

I contorni applicativi del ricorso incidentale alla luce del nuovo rito super accelerato

di Alessandro Costa

Data di pubblicazione: 13-9-2018

Il fine della riforma è quello di evitare il proliferare di ricorsi incidentali plurimi e incrociati... 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 risulta così incompatibile con l'attivazione di ricorsi incidentali escludenti di fatto elusivi dei termini imposti dal legislatore.

L'espressa menzione nell'art. 120 comma 2 bis c.p.a. del ricorso incidentale, in uno all'esigenza di concentrazione in un unico giudizio di tutte le questioni attinenti alla fase di ammissione ed esclusione dei concorrenti, porta a ritenere che la portata del rimedio processuale del ricorso incidentale risulti ancora ammissibile nella materia appalti e connessa all'interesse che sorge in dipendenza della domanda proposta in via principale.

Consiglio di Stato sez. V 23 agosto 2018 n. 5036

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 979 del 2018, proposto da

Consorzio CMG Ambiente Trasporti e Sanità, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Luca Tozzi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Napoli, via Toledo, 323;

contro

ANM - Azienda Napoletana Mobilità s.p.a., non costituita in giudizio;
Consorzio Stabile Europeo Multiservice, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Lorenzo Lentini, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Alfredo Placidi in Roma, via Barnaba Tortolini, 30;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania (Sezione Quarta) n. 703/2018, resa tra le parti

FATTO

1.- Con atto notificato nei tempi e nelle forme di rito, il Consorzio CMG Ambiente Trasporti e Sanità, come in atti rappresentato e difeso, proponeva appello avverso la sentenza n. 703/2018, distinta in epigrafe, con la quale il Tribunale amministrativo per la Campania, Napoli aveva, per un verso, relativamente alla procedura evidenziale indetta dalla Azienda Napoletana Mobilità s.p.a. per l'affidamento triennale di un appalto *multiservice* avente ad oggetto immobili, veicoli e servizi logistici, accolto solo in parte il proprio ricorso nei confronti dell'ammissione del concorrente Consorzio Stabile Europeo Multiservice e, per altro verso, contestualmente accolto il ricorso incidentale proposto da quest'ultima, per l'effetto disponendo l'estromissione di entrambi dalla gara.

2.- A sostