



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 7639 del 2017, proposto da: Medical Center Mg S.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avvocati Francesco Bonito Oliva, Jacopo D'Auria, con domicilio eletto presso lo studio di quest'ultimo in Roma, via G.P. da Palestrina, n. 47;

contro

Regione Basilicata, Dipartimento Stazione Unica Appaltante della Regione Basilicata (SUA-RB), Dipartimento Stazione Unica Appaltante della Regione Basilicata (SUA-RB) - Uff. Centrale di Committenza e Soggetto Aggregatore, non costituiti in giudizio;

nei confronti

Betafin S.p.A., in persona del legale rappresentante p.t., nella qualità di mandataria del costituendo R.T.I. con la Società Cooperativa di Produzione e Lavoro Lav.i.t., e con la Service Med S.p.a., rappresentata e difesa dall'avvocato Giacomo Marchitelli, domiciliato ex art. 25 c.p.a. presso la Segreteria della Sezione Terza del Consiglio di Stato in Roma, piazza Capo di Ferro, n. 13; Service Med S.p.A., in persona del legale rappresentante p.t., in proprio e quale

mandante del R.T.I. con la Betafin S.p.A. e la Lav.i.t. rappresentata e difesa dall'avvocato Giacomo Marchitelli, domiciliato presso la Segreteria della Sezione Terza del Consiglio di Stato in Roma, piazza Capo di Ferro, n. 13; Società Cooperativa di Produzione e Lavoro Lav.i.t. in proprio e quale mandante del Costituendo R.T.I. con la Betafin S.p.A. e con la Service Med S.p.a., non costituita in giudizio; Hospital Service Srl, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avvocato Giuliano Di Pardo, con domicilio eletto presso il proprio studio in Roma, piazza del Popolo, n. 18 (Palazzo Valadier - Regus);

per la riforma

della sentenza del T.A.R. Basilicata, sede di Potenza, sezione I, n. 621/2017, resa tra le parti, concernente 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.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Betafin S.p.A., di Service Med S.p.A. e di Hospital Service Srl;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 8 febbraio 2018 il Cons. Stefania Santoleri e uditi per le parti gli avvocati Jacopo D'Auria, Giacomo Marchitelli e M. Ida Leonardo su delega di Giuliano Di Pardo;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. - Con la Determinazione del Dirigente dell'Ufficio "Centrale di Committenza e Soggetto Aggregatore" n. 20AB.2016/D.00088 del 23/12/2016, la Regione Basilicata ha indetto la "Procedura aperta, ai sensi dell'art. 60 del D.lgs. 50/2016, da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa di cui all'art. 95 del D.Lgs. n. 50/2016, 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, ASP di Potenza, ASM di Matera e AOR San Carlo di Potenza, suddiviso in 2 lotti, per un importo complessivo a base d'asta di € 23.319.240,5 IVA esclusa come per legge".

1.1. Per espressa disposizione dell'art. 1 del Disciplinare di gara (il "Disciplinare"), il servizio risulta "suddiviso in numero 2 lotti":

- il Lotto 1, avente ad 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";

- il Lotto 2, avente ad oggetto il "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".

2. - Hanno partecipato alla gara relativa al Lotto 2 le concorrenti Medical Center, Hospital Service ed il raggruppamento temporaneo di imprese composto dalla Betafin, dalla Lavit e dalla Service Med (d'ora in poi il "RTI Betafin").

3. - In data 5 aprile 2017, con la nota prot. n. 49, la Medical Service ha segnalato alla Regione Basilicata che, stante la lettera dell'art. 11, comma 1, del Disciplinare, la Hospital Service doveva essere esclusa dalla procedura di gara, in quanto non iscritta presso il Registro delle Imprese per le attività corrispondenti ai servizi oggetto della gara.

Lo stesso è stato rilevato con riferimento alla Lavit, componente del RTI Betafin.

4. - Con il Verbale n. 5 del 6 giugno 2017, la Regione Basilicata ha comunicato agli operatori economici partecipanti alla procedura di gara l'esito delle operazioni svolte sino a quel momento.

5. - Con la successiva nota n. 72/2017 del 25 giugno 2017, la Regione Basilicata ha comunicato, ai sensi dell'art. 29 del D.Lgs. 50/2016, di aver:

I. approvato i verbali di gara;

II. disposto l'ammissione alla successiva fase di gara, inter alia, della Hospital Service e del RTI Betafin.

6. - Con il ricorso notificato in data 6 luglio 2017, la società Medical Center ha impugnato, innanzi al Tar per la Basilicata, gli atti di ammissione della Hospital Service e del RTI Betafin.

7. - Con il ricorso incidentale, notificato in data 25 luglio 2017, la Hospital Service ha impugnato l'ammissione della ricorrente principale e del RTI Betafin.

8. - Con la sentenza 4 ottobre 2017, n. 621 il Tar per la Basilicata ha accolto in parte il ricorso incidentale proposto dalla Hospital Service ed in parte lo ha dichiarato inammissibile; ha inoltre dichiarato inammissibile il ricorso principale proposto dalla Medical Center disponendo la compensazione delle spese di lite.

9. - Avverso tale decisione ha proposto appello principale la società Medical Center censurando il capo di sentenza che ha dichiarato inammissibile il proprio ricorso, ed ha accolto quello incidentale proposto da parte di Hospital Service nei confronti della sua ammissione.

10. - Hospital Service, a sua volta, ha proposto appello incidentale avverso il capo di sentenza che ha dichiarato inammissibile il suo ricorso avverso l'ammissione del RTI Betafin.

Si sono costituite in giudizio anche le società Betafin e Service Med che hanno eccepito profili di inammissibilità dell'appello e ne hanno chiesto il rigetto.

Le parti hanno depositato scritti difensivi, anche di replica, a sostegno delle rispettive tesi.

11. - Con ordinanza n. 4958/2017 la domanda cautelare è stata respinta.

12. - All'udienza pubblica dell'8 febbraio 2018 l'appello è stato trattenuto in decisione.

13. - Prima di procedere alla disamina delle censure e delle relative eccezioni è opportuno individuare l'ordine di trattazione delle questioni.

Come già rilevato, il primo giudice ha esaminato prioritariamente il ricorso incidentale ed avendolo accolto, ha dichiarato inammissibile il ricorso principale.

Il primo giudice, quindi, non ha esaminato nel merito le censure proposte con tale ricorso, dirette ad ottenere l'esclusione dalla procedura di Hospital Service: di ciò si è lamentata l'appellante principale con specifico motivo di appello.

Il Collegio, per ragioni di chiarezza e di tutela dell'interesse di tutte le parti, ritiene di dover seguire un diverso ordine di trattazione delle doglianze, partendo dall'appello principale.

Verranno quindi esaminate, nell'ordine, le questioni relative:

- alla ammissibilità del ricorso incidentale nel rito super-accelerato di cui all'art. 120 comma 2 bis e 6 bis c.p.a., e quindi la compatibilità di tale strumento con lo speciale rito (primo motivo di appello principale);

- alla asserita tardività di tale ricorso, problematica connessa con l'individuazione del dies a quo dal quale decorre il termine per la proposizione del ricorso (secondo motivo di appello principale).

Si provvederà, quindi, a definire il contenzioso relativo all'ammissione alla gara delle società Medical Center e di Hospital Service.

Solo all'esito di questa parte della controversia, si provvederanno ad esaminare le problematiche relative all'ammissione del RTI Betafin, oggetto del ricorso

incidentale di primo grado proposto da Hospital Service, e della correlativa eccezione di inammissibilità dell'appello, proposta dal RTI Betafin.

Svolte queste premesse si può procedere alla disamina delle doglianze secondo il precedente ordine di trattazione.

14. - Con il primo motivo di appello viene censurato il capo di sentenza che ha ritenuto ammissibile il ricorso incidentale nell'ambito del rito super accelerato previsto relativo alle ammissioni/esclusioni dalla gara.

Il TAR ha ritenuto infondata la doglianza sollevata dal ricorrente principale Medical Center ritenendo che:

“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".

Nel censurare tale statuizione, l'appellante principale ha rilevato l'erroneità di tale tesi sostenendo che la riforma sarebbe stata introdotta al fine di evitare il proliferare di ricorsi incidentali plurimi e incrociati: nel nuovo sistema processuale la genesi dell'interesse al ricorso sarebbe stata individuata ex lege, e sarebbe correlata all'esclusione propria o all'ammissione dei propri competitors al prosieguo della gara.

Tale sistema sarebbe, quindi, incompatibile con la proposizione di un ricorso incidentale escludente o paralizzante fondato su un petitum (la declaratoria di inammissibilità per sopravvenuta carenza di interesse del ricorso principale) incoerente con la ratio del nuovo rito.

Tale sistema impone, infatti, a ciascun operatore economico di attivarsi giudizialmente per reagire a statuizioni ritenute lesive a partire da una data fissa e certa.

La preventiva tipizzazione dell'interesse al ricorso recata dal nuovo mini rito sarebbe incompatibile con l'attivazione di ricorsi incidentali escludenti che di fatto risultano elusivi dei termini imposti dal legislatore.

Ha poi aggiunto l'appellante che nessuno dei presupposti richiamati dal primo giudice potrebbe legittimare l'uso di tale strumento, in quanto:

- il principio di concentrazione delle questioni relative alle ammissioni/esclusioni nella procedura sarebbe garantita dalla predeterminazione ex lege dell'interesse al ricorso in capo a tutti gli operatori economici;

- il richiamo al comma 6 bis dello stesso art. 120 c.p.a. non sarebbe pertinente, in quanto tale disposizione farebbe riferimento ai gravami incidentali che hanno un diverso oggetto: diversamente si consentirebbe l'impugnazione dell'ammissione altrui oltre il termine stabilito dalla novella legislativa e contro la sua ratio, quella 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 Cassazione in relazione a tale istituto)".

15. - Sulla problematica relativa all'ammissibilità del ricorso incidentale e sull'individuazione del dies a quo dal quale decorre il termine di trenta giorni per proporre l'impugnativa, si è già espressa la Sezione con la sentenza n. 5182 del 10/11/2017 nella quale erano state prospettate analoghe questioni, ritenendo, buona sostanza, che:

- a) la rapidità di celebrazione del contenzioso sulle ammissioni non è pregiudicata dal rimedio di cui all'art. 42, comma 1, c.p.a. che comporta un incremento dei tempi processuali non significativo (30 giorni), equivalente a quello previsto per i motivi aggiunti;

- b) l'espressa menzione nell'art. 120 comma 2 bis c.p.a. del ricorso incidentale, porta a ritenere che la portata di tale rimedio processuale debba intendersi estesa anche agli atti che costituiscono l'oggetto proprio del nuovo rito super-accelerato;
- c) è preclusa l'attivazione del ricorso incidentale al delimitato fine di dedurre, in sede di impugnazione della successiva aggiudicazione, le censure relative alla fase di ammissione;
- d) l'esclusione del ricorso incidentale comporterebbe una considerevole compromissione delle facoltà di difesa della parte resistente la quale, vista la contestazione della sua ammissione alla gara, non potrebbe paralizzare in via riconvenzionale l'iniziativa avversaria;
- e) l'esigenza di concentrazione in un unico giudizio, caratterizzato dalla snellezza e celerità di cui al comma 2 bis dell'art. 120, tutte le questioni attinenti alla fase di ammissione ed esclusione dei concorrenti, nel rispetto del principio della parità della armi e della effettività del contraddittorio, salvaguarda la natura dell'impugnazione incidentale quale mezzo di tutela dell'interesse che sorge in dipendenza della domanda proposta in via principale.

Alla stregua dei principi espressi dalla Sezione in tale sentenza, ai quali si fa rinvio, la doglianza si appalesa infondata.

16. - Prima di passare ad esaminare la seconda doglianza, è opportuno rilevare che il ricorso incidentale è stato proposto tempestivamente con riferimento alla determinazione dirigenziale del 20AB.2017/D.00072 del 25 giugno 2017 adottata ai sensi dell'art. 29 del D.Lgs. n. 50/2016, successivamente comunicata, essendo stato notificato il 25 luglio 2017 sicchè le problematiche relative all'allungamento del termine per l'impugnazione incidentale non sussistono, se si considera come dies a quo quello di cui all'art. 29 del codice degli appalti.

Non a caso, infatti, l'appellante principale deduce la tardività dell'impugnazione avverso la propria ammissione, ritenendo maturata, per Hospital Service, la piena

conoscenza di tale circostanza fin dalla seduta del 6 giugno 2017 nella quale era presente il rappresentante della Hospital Service.

Tale tesi non può essere condivisa.

E' opportuno richiamare, fin d'ora, l'orientamento della Sezione secondo cui l'onere di immediata impugnativa dell'altrui ammissione alla procedura di gara senza attendere l'aggiudicazione, prevista dal comma 2-bis dell'art. 120 c.p.a., è ragionevolmente subordinato alla pubblicazione degli atti della procedura, perché diversamente l'impresa sarebbe costretta a proporre un ricorso "al buio" (Cons. Stato Sez. III, 26-01-2018, n. 565).

Va ribadito, infatti, che in questa specifica materia, l'applicabilità del principio della piena conoscenza ai fini della decorrenza del termine di impugnazione, presuppone un particolare rigore nell'accertamento della sussistenza di tale requisito (TAR Campania, Napoli, Sez. VIII, 18 gennaio 2018 n. 394).

Occorre tener conto, infatti, sia della specialità della normativa dettata dall'art. 120, comma 2 bis, c.p.a., sia dei presupposti in base ai quali lo stesso legislatore ha ricondotto la decorrenza del termine per l'impugnazione: in base al comma 2 bis dell'art. 120 c.p.a., infatti, il termine inizia a decorrere solo dopo la pubblicazione, ex art. 29 del codice degli appalti, della determinazione sulle ammissioni/esclusioni dei concorrenti, pubblicazione che assicura la piena ed effettiva conoscenza degli atti di gara.

Da ciò consegue che, il principio della piena conoscenza acquisita aliunde, può applicarsi solo ove vi sia una concreta prova dell'effettiva conoscenza degli atti di gara, acquisita in data anteriore alla pubblicazione o comunicazione degli atti della procedura di gara.

Pertanto, non può ritenersi sufficiente a far decorrere l'onere di impugnare il provvedimento di ammissione alla gara la mera presenza di un rappresentante della ditta alla seduta in cui viene decretata l'ammissione, in mancanza della specifica

prova sulla percezione immediata ed effettiva di tutte le irregolarità che, ove sussistenti, possano aver inficiato le relative determinazioni.

17. - Nel caso di specie, le deduzioni contenute dalla società Hospital Service appaiono convincenti:

- il verbale n. 5 della seduta del 6 giugno 2017 non contiene alcuna indicazione in merito alle ragioni per le quali la società Medical Center è stata ammessa alla gara (lo stesso vale anche per il RTI Betafin);
- il verbale è particolarmente sintetico (è composto da poche righe);
- la stessa seduta di gara ha avuto una durata assai ridotta (circostanza non contestata), sebbene riguardasse tutti e due i lotti messi a gara, ai quali hanno partecipato ben 13 concorrenti;
- non può applicarsi in via automatica alle ammissioni delle ditte concorrenti la giurisprudenza formatasi con riferimento ai provvedimenti di esclusione dalla gara, perché in quel caso la ditta concorrente ben conosce la propria domanda di partecipazione alla gara corredata da tutti gli atti, e quindi è sicuramente in grado di comprendere le ragioni dell'esclusione sin dalla seduta pubblica, mentre nel caso dell'ammissione delle altre ditte concorrenti deve poter conoscere la motivazione del provvedimento di ammissione alla luce della documentazione prodotta per la partecipazione alla gara per poter desumere eventuali profili di illegittimità dell'atto;
- pertanto, se non vi è prova certa della piena conoscenza degli aspetti di illegittimità dell'atto, il termine non può decorrere fin quando non avviene la pubblicazione sul sito del committente, o la comunicazione del provvedimento di ammissione, e quindi – nel caso di specie - della determinazione dirigenziale del 25 giugno 2017, comunicata ad Hospital Service con nota del 4 luglio 2017.

Pertanto anche il secondo motivo di appello principale va respinto.

18. - Il rigetto delle prime due doglianze comporta l'irrelevanza, per la decisione della presente controversia, della richiesta di rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia UE, formulata dall'appellante principale nella memoria del 14 novembre 2017; lo stesso deve ritenersi con riferimento alla richiesta di rimessione di analoga questione all'Adunanza Plenaria contenuta nella stessa memoria.

Concludendo sugli aspetti preliminari, va dichiarata l'ammissibilità dell'impugnativa proposta da Hospital Service avverso l'ammissione alla gara di Medical Center, confermandosi sul punto la sentenza di primo grado anche se con le dovute precisazioni.

19. - Con il terzo motivo di appello l'appellante principale censura il capo di sentenza di primo grado che ha accolto il ricorso incidentale, decretando la sua esclusione dalla gara.

Come già rilevato, il lotto 2 aveva ad oggetto il "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".

Il disciplinare di gara, art. 11, richiedeva come requisito di partecipazione l' "iscrizione, per attività corrispondenti ai servizi oggetto di gara, nel registro delle imprese della Camera di Commercio, Industria, Artigianato ed Agricoltura (C.C.I.A.A.) della Provincia in cui l'operatore economico ha sede, ovvero in analogo registro dello Stato di appartenenza (Allegato XVI Registri di cui all'art. 83 del Codice)".

Il TAR ha rilevato che:

- dalla disamina della visura camerale della "Medical Service MG" risulta che essa svolge, quale attività principale, quella di commercio all'ingrosso e al dettaglio di articoli medicali e ortopedici, nonché 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;

- 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);

- la ricorrente principale ha sostenuto 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”;

- il primo giudice ha respinto tale la tesi, ritenendo non condivisibile, in base alla lettura congiunta degli atti di gara, che l'oggetto della prestazione prevalente fosse quello della fornitura, trattandosi chiaramente di appalto di servizi;

- ha infine ritenuto inconferente il richiamo all'oggetto sociale.

L'appellante principale contesta tale statuizione rilevando che:

- il TAR avrebbe tenuto conto solo dell'attività esercitata nella sede legale e non anche quella svolta presso la sede secondaria, sebbene non vi fosse alcuna preclusione al riguardo né nell'art. 83 del codice degli appalti né nella lex specialis di gara, tanto più che l'oggetto dell'appalto sarebbe molto ampio, come potrebbe evincersi alla lettura delle “specifiche tecniche”;

- precisa, inoltre, l'appellante di non aver mai fatto riferimento all'oggetto sociale, ma solo alla attività secondaria;

- ribadisce che la prestazione principale sarebbe la fornitura dei materassi antidecubito e che il noleggio di essi costituirebbe soltanto una delle possibili modalità della fornitura;

- il riferimento al “servizio” deriverebbe dalle varie prestazioni richieste in aggiunta (trasporto, consegna, installazione, formazione all’uso, manutenzione full risk, assistenza tecnica e sanitaria, sanificazione, software di gestione).

20. - La sentenza di primo grado è pienamente condivisibile.

E’ opportuno rilevare – fin d’ora – che la gara riguarda l’affidamento di un servizio e non la fornitura di beni: giustamente il TAR ha richiamato molteplici disposizioni della lex specialis di gara che depongono in questo senso «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 [...]».

Anche dal certificato camerale si evince che l’attività principale svolta da tale società è il commercio di articoli medicali: come ha correttamente rilevato la difesa di Hospital Service Medical Center ha autodichiarato di possedere un’iscrizione CCIAA contraddistinta dal codice Ateco 46.46.30 che identifica il “commercio all’ingresso di articoli medicali”.

Nel caso di specie, però, l’oggetto dell’appalto non era costituito dalla vendita (e quindi dalla fornitura) di tali prodotti, ma dalla prestazione del servizio di noleggio dei materassi antidecubito corredato da tutta una serie di servizi aggiuntivi, tra i quali quello di sanificazione.

Ciò che rileva ai fini della partecipazione alla gara è l’attività specifica svolta dall’impresa, in quanto l’indicazione tra i requisiti di partecipazione di una specifica attività è finalizzata a selezionare imprese che abbiano esperienza nel settore

interessato: in caso contrario, sarebbe richiesta la mera iscrizione alla CCIAA e non l'iscrizione per una determinata attività (Cons. Stato, Sez. IV 2/12/2013 n. 5729; 27/1/2015 n. 343).

Rileva, inoltre, la sola attività prevalente, in concreto espletata e documentata dall'iscrizione presso la Camera di Commercio (cfr. Cons. Stato, Sez. III, 28/12/2011 n. 6968; Cons. Stato, Sez. IV, 27/1/2015 n. 343), tanto più che le attività connesse alle quali ha fatto riferimento la società Medical Center hanno rilevanza marginale.

Ne deriva l'infondatezza del terzo motivo di appello a cui consegue il rigetto dell'impugnazione della sentenza avverso il capo che ha accolto il ricorso incidentale proposto avverso l'ammissione della società Medical Center alla procedura di gara.

21. - Seguendo l'ordine di trattazione, devono essere ora esaminate le doglianze proposte dall'appellante principale avverso l'ammissione di Hospital Service alla gara: nonostante vi siano forti dubbi sulla sussistenza dell'interesse strumentale da parte di questa società, atteso che la sua esclusione è avvenuta per la mancanza di requisiti di partecipazione alla gara, nondimeno il Collegio ritiene di dover esaminare il merito del suo ricorso avverso l'ammissione della Hospital Service (questione dedotta con il quarto motivo di appello) in applicazione della giurisprudenza della Corte di Giustizia UE 5/4/2016 C 689/13.

22. - Devono essere quindi esaminati i motivi proposti in primo grado e assorbiti dal TAR (pag. 24-29 del ricorso in appello di Medical Center) relativi all'ammissione di Hospital Service.

Le doglianze sono infondate.

La tesi Medical Center si fonda su un presupposto erroneo: quello secondo cui essa disporrebbe dei requisiti di ammissione alla gara, dal quale desume, a contrario, la carenza dei requisiti da parte della Hospital Service.

Come già rilevato, l'appellante principale dispone di un'iscrizione presso la CCIAA per il commercio di articoli medicali ed ortopedici codice Ateco 46.46.3; per disporre del requisito del fatturato specifico è ricorso all'avvalimento non avendo mai svolto la specifica attività oggetto del contratto; Hospital Service, invece, svolge come attività primaria il servizio di lavaggio, finissaggio, disinfezione, sterilizzazione, distribuzione e noleggio della materasseria pure antidecubito: tale attività è classificata con il codice Atecori 96.01.1.

Si tratta di attività differenti, con codici ben diversi: ma contrariamente a quanto ritenuto dall'appellante principale il certificato camerale di Hospital Service soddisfa i requisiti di partecipazione alla gara.

A maggior dimostrazione del possesso del requisito tale società ha anche prodotto la documentazione attestante lo svolgimento di analogo servizio in favore della Asrem di Campobasso, precisando di disporre della certificazione UNI EN ISO 9001 anche relativamente all'attività di sterilizzazione della materasseria antidecubito.

Ne consegue che non è ravvisabile alcuna falsa dichiarazione da parte delle Hospital Service.

Le doglianze sollevate in primo grado e riproposte in appello ai sensi dell'art. 101 comma 2 c.p.a. vanno dunque respinte.

23. - Ne consegue che non sussiste in capo a Medical Center alcun interesse – neppure di tipo strumentale – a dolersi dell'ammissione alla gara del RTI Betafin, in quanto dall'ipotetico accoglimento delle doglianze non ricaverebbe alcuna utilità, atteso che la ripetizione della gara presuppone l'esclusione di tutte le concorrenti, mentre, nel caso di specie, è stata accertata quantomeno la legittimità della partecipazione di Hospital Service.

Pertanto, le doglianze proposte da Medical Service nei confronti del provvedimento di ammissione del raggruppamento Betafin devono dichiararsi inammissibili.

24. - Seguendo l'ordine di trattazione in precedenza indicato, deve essere ora esaminato l'appello incidentale proposto da Hospital Service avverso il capo di sentenza che ha dichiarato inammissibile il suo ricorso incidentale proposto nei confronti del provvedimento di ammissione alla gara del RTI Betafin.

Con tale atto Hospital Service ha rilevato che sussisterebbe per tale raggruppamento il medesimo motivo di esclusione già dedotto nei confronti di Medical Service, e cioè la mancata iscrizione presso il Registro delle Imprese della competente CCIAA per le attività corrispondenti al servizio oggetto di gara.

Per quanto concerne Betafin dal certificato camerale risulta che è abilitata, come Medical Service, esclusivamente all'attività di commercio all'ingrosso di articoli medicali (Codice Ateco 46.46.3), attività non corrispondente a quella oggetto del servizio da appaltare.

Ha poi rilevato che, ai sensi dell'art. 11, comma 2 del Disciplinare di gara "Nel caso di partecipazione alla gara di concorrenti con idoneità plurisoggettiva e di consorzi:

a) i requisiti di ordine generale di cui alla lettera A e i requisiti di idoneità professionale di cui alla lettera B devono essere posseduti da ciascun soggetto partecipante al raggruppamento o, in caso di Consorzio, da tutti i consorziati che partecipano alla gara".

Pertanto, nel caso del RTI Betafin, tutte e due le società facenti parti del raggruppamento (e cioè Betafin e Lavit) avrebbero dovuto possedere i requisiti professionali per essere ammesse alla gara: la carenza del requisito relativo all'iscrizione camerale per la Betafin comporterebbe l'esclusione dell'intero raggruppamento.

25. - Il TAR, come già ricordato, ha ritenuto inammissibile il ricorso incidentale proposto da Hospital Service nei confronti del provvedimento di ammissione del raggruppamento Betafin.

Il primo giudice ha statuito sul punto nel paragrafo 5.3 rilevando 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”.

Nel successivo paragrafo 5.3.1. ha poi rilevato che:

“Peraltro, anche a voler qualificare come ricorso autonomo, per tale parte, il predetto rimedio incidentale, lo stesso risulterebbe comunque irricevibile” ritenendo che il termine per l’impugnazione decorresse dalla piena conoscenza conseguita nella seduta del 6 giugno 2017.

Nel dispositivo della sentenza ha quindi dichiarato inammissibile tale ricorso incidentale.

25. - Nella memoria dell’8 novembre 2017 le società Betafin e Service Med, partecipanti come mandataria e mandante al raggruppamento, hanno eccepito l’omessa impugnazione, da parte dell’appellante incidentale, del capo 5.3 della sentenza di primo grado che ha deciso nel senso dell’inammissibilità del ricorso incidentale, determinando in questo modo il passaggio in giudicato di tale

declaratoria e dunque l'incontestabilità della loro ammissione alla procedura di gara.

La società Hospital Service ha invece replicato di aver impugnato anche tale capo di sentenza.

26. - Sebbene Hospital Service abbia formalmente richiamato anche il capo di sentenza di cui al §5.3 nel proprio atto di appello, non ha proposto alcuna censura avverso tale statuizione, avendo rivolto le proprie doglianze esclusivamente nei confronti del capo successivo (§5.3.1.).

In tale capo di sentenza, infatti, il primo giudice aveva ritenuto inammissibile tale ricorso sottolineando che nei confronti del RTI Betafin l'interesse all'impugnazione dell'atto di ammissione non era sorto dalla notifica del ricorso principale (come nel caso di Medical Center) e che quindi "incombeva [per Hospital Center] l'onere, rimasto inadempito, di tempestiva impugnazione sin dal momento della piena conoscenza della relativa ammissione alle successive fasi di gara".

Nel paragrafo successivo il TAR si è occupato, invece, della possibile riqualificazione come azione autonoma dell'azione proposta in via incidentale, ritenendola comunque irricevibile: nel dispositivo, però, ha però dichiarato inammissibile, e non irricevibile, il ricorso incidentale.

Da ciò deriva che il TAR, pur avendo valutato la tesi di Hospital Service diretta a sostenere la natura autonoma del ricorso incidentale proposto contro il RTI Betafin, ritenendo irricevibile il ricorso, al momento della decisione ha però correttamente statuito nel senso dell'inammissibilità dell'azione, ritenendo non compatibile con tale mezzo l'impugnazione dell'ammissione alla gara di un concorrente differente dal ricorrente principale.

La pronuncia finale, infatti, è nel senso dell'inammissibilità e non dell'irricevibilità del ricorso incidentale proposto nei confronti del RTI Betafin.

Tale circostanza è stata, infatti, sottolineata anche da questa Sezione in sede cautelare con l'ordinanza di rigetto n. 4958/2017, nella quale si afferma che “quanto all'appello incidentale le ragioni della sentenza appellata per ritenere inammissibile il ricorso incidentale nella parte in cui impugna l'ammissione delle altre controinteressate possono essere allo stato confermate, e non convince la possibilità di qualificare tale ricorso come (incidentale) autonomo, essendo proposto nell'ambito del giudizio instaurato da un soggetto diverso da quello verso cui è diretto detto ricorso (...)”.

Questo principio è pienamente condiviso dal Collegio, in quanto il ricorso incidentale così come delineato dall'art. 42 c.p.a., assolve alla funzione di garantire alla parte resistente la conservazione dell'assetto degli interessi realizzato dall'atto impugnato in via principale.

L'interesse a ricorrere sorge solo a seguito della proposizione del ricorso principale, il che comporta la sua accessorietà rispetto al ricorso principale.

Oggetto del ricorso incidentale può essere o lo stesso provvedimento impugnato dal ricorrente principale (per far valere altri vizi) o anche atti diversi, purchè siano connessi con l'atto impugnato in via principale da un rapporto di sopraordinazione o di presupposizione, quando la caducazione di tali atti sia idonea a precludere l'accoglimento del ricorso principale.

Il ricorso incidentale, quindi, presenta natura difensiva rispetto all'impugnazione principale.

Nel caso di specie, invece, l'impugnazione dell'ammissione del RTI Betafin si presenta del tutto sganciata dall'impugnazione principale, in quanto riguarda un soggetto diverso partecipante alla stessa gara: l'atto non ha natura “difensiva”, ma “offensiva” nei confronti della posizione giuridica di un terzo.

L'unico punto di connessione tra le due impugnazioni è costituito dalle comunanza delle doglianze, ma ciò non abilita la parte ad utilizzare tale strumento al di fuori dei limiti consentiti dal codice del processo amministrativo.

Pertanto, l'ammissione del RTI Betafin avrebbe dovuto essere impugnata con un ricorso autonomo che avrebbe dato origine ad un distinto procedimento giurisdizionale, non essendo possibile la commistione di due azioni diverse all'interno del medesimo atto.

Da ciò consegue la correttezza della decisione di inammissibilità emessa in primo grado.

Venendo all'appello, occorre rilevare che la statuizione del primo giudice sull'inammissibilità del ricorso incidentale è coperta da giudicato, in quanto non ha costituito oggetto di una rituale impugnazione ai sensi dell'art. 101, comma 1, c.p.a., poiché Hospital Service - pur avendo richiamato il paragrafo 5.3 della sentenza nel ricorso in appello -, non ha però dedotto avverso di esso alcuna censura, essendosi limitata a contestare la sola tardività del ricorso incidentale, questione che non sostiene la decisione del giudice di primo grado in relazione al punto controverso.

Può quindi richiamarsi il costante orientamento della giurisprudenza secondo cui, in base alla previsione dell'art. 101, comma 1, c.p.a., il ricorso in appello deve contenere specifiche censure contro i capi della sentenza gravata (cfr., tra le tante, Cons. Stato Sez. VI, 05-04-2017, n. 1589) a pena di inammissibilità.

L'inammissibilità dell'appello comporta la formazione del giudicato sull'inammissibilità del ricorso incidentale e rende, quindi, incontestabile l'ammissione alla gara del raggruppamento Betafin, dovendosi ribadire – comunque - l'inammissibilità del ricorso incidentale proposto in primo grado nei confronti del RTI Betafin.

27. - In conclusione, l'appello principale va respinto e va quindi confermata la sentenza del TAR che ha accolto il ricorso incidentale proposto da Hospital Service avverso l'ammissione di Medical Center; va dichiarato inammissibile l'appello incidentale proposto da Hospital Service nei confronti del RTI Betafin e, per l'effetto, va confermata la sentenza di primo grado che ha dichiarato inammissibile il ricorso incidentale avverso l'ammissione alla gara di tale raggruppamento.

28. - Tenuto conto della complessità della controversia sussistono giusti motivi per disporre la compensazione delle spese relative al grado di appello.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, così dispone:

- respinge l'appello principale proposto da Medical Center e, per l'effetto, conferma la sentenza di primo grado nella parte in cui ha accolto il ricorso incidentale proposto da Hospital Service avverso l'ammissione di Medical Center;
- dichiara inammissibile l'appello incidentale proposto da Hospital Service nei confronti del RTI Betafin e, per l'effetto, conferma la sentenza di primo grado che ha dichiarato inammissibile il ricorso incidentale avverso l'ammissione alla gara di tale raggruppamento.
- compensa tra le parti le spese del grado di appello.

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

Così deciso in Roma nelle camere di consiglio dei giorni 8 febbraio e 22 marzo 2018 con l'intervento dei magistrati:

Lanfranco Balucani, Presidente

Umberto Realfonzo, Consigliere

Lydia Ada Orsola Spiezia, Consigliere

Stefania Santoleri, Consigliere, Estensore

Giorgio Calderoni, Consigliere

L'ESTENSORE
Stefania Santoleri

IL PRESIDENTE
Lanfranco Balucani

IL SEGRETARIO

LAVORIPUBBLICI.IT