvedimenti di ammissione ed esclusione dalla gara, con la previsione di un apposito rito al successivo n. 6-bis, secondo cui, tra l’altro, la camera di consiglio o l’udienza possono essere rinviate per la proposizione di ricorso incidentale.

Proprio tale previsione testuale è indice dell’ammissibilità del ricorso incidentale anche nell’ambito del c.d. “rito superspeciale”, al pari dell’ulteriore considerazione secondo cui alcuna limitazione all’applicabilità dell’art. 42 del codice del processo amministrativo, relativo al ricorso incidentale, è recata dal medesimo n. 6-bis.

Il Collegio non ignora il differente indirizzo giurisprudenziale secondo cui il richiamo dell’art. 6-bis al ricorso incidentale in realtà si riferirebbe ai gravami incidentali che hanno ad oggetto, non vizi di legittimità del provvedimento di ammissione alla gara, ma un diverso oggetto (es. *lex specialis* ove interpretata in senso presupposto dalla ricorrente principale) poiché, diversamente opinando, si giungerebbe alla conclusione non coerente con il disposto di cui al comma 2-bis di consentire l’impugnazione dell’ammissione altrui oltre il termine stabilito dalla novella legislativa. Ritiene, tuttavia, preferibile valorizzare, in opposta prospettiva, ulteriori argomenti di segno differente. In particolare, il dato testuale dell’art. 120, n. 2-bis, preclude, in caso di mancata impugnativa nel ristretto termine ivi previsto, la sola facoltà di far valere con ricorso incidentale «l’illegittimità derivata dei successivi atti delle procedure di affidamento» così riferendosi espressamente ad attività ulteriori e posteriori rispetto ai provvedimenti di ammissione ed esclusione dei candidati, quali l’esito della valutazione delle offerte o l’aggiudicazione; attività in relazione alle quali il difetto dei requisiti soggettivi, economico-finanziari e tecnico-professionali potrebbe essere fatta valere, appunto, meramente “in via derivata”. Inoltre, il ricorso incidentale, costituendo formale impugnazione dello stesso provvedimento oggetto dell’impugnazione principale, risponde all’esigenza di concentrare in un unico giudizio, caratterizzato dalla snellezza e celerità di cui al n. 6-bis dell’art. 120, tutte le

questioni attinenti alla fase di ammissione ed esclusione dei concorrenti. (1)

2. Coglie nel segno, diversamente, l'eccezione di inammissibilità del medesimo ricorso incidentale laddove è rivolto a conseguire l'esclusione delle controinteressate Betafin s.p.a., Lav.i.t. e Service Med s.p.a.. Per tale profilo, infatti, va osservato che l'impugnazione incidentale è mezzo di tutela dell'interesse che sorge in dipendenza della domanda proposta in via principale. Ne consegue che, nei giudizi impugnatori, il ricorso incidentale, avendo carattere condizionato ed essendo teso alla privazione dell'interesse del ricorrente principale all'annullamento del provvedimento principale, non può essere utilizzato quale strumento per conseguire una surrettizia rimessione in termini rispetto a vizi da far valere in via autonoma nei confronti di altri concorrenti alla procedura comparativa in questione. In altri termini, mentre uno specifico interesse all'esclusione della Medical Center MG è sorto in capo alla ricorrente incidentale proprio a seguito del ricorso principale, altrettanto non può dirsi con riguardo alle altre controinteressate, rispetto alle quali in capo alla Hospital Service incombeva l'onere, rimasto inadempito, di tempestiva impugnazione sin dal momento della piena conoscenza della relativa ammissione alle successive fasi di gara.

Peraltro, anche a voler qualificare come ricorso autonomo, per tale parte, il predetto rimedio incidentale, lo stesso risulterebbe comunque irricevibile, in ragione dell'indirizzo giurisprudenziale, già condiviso da questo Tribunale, secondo cui, anche in relazione al rito c.d. "superspeciale", di cui ai nn. 2-bis e 6-bis cod. proc. amm., il termine di proposizione del ricorso decorre in ogni caso, dalla conoscenza, comunque avvenuta, dell'atto lesivo (T.A.R. Basilicata, 16 marzo 2017, n. 202; TAR Palermo, III, 15 maggio 2017, n. 1320; TAR Toscana, 18 aprile 2017, n. 582). Ora, risulta dagli atti di causa che nel corso della seduta del 6 giugno 2017 del seggio di gara, cui ha presenziato un rappresentante della Hospital Service, è stata data comunicazione dell'ammissione alla fase successiva della procedura delle imprese controinteressate. Ebbene, secondo un consolidato orientamento anche del Giudice di appello, come si è detto applicabile anche ai provvedimenti di ammissione, è in tale seduta che l'impresa acquisisce la piena conoscenza del provvedimento ed è dalla data della stessa che decorre il termine per impugnare il medesimo provvedimento (Cons. Stato, sez. III, 11 luglio 2016, n. 3026; T.A.R. Puglia, sez. III, 8 novembre 2016, n. 1262; T.A.R. Sicilia, Catania, sez. II, 11 ottobre 2013, n. 2469). (2)

1. *In senso contrario, TAR Campania, Napoli, 13 giugno 2017, n. 3226;*
2. *In senso conforme, TAR Abruzzo, Pescara, 20 settembre 2017 n. 252; TAR Basilicata, 16 marzo 2017, n. 202; TAR Palermo, III, 15 maggio 2017, n. 1320; TAR Toscana, 18 aprile 2017, n. 582.*

Guida alla lettura

La parte veramente innovativa dell'art 120, comma 2 bis, c.p.a. è quella che prevede un onere

di impugnazione immediata del provvedimento di ammissione alla gara introducendo così una deroga alla regola dell'interesse a ricorrere sancita dall'art. 100 c.p.c. ai sensi del quale "per proporre una domanda o contraddire alla stessa è necessario avervi interesse".

Infatti, l'aver anticipato l'accesso alla tutela giurisdizionale alla fase di ammissione alla gara degli altri concorrenti ha comportato uno stravolgimento del modo di intendere l'interesse a ricorrere.

Il provvedimento di ammissione del concorrente prima che la gara si concluda non ha un'immediata efficacia lesiva, semmai esso avrà una efficacia lesiva eventuale solo qualora il concorrente illegittimamente ammesso dovesse risultare aggiudicatario al posto del ricorrente, pretermettendo quindi la posizione di quest'ultimo, mentre invece qualora il concorrente illegittimamente ammesso non dovesse collocarsi utilmente in graduatoria o comunque in posizione deteriore rispetto al ricorrente, è evidente che questi non avrebbe alcun interesse a contestare la legittimità della sua ammissione.

Senonchè, nell'ottica della concentrazione del contenzioso *in limine*, al fine di salvaguardare la stabilità finale della gara e di evitare che alla fine della stessa, come spesso accade, venga contestata la legittimità dell'ammissione dell'aggiudicatario o che, viceversa l'aggiudicatario con ricorso incidentale contesti l'ammissione del ricorrente principale (la disposizione fa infatti riferimento anche alla possibilità di contestare poi l'ammissione con ricorso incidentale), la norma incide fortemente sui c.d. **ricorsi escludenti**, cioè quei ricorsi diretti a far valere, impugnando l'aggiudicazione, non tanto l'illegittimità per vizi propri dell'aggiudicazione stessa, quanto piuttosto i vizi che inficiano l'aggiudicazione derivanti da precedenti illegittimità procedurali (illegittimità derivata dell'aggiudicazione), come accade proprio nell'ipotesi in cui l'aggiudicazione è stata disposta a favore di un soggetto che non doveva essere ammesso alla gara ma che è stato invece, appunto, illegittimamente ammesso.

In base ai principi generali del processo l'interesse a far valere siffatto profilo di invalidità sussiste al momento dell'aggiudicazione, per il ricorrente che non è aggiudicatario, mentre per l'aggiudicatario soltanto nel momento in cui, subendo il ricorso principale da parte di un soggetto che non doveva essere ammesso, la proposizione del ricorso principale attualizza la sua lesione, facendo sorgere in capo allo stesso un interesse attuale a far valere in quel momento l'illegittima ammissione del ricorrente principale attraverso la proposizione del ricorso incidentale.

L'art 120, comma 2 bis, c.p.a. impone invece di procedere all'impugnativa immediatamente, entro 30 giorni dal provvedimento che dispone le ammissioni ed esclusioni, il che fa sì che relativamente alle gare ad evidenza pubblica il contenzioso venga ad essere scandito in un modo particolare, tanto che sul punto il Consiglio di Stato ha efficacemente evidenziato che "*la novella all'art. 120 c.p.a. disegna per le gare pubbliche un **nuovo modello complessivo di contenzioso a duplice sequenza**, disgiunto per fasi successive del procedimento di gara, dove la raggiunta certezza preventiva circa la res controversa della prima è immaginata come presupposto di sicurezza della seconda*"(ordinanza del Consiglio di Stato, sez. V, 14 marzo 2017, n. 1059).

La conseguenza derivante da tale nuovo assetto normativo è una **considerevole riduzione della tanto controversa prassi dei ricorsi incrociati reciprocamente escludenti**. Se della norma codicistica si dà infatti un'interpretazione letterale e si ritiene che l'onere di impugnazione da essa introdotto riguardi soltanto le ammissioni illegittime perché disposte in mancanza dei requisiti di partecipazione, escludendo quindi tutte quelle ipotesi in cui l'illegittimità sia imputabile a vizi formali e/o omissioni documentali che non coincidono con la carenza sostanziale dei requisiti di partecipazione, sull'assunto che la norma si riferisce appunto, letteralmente, soltanto ai provvedimenti che dispongono ammissioni ed esclusioni all'esito della valutazione dei requisiti – e non abbracci quindi le ipotesi di vizi diversi dalla carenza dei requisiti, secondo una lettura più estensiva pure possibile e da taluno sostenuta-, ciò dovrebbe consentire, effettivamente, di superare la problematica questione dei ricorsi principali ed incidentali reciprocamente escludenti, concentrando in un unico giudizio, caratterizzato dalla snellezza e celerità di cui al comma 6 bis dell'art. 120, tutte le questioni attinenti alla legittimità dell'ammissione dei concorrenti alla gara, almeno per quanto attiene al possesso dei requisiti di partecipazione.

Problematica, quella dei ricorsi reciprocamente escludenti, che sembrava non avere fine tanto che anche recentemente la Corte di Giustizia, con la sentenza Puligienica dell'aprile 2016 (Corte di Giustizia UE, grande Sez., 5 aprile 2016, C- 689/13) si era nuovamente pronunciata sulla questione con una sentenza il cui impatto, però, è stato ben presto significativamente attenuato dall'introduzione del nuovo art. 120 comma 2 bis c.p.a., che laddove impone di contestare immediatamente i vizi concernenti ammissioni ed esclusioni perché poi non possono più essere fatti valere in seguito nemmeno con ricorso incidentale, come si è detto riduce significativamente il campo di applicazione della problematica ricorsi principali-ricorsi incidentali.

In applicazione di tale disposizione infatti non è più possibile, ad esempio, che un secondo classificato contesti in via principale la partecipazione del primo classificato affermando che doveva essere escluso per carenza di requisiti ed impugnando per tali motivi l'aggiudicazione in via derivata, così come non è più, viceversa, possibile che un primo classificato contesti in via incidentale la partecipazione del secondo classificato-ricorrente principale per carenza di requisiti: l'art 120, comma 2 bis, in altri termini, intende chiarire che la ratio della disposizione sarebbe aggirata se si ammettesse la deducibilità con ricorso incidentale tardivo della illegittima ammissione alla gara del ricorrente principale.

Per la verità la norma non esprime con sufficiente precisione questo concetto, ma si tratta del risultato logico cui appare inevitabile approdare. Ciononostante, da più parti è risultato poco chiaro il riferimento al ricorso incidentale contenuto nel comma 6 bis dell'art 120 c.p.a., laddove tale comma, tra le altre cose, prevede che “la camera di consiglio o l'udienza possono essere rinviate per la proposizione del ricorso indenteale”.

Una possibile lettura della norma potrebbe essere quella secondo cui resta aperta alla parte controinteressata la possibilità di **far valere, con ricorso incidentale, l'illegittimità di atti presupposti**: si pensi al caso dell'impugnazione dell'atto di ammissione di un concorrente per asserto contrasto con la lex specialis di gara e al contrapposto ricorso incidentale diretto a contestare la legittimità di tali prescrizioni generali.

Ed è proprio questa la lettura sostenuta, tra gli altri, dal TAR Napoli con la sentenza n. 3226 del 13/06/2017, le cui argomentazioni risulterà utile esporre sinteticamente al fine di comprendere più esaustivamente il quadro in cui si colloca la sentenza in commento e il contrasto giurisprudenziale che si è determinato sul punto. Il TAR campano evidenzia innanzitutto la ratio legis della previsione del rito superaccelerato avente ad oggetto l'impugnazione dei provvedimenti di ammissione ed esclusione che, come evidenziato sopra, è quella di consentire la pronta definizione del giudizio prima che si giunga al provvedimento di aggiudicazione in modo tale da definire la platea dei soggetti ammessi alla gara in un momento antecedente all'esame delle offerte e alla conseguente aggiudicazione. Il legislatore avrebbe quindi inteso evitare che con l'impugnazione dell'aggiudicazione possano essere fatti valere vizi attinenti alla fase della verifica dei requisiti di partecipazione alla gara, il cui eventuale accoglimento farebbe regredire il procedimento alla fase appunto di ammissione, con grave spreco di tempo e di energie lavorative, oltre pericolo di perdita di eventuali finanziamenti, il tutto nell'ottica dei principi di efficienza, speditezza ed economicità, oltre che di proporzionalità del procedimento di gara

Prosegue quindi il TAR campano evidenziando come la norma ponga evidentemente un onere di immediata impugnativa dei provvedimenti in questione, a pena di decadenza, non consentendo di far valere successivamente i vizi inerenti agli atti non impugnati, infatti l'omessa attivazione del rimedio processuale entro il termine preclude al concorrente la possibilità di dedurre le relative censure in sede di impugnazione della successiva aggiudicazione, ovvero di paralizzare, mediante lo strumento del ricorso incidentale, il gravame principale proposto da altro partecipante avverso la sua ammissione alla procedura.

Secondo il Collegio campano la diversa ermeneutica (sostenuta invece dalla sentenza del TAR Basilicata in commento, come subito appresso si dirà) non può trarre argomenti interpretativi dal comma 6 bis dell'art. 120 c.p.a. laddove questo prevede che "la camera di consiglio o l'udienza possono essere rinviate solo in caso di esigenze istruttorie, per integrare il contraddittorio, per proporre motivi aggiunti o ricorso incidentale" e quindi, nel contemplare espressamente la possibilità di proporre ricorsi incidentali, potrebbe far propendere, ad una prima lettura, per la permanenza del potere di articolare, in sede di gravame incidentale, vizi afferenti l'ammissione alla gara del ricorrente principale anche dopo il decorso del termine fissato dal comma 2 bis dell'art 120.

A parere del Collegio campano, infatti, la suddetta disposizione dovrebbe essere invece letta come riferita soltanto ai gravami incidentali che hanno ad oggetto, non vizi di legittimità del provvedimento di ammissione alla gara, ma un diverso oggetto – ad esempio *lex specialis* di gara ove interpretata in senso presupposto dalla ricorrente principale - poiché, diversamente opinando, si giungerebbe alla conclusione non coerente con il disposto di cui al comma 2 bis di consentire l'impugnazione dell'ammissione altrui oltre il termine stabilito dalla novella legislativa. Il che, conclude il TAR, violerebbe sia il comma 2 bis citato nonché, soprattutto, *"la ratio stessa sottesa al nuovo rito superspeciale che, come sottolineato dal Consiglio di Stato (parere n. 782/2017 sul decreto correttivo al codice degli appalti pubblici) è anche quello di "neutralizzare per quanto possibile ...l'effetto "perverso" del ricorso incidentale (anche in ragione della giurisprudenza comunitaria e del difficile dialogo con la Corte di Giustizia in relazione a tale istituto)"*.

Si è detto sopra come la norma in questione abbia inciso significativamente sulla controversa prassi dei ricorsi escludenti con l'evidente intento se non di porvi fine almeno di ridurre fortemente la stessa, imponendo la contestazione dei profili di illegittimità dell'ammissione per carenza dei requisiti nel breve termine decadenziale di 30 giorni, scaduto il quale quindi, secondo la tesi del TAR campano, non sarebbe più possibile dedurre tali vizi con ricorso incidentale proposto nel medesimo giudizio avverso il provvedimento di ammissione. Trattasi di una lettura della norma indubbiamente restrittiva che, seppur il Tar non lo affermi esplicitamente, dovrebbe ritenersi fondata probabilmente sulla natura derogatoria della norma rispetto al principio generale secondo cui è ammessa l'impugnazione dei soli provvedimenti direttamente lesivi, quindi ritenendo che si tratti di una norma di stretta interpretazione è giocoforza dedurre la preclusione di qualsivoglia impugnativa del provvedimento di ammissione per vizi attinenti ai requisiti di partecipazione di altri concorrenti, una volta scaduto il breve termine decadenziale di 30 gg.

Di diverso avviso sul punto è invece il TAR Basilicata nella sentenza in commento. Il Collegio svolge il proprio ragionamento partendo dalla previsione testuale del comma 6 bis secondo cui "la camera di consiglio o l'udienza possono essere rinviate solo in caso di esigenze istruttorie, per integrare il contraddittorio, per proporre motivi aggiunti o ricorso incidentale" per inferirne che proprio tale previsione testuale è un chiaro indice dell'ammissibilità del ricorso incidentale anche nell'ambito del c.d. "rito superspeciale", ciò al pari dell'ulteriore considerazione che dal medesimo comma 6 bis non deriva alcun tipo di limitazione all'applicabilità dell'art. 42 del codice del processo amministrativo relativo al ricorso incidentale.

Il TAR afferma quindi di non ignorare il differente indirizzo giurisprudenziale di cui si è dato conto sopra (sostenuto tra gli altri dal TAR Campania), secondo cui il richiamo del comma 6 bis al ricorso incidentale in realtà si riferirebbe ai gravami incidentali che hanno ad oggetto, non vizi di legittimità del provvedimento di ammissione alla gara, ma un diverso oggetto (come ad es. la *lex specialis* ove interpretata in senso presupposto dalla ricorrente principale) poiché altrimenti, diversamente opinando, si giungerebbe alla conclusione non coerente con il disposto di cui al comma 2 bis di consentire l'impugnazione dell'ammissione altrui oltre il termine stabilito dalla novella legislativa.

Il Collegio ritiene, però, preferibile valorizzare, in una prospettiva opposta, ulteriori argomenti di segno differente. Innanzitutto, il dato testuale dell'art. 120, comma 2 bis, preclude, in caso di mancata impugnativa nel ristretto termine ivi previsto, la sola facoltà di far valere con ricorso incidentale «l'illegittimità derivata dei **successivi atti** delle procedure di affidamento» così riferendosi espressamente ad **attività ulteriori e posteriori rispetto ai provvedimenti di ammissione ed esclusione dei candidati**, quali l'esito della valutazione delle offerte o l'aggiudicazione, che sono attività in relazione alle quali il difetto dei requisiti soggettivi, economico-finanziari e tecnico-professionali potrebbe essere fatta valere, appunto, meramente "in via derivata".

Inoltre, evidenzia altresì il TAR, il ricorso incidentale, costituendo formale impugnazione dello stesso provvedimento oggetto dell'impugnazione principale, risponde all'esigenza di **concentrare in un unico giudizio**, caratterizzato dalla snellezza e celerità di cui al n. 6-bis dell'art. 120, **tutte le questioni attinenti alla fase di ammissione ed esclusione** dei

concorrenti.

E non pare francamente che una simile conclusione possa inficiare in alcun modo la ratio e l'intentio legis di neutralizzare per quanto possibile, tramite la previsione di un rito "superaccelerato" di tal fatta, "l'effetto perverso del ricorso incidentale", perché in ogni caso risulta perseguito il risultato finale voluto dalla norma e cioè che vengano concentrate in un unico giudizio, anteriore all'aggiudicazione, tutte le censure relative a vizi afferenti i requisiti di partecipazione dei concorrenti. Ciò, in omaggio ad un "modello di contenzioso a duplice sequenza, disgiunto per fasi successive del procedimento di gara" - come lo ha definito il Consiglio di Stato - dove la prima sequenza, volta alla rapida costituzione di certezze giuridiche poi incontestabili dai protagonisti della gara su chi tra di essi possa legittimamente partecipare alla competizione, è immaginata come presupposto di sicurezza della seconda sequenza avente invece ad oggetto la legittimità dell'aggiudicazione, l'una e l'altra non a caso sottoposte a riti differenti, la prima al rito specialissimo "superaccelerato" di cui all'art 120, commi 2 bis e 6 bis, c.p.a., mentre invece la seconda al rito speciale del processo appalti regolato dall'art 120 c.p.a..

Sempre in ordine ai limiti di ammissibilità del ricorso incidentale, il TAR lucano nella sentenza in commento compie un'altra importante precisazione. Il Collegio afferma l'inammissibilità del ricorso incidentale proposto dalla controinteressata laddove questo è volto all'esclusione di altre imprese controinteressate. E' pacifico infatti che l'impugnazione incidentale costituisca **un mezzo di tutela dell'interesse che sorge in dipendenza della domanda proposta in via principale**. Ne consegue che, nei giudizi impugnatori, il ricorso incidentale, avendo carattere condizionato ed essendo teso alla privazione dell'interesse del ricorrente principale all'annullamento del provvedimento principale, non può essere utilizzato quale strumento per conseguire **una surrettizia rimessione in termini rispetto a vizi da far valere in via autonoma** nei confronti di altri concorrenti alla procedura comparativa **nel breve termine decadenziale** di giorni 30 di cui all'art 120, comma 2 bis, c.p.a.. Nel caso di specie, infatti, mentre uno specifico interesse all'esclusione della impresa ricorrente principale era sorto in capo alla ricorrente incidentale proprio a seguito della proposizione del ricorso principale, altrettanto non poteva dirsi con riguardo alle altre controinteressate, rispetto alle quali in capo alla ricorrente incidentale incombeva l'onere, rimasto da questa inadempito, di tempestiva impugnazione sin dal momento della piena conoscenza della relativa ammissione alle successive fasi di gara.

Il TAR lucano conclude poi sul punto evidenziando che, anche a voler qualificare come ricorso autonomo il suddetto rimedio incidentale, nella parte in cui era volto a contestare l'ammissione alla gara di altre concorrenti diverse dalla ricorrente principale, lo stesso risultava comunque irricevibile, in ragione dell'indirizzo giurisprudenziale, condiviso anche da altri TAR, secondo cui, anche in relazione al rito c.d. "superspeciale" di cui ai commi 2 bis e 6 bis dell'art 120 c.p.a., il termine di proposizione del ricorso decorre in ogni caso, **dalla conoscenza, comunque avvenuta**, dell'atto lesivo (tra gli altri, TAR Abruzzo, Pescara, 20 settembre 2017 n. 252; TAR Basilicata, 16 marzo 2017, n. 202; TAR Palermo, III, 15 maggio 2017, n. 1320; TAR Toscana, 18 aprile 2017, n. 582). Siccome dagli atti di causa risultava che nel corso di una seduta del seggio di gara, cui aveva presenziato un rappresentante della controinteressata ricorrente incidentale, era stata data comunicazione dell'ammissione alla

fase successiva della procedura delle imprese controinteressate, in tale seduta l'impresa aveva acquisito la piena conoscenza del provvedimento ed era quindi dalla data della stessa che doveva farsi decorrere il termine per l'impugnazione del provvedimento di ammissione.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Basilicata

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso avente numero di registro generale 370 del 2017, proposto da:

- Medical Center MG s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa in giudizio dagli avvocati Francesco Bonito Oliva e Francesco Buscicchio, con domicilio eletto presso il loro studio, in Potenza, alla piazza della Costituzione Italiana n. 42;

contro

- Regione Basilicata, in persona del Presidente della Giunta regionale in carica, rappresentata e difesa in giudizio dall'avv. Maurizio Roberto Brancati, con domicilio eletto presso l'Avvocatura dell'Ente, in Potenza, alla via V. Verrastro n. 4;

nei confronti di

- Hospital Service s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa in giudizio, dall'avv. Giuliano Di Pardo, con domicilio eletto presso la segreteria di questo Tribunale;

- Betafin s.p.a. in persona del legale rappresentante *pro tempore*, nella qualità di mandataria del costituendo raggruppamento temporaneo di imprese con la Società Cooperativa di Produzione e Lavoro Lav.i.t. e con la Service Med s.p.a., rappresentata e difesa in giudizio dagli avvocati Giacomo Marchitelli e Gianfranco Cascella, con domicilio eletto presso la segreteria di questo Tribunale;

- società cooperativa di produzione e lavoro Lav.i.t., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, quale mandante del costituendo raggruppamento temporaneo di imprese con la Betafin s.p.a. e con la Service Med s.p.a., rappresentata e difesa in giudizio dagli avvocati Giacomo Marchitelli e Gianfranco Cascella, con domicilio eletto presso la segreteria di questo Tribunale;

per l'annullamento

- della determinazione dirigenziale n. 20AB.2017/D.00072 del 25 giugno 2017;
- del verbale di gara, n. 5 del 6 giugno 2017;
- ove occorra, dei verbali tutti di gara, nella parte in cui presuppongono l'ammissione o non sanciscono l'esclusione di Hospital Service e del RTI Betafin;
- di ogni ulteriore atto presupposto, connesso e/o consequenziale.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Regione Basilicata e delle società Betafin s.p.a., Lav.i.t. e Service Med s.p.a.;

Visto il ricorso incidentale della Hospital Service s.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, n. 2-*bis*, cod. proc. amm.;

Relatore, alla camera di consiglio del giorno 4 ottobre 2017, il referendario Benedetto Nappi;

Uditi i difensori delle parti, come da verbale d'udienza.

FATTO e DIRITTO

1. Con atto notificato in data 6 luglio 2017, depositato il successivo 20 di luglio, la Medical Center MG s.r.l. è insorta avverso gli atti in epigrafe, concernenti l'ammissione, tra le altre, delle società intimate, alla procedura aperta per l'affidamento del servizio di noleggio, lavaggio di biancheria piana, confezionata, materasseria e dispositivi per la prevenzione e cura delle lesioni da decubito occorrente all'IRRCS-CROB di Rionero, all'ASP di Potenza, all'ASM di Matera e alla AOR San Carlo di Potenza, suddiviso in 2 lotti.

1.1. In punto di fatto, la deducente ha esposto quanto segue:

- con determinazione n. 20AB.2016/D.00088 del 23 dicembre 2016, la Regione Basilicata ha indetto la gara in questione, che risulta suddivisa in numero 2 lotti, dei quali il lotto 1 ha a oggetto il "servizio di noleggio e lavaggio della biancheria piana e confezionata nonché delle divise e calzature per il personale dipendente e della materasseria ordinaria" e il lotto 2 è relativo al "servizio di noleggio continuativo ed a chiamata delle superfici speciali antidecubito

funzionanti ad aria di prevenzione e/o terapia antidecubito per pazienti a basso-medio-alto ed altissimo rischio e lavaggio delle superfici di proprietà delle aziende committenti”;

- la concludente ha presentato la propria domanda di partecipazione esclusivamente per il lotto n. 2, mentre le società controinteressate ad entrambi;

- con il verbale n. 5, la Regione Basilicata ha comunicato agli operatori economici partecipanti alla procedura di gara l'esito delle operazioni di gara svolte sino a quel momento;

- con la nota n. 72/2017 del 25 giugno 2017, la Regione Basilicata ha comunicato, ai sensi dell'art. 29 del d.lgs. n. 50/2016, di aver disposto l'ammissione alla successiva fase di gara, inter alia, della Hospital Service e del RTI Betafin.

1.2. In diritto, parte ricorrente ha dedotto i motivi di seguito rubricati:

I. Violazione e falsa applicazione degli artt. 3 e 97 Cost. Violazione dei principi di ragionevolezza e di proporzionalità dell'azione amministrativa. Violazione e falsa applicazione degli artt. 29, 30, 51 e 83 del d.lgs. n. 50/2016. Violazione e falsa applicazione dell'art. 3 della l. n. 241/1990. Violazione e falsa applicazione della legge di gara. Violazione e falsa applicazione del Disciplinare di gara. Eccesso di potere in tutte le sue forme sintomatiche. In particolare: difetto di istruttoria; travisamento dei fatti; sviamento di potere; ingiustizia manifesta; irragionevolezza; contraddittorietà; motivazione carente e/o contraddittoria;

II. Violazione e falsa applicazione degli artt. 3 e 97 Cost. In particolare: violazione e falsa applicazione dei principi di ragionevolezza, buon andamento ed imparzialità dell'azione amministrativa. Violazione e falsa applicazione della legge di gara. Violazione e falsa applicazione del principio della *par condicio competitorum*. Violazione e falsa applicazione degli artt. 62, 80 e 95, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50. Eccesso di potere in tutte le sue forme sintomatiche: difetto di istruttoria; contraddittorietà; sviamento; illogicità; ingiustizia manifesta; disparità di trattamento.

2. Con atto notificato il 25 luglio 2017, depositato il successivo 1 di agosto, la Hospital Service s.r.l. ha proposto ricorso incidentale avverso la cennata determinazione dirigenziale n. 20AB.2017/D.00072 del 25 giugno 2017, nella parte in cui ha ammesso la Medical Center MG S.r.l. e l'Ati Betafin al prosieguo della gara, deducendo i seguenti motivi in diritto:

I. Violazione e falsa applicazione del d.lgs. 50/2016; violazione e falsa applicazione della *lex specialis* di gara; violazione delle regole e dei principi in materia di possesso dei requisiti di ordine tecnico, economico e professionale per concorrere ad un incanto; difetto di istruttoria e di motivazione; eccesso e sviamento di potere; travisamento dei fatti; contraddittorietà, nullità;

II. Violazione e falsa applicazione del d.lgs. 50/2016; violazione e falsa applicazione della *lex specialis* di gara; violazione delle regole e dei principi in materia di possesso dei requisiti di ordine tecnico, economico e professionale per concorrere ad un incanto; difetto di istruttoria e di motivazione; eccesso e sviamento di potere; travisamento dei fatti; contraddittorietà.

3. La Regione intimata, costituitasi in giudizio con comparsa di stile, ha concluso per il rigetto del ricorso principale e di quello incidentale per infondatezza.

3.1. Le società Betafin s.p.a., Lav.i.t. e Service Med s.p.a., pure costitutesi in giudizio, hanno eccepito, in rito, l'irricevibilità e l'inammissibilità del ricorso incidentale, nonché, nel merito, l'infondatezza di quest'ultimo e del ricorso principale.

4. Alla camera di consiglio del 4 ottobre 2017, previo deposito di memorie e repliche, i procuratori delle parti hanno precisato le rispettive posizioni e la causa è stata trattenuta in decisione.

5. *In limine litis*, va disattesa l'eccezione di inammissibilità del ricorso incidentale, da esaminare prioritariamente, nell'ambito del rito c.d. "superspeciale" di cui ai nn. 2-*bis* e 6-*bis* dell'art. 120 cod. proc. amm., sollevata dalla ricorrente principale. Invero, ai sensi dell'art. 120, n. 2-*bis*, cod. proc. amm. «il provvedimento che determina le esclusioni dalla procedura di affidamento e le ammissioni ad essa all'esito della valutazione dei requisiti soggettivi, economico-finanziari e tecnico-professionale, va impugnato nel termine di trenta giorni, decorrente dalla sua pubblicazione sul profilo del committente della stazione appaltante, ai sensi dell'art. 29, co. 1, del codice dei contratti pubblici adottato in attuazione della legge 28 gennaio 2016, n. 11. L'omessa impugnazione preclude la facoltà di far valere l'illegittimità derivata dei successivi atti delle procedure di affidamento, anche con ricorso incidentale. E' altresì inammissibile l'impugnazione della proposta di aggiudicazione, ove disposta, e degli altri atti endoprocedimentali privi di immediata lesività». E' stata così fissato l'onere di impugnazione "immediata" dei provvedimenti di ammissione ed esclusione dalla gara, con la previsione di un apposito rito al successivo n. 6-*bis*, secondo cui, tra l'altro, la camera di consiglio o l'udienza possono essere rinviate per la proposizione di ricorso incidentale.

5.1.1. Proprio tale previsione testuale è indice dell'ammissibilità del ricorso incidentale anche nell'ambito del c.d. "rito superspeciale", al pari dell'ulteriore considerazione secondo cui alcuna limitazione all'applicabilità dell'art. 42 del codice del processo amministrativo, relativo al ricorso incidentale, è recata dal medesimo n. 6-*bis*.

5.1.2. Il Collegio non ignora il differente indirizzo giurisprudenziale secondo cui il richiamo dell'art. 6-*bis* al ricorso incidentale in realtà si riferirebbe ai gravami incidentali che hanno ad oggetto, non vizi di legittimità del provvedimento di ammissione alla gara, ma un diverso oggetto (es. *lex specialis* ove interpretata in senso presupposto dalla ricorrente principale) poiché, diversamente opinando, si giungerebbe alla conclusione non coerente con il disposto di cui al comma 2-*bis* di consentire l'impugnazione dell'ammissione altrui oltre il termine stabilito dalla novella legislativa. Ritiene, tuttavia, preferibile valorizzare, in opposta prospettiva, ulteriori argomenti di segno differente. In particolare, il dato testuale dell'art. 120, n. 2-*bis*, preclude, in caso di mancata impugnativa nel ristretto termine ivi previsto, la sola facoltà di far valere con ricorso incidentale «l'illegittimità derivata dei successivi atti delle procedure di affidamento» così riferendosi espressamente ad attività ulteriori e posteriori rispetto ai provvedimenti di ammissione ed esclusione dei candidati, quali l'esito della valutazione delle offerte o l'aggiudicazione; attività in relazione alle quali il difetto dei requisiti soggettivi, economico-finanziari e tecnico-professionali potrebbe essere fatta valere, appunto, meramente

“in via derivata”. Inoltre, il ricorso incidentale, costituendo formale impugnazione dello stesso provvedimento oggetto dell’impugnazione principale, risponde all’esigenza di concentrare in un unico giudizio, caratterizzato dalla snellezza e celerità di cui al n. 6-*bis* dell’art. 120, tutte le questioni attinenti alla fase di ammissione ed esclusione dei concorrenti.

5.2. Va poi disattesa l’eccezione di irricevibilità del ricorso incidentale, nella parte in cui è rivolto avverso l’ammissione alla gara della ricorrente principale Medical Center MG. In particolare, il ricorso incidentale sarebbe tardivo, in quanto già nel corso della seduta del 6 giugno 2017 del seggio di gara la Hospital Service avrebbe avuto piena conoscenza del fatto dell’ammissione alla fase successiva della procedura della Medical Center MG.

5.2.1. Invero, il ricorso incidentale, ai sensi dell’art. 42, n. 1, cod. proc. amm., sul versante dei termini di notificazione e di deposito, si modella sulla falsiriga di quello principale, con la particolarità che il termine per la sua proposizione decorre dalla notificazione del ricorso principale. Nel caso di specie, quindi, il termine dimidiato di trenta giorni inizia da tale momento, mentre la tesi propugnata dalla deducente principale, secondo cui il *dies a quo* decorrerebbe dalla piena ed effettiva conoscenza dell’ammissione alla gara, collide con l’esigenza di “parità delle armi” e di effettività del contraddittorio, finendo col ridurre, in assenza di disposizioni legislative in tal senso, il lasso temporale per la proposizione del rimedio incidentale.

5.3. Coglie nel segno, diversamente, l’eccezione di inammissibilità del medesimo ricorso incidentale laddove è rivolto a conseguire l’esclusione delle controinteressate Betafin s.p.a., Lav.i.t. e Service Med s.p.a.. Per tale profilo, infatti, va osservato che l’impugnazione incidentale è mezzo di tutela dell’interesse che sorge in dipendenza della domanda proposta in via principale. Ne consegue che, nei giudizi impugnatori, il ricorso incidentale, avendo carattere condizionato ed essendo teso alla privazione dell’interesse del ricorrente principale all’annullamento del provvedimento principale, non può essere utilizzato quale strumento per conseguire una surrettizia rimessione in termini rispetto a vizi da far valere in via autonoma nei confronti di altri concorrenti alla procedura comparativa in questione. In altri termini, mentre uno specifico interesse all’esclusione della Medical Center MG è sorto in capo alla ricorrente incidentale proprio a seguito del ricorso principale, altrettanto non può dirsi con riguardo alle altre controinteressate, rispetto alle quali in capo alla Hospital Service incombeva l’onere, rimasto inadempito, di tempestiva impugnazione sin dal momento della piena conoscenza della relativa ammissione alle successive fasi di gara.

5.3.1. Peraltro, anche a voler qualificare come ricorso autonomo, per tale parte, il predetto rimedio incidentale, lo stesso risulterebbe comunque irricevibile, in ragione dell’indirizzo giurisprudenziale, già condiviso da questo Tribunale, secondo cui, anche in relazione al rito c.d. “superspeciale”, di cui ai nn. 2-*bis* e 6-*bis* cod. proc. amm., il termine di proposizione del ricorso decorre in ogni caso, dalla conoscenza, comunque avvenuta, dell’atto lesivo (T.A.R. Basilicata, 16 marzo 2017, n. 202; TAR Palermo, III, 15 maggio 2017, n. 1320; TAR Toscana, 18 aprile 2017, n. 582). Ora, risulta dagli atti di causa che nel corso della seduta del 6 giugno 2017 del seggio di gara, cui ha presenziato un rappresentante della Hospital Service, è stata data comunicazione dell’ammissione alla fase successiva della procedura delle imprese controinteressate. Ebbene, secondo un consolidato orientamento anche del Giudice di appello,

come si è detto applicabile anche ai provvedimenti di ammissione, è in tale seduta che l'impresa acquisisce la piena conoscenza del provvedimento ed è dalla data della stessa che decorre il termine per impugnare il medesimo provvedimento (Cons. Stato, sez. III, 11 luglio 2016, n. 3026; T.A.R. Puglia, sez. III, 8 novembre 2016, n. 1262; T.A.R. Sicilia, Catania, sez. II, 11 ottobre 2013, n. 2469).

6. Nel merito, nella parte in cui è ammissibile, il ricorso incidentale è fondato, alla stregua della motivazione che segue.

6.1. Si è in primo luogo dedotto che la ricorrente principale sarebbe «sprovvista dell'iscrizione nel registro delle imprese coerente con l'oggetto dei servizi appaltandi e dunque utile alla loro corretta esecuzione».

6.1.1. La censura va condivisa. L'art. 11, n. 1, del disciplinare di gara prescrive il possesso, tra gli altri, del requisito di idoneità professionale costituito dall'iscrizione, «per attività corrispondenti ai servizi oggetto di gara», nel registro delle imprese della Camera di commercio, industria, artigianato ed agricoltura della provincia in cui l'operatore economico ha sede. Dalla disamina della visura camera della "Medical Service MG" risulta che essa svolge, quali attività principali, quella di commercio all'ingrosso e al dettaglio di articoli medicali e ortopedici, nonché quello di prodotti alimentari specifici per particolari patologie, oltre a una serie di attività secondarie ivi espressamente elencate, tra cui non rientra quella di noleggio dei materassi antidecubito.

6.1.2. Del resto, ai fini dell'apprezzamento del possesso del requisito di partecipazione costituito dall'iscrizione al registro delle imprese, va presa in considerazione l'attività prevalente d'impresa e non quella secondaria risultante all'anagrafe camerale (Cons. Stato, sez. III, 28 dicembre 2011, n. 6968)

6.1.3. La ricorrente principale, nei propri scritti difensivi, non ha contestato tale circostanza, ma si è limitata a sostenere che «in realtà, dalla legge di gara emerge che la prestazione richiesta dall'Amministrazione è la fornitura dei beni indicati dalla legge di gara, mentre il riferimento al noleggio indica, in tal caso, una delle possibili modalità della fornitura stessa. Non a caso, il Disciplinare indica, quale oggetto della prestazione, oltre al "ricondizionamento sanitizzante, consistente nel lavaggio e disinfezione dei materassi ad aria di cui al punto precedente e nella successiva manutenzione dei manufatti e di tutti i relativi accessori e di quelle di proprietà delle aziende sanitarie committenti", "la fornitura a noleggio delle superfici speciali antidecubito funzionanti ad aria di prevenzione e/o terapia antidecubito per pazienti a basso-medio-alto ed altissimo rischio (secondo indice di Norton e stadiazione delle lesioni)": è evidente, analizzando l'espressione fornitura a noleggio, che il genus prestazionale prevalente è quello della fornitura». In senso contrario depongono tuttavia le disposizioni di gara, tutte volte pianamente a identificare nel noleggio il servizio richiesto. In tal senso vanno richiamati, senza pretesa di esaustività: a) la denominazione dell'appalto (capo II.1.1 del bando) quale «Servizio di noleggio, lavaggio di biancheria piana, confezionata, materasseria e dispositivi per la prevenzione e cura delle lesioni da decubito»; b) il tipo di appalto (capo II.1.3 del bando), identificato nei «Servizi»; c) la descrizione (capo II.1.3 del bando) come Servizio di noleggio, lavaggio di biancheria piana, confezionata, materasseria e dispositivi per la prevenzione e cura

delle lesioni da decubito [...]»; d) l'oggetto dell'appalto di cui all'art. 1 del disciplinare, descritto quale «Affidamento quinquennale del servizio di noleggio, lavaggio di biancheria piana e confezionata, materasseria e dispositivi per la prevenzione e cura delle lesioni da decubito [...]».

6.1.4. La ricorrente principale ha anche sostenuto, in modo del tutto generico, che «dalla visura camerale (che deve essere valorizzata integralmente, stante il silenzio, sul punto, della legge di gara, peraltro non impugnata in parte qua dalla Hospital Service) della Ricorrente si evince che essa è in possesso di tutti i requisiti richiesti dall'Amministrazione». Va in senso contrario osservato che tra le attività esercitate non risultano, come si è visto innanzi, quelle "corrispondenti", ovvero conformi, a quelle del bando di gara, stante il chiaro riferimento riportato nel bando di gara. Né, a tal fine, possono essere valorizzati i contenuti dell'oggetto sociale perché, come affermato da una condivisibile giurisprudenza, oggetto sociale e attività effettivamente esercitata, risultante dalle certificazioni camerali, non possono essere considerati come concetti coincidenti, in quanto un'attività può ben essere contemplata nell'oggetto sociale, senza essere attivata poi in concreto, conseguendone che nessun rilievo può attribuirsi al ripetuto oggetto sociale dell'impresa, il quale abilita quest'ultima a svolgere una determinata attività, ma nulla dice in ordine all'effettivo svolgimento della stessa (Cons. Stato, sez. IV, 2 dicembre 2013, n. 5729).

6.1.5. In conclusione, la carenza in capo alla deducente principale, come testé rilevato, di uno dei requisiti prescritti per l'ammissione alla procedura comparativa fa venir meno l'interesse della stessa a coltivare il proprio ricorso.

7. Dalle considerazioni che precedono discende in parte la declaratoria di inammissibilità e, per il resto, l'accoglimento del ricorso incidentale, nonché la declaratoria di inammissibilità del ricorso principale.

8. Sussistono giusti motivi, in ragione delle peculiarità della questione, per disporre l'integrale compensazione delle spese di lite tra le parti

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Basilicata, definitivamente pronunciando

- in parte dichiara inammissibile e, per il resto, accoglie il ricorso incidentale;
- dichiara inammissibile il ricorso principale.

Spese compensate.

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

Così deciso in Potenza, nella camera di consiglio del giorno 4 ottobre 2017, con l'intervento dei magistrati:



Giuseppe Caruso, Presidente

Pasquale Mastrantuono, Consigliere

Benedetto Nappi, Referendario, Estensore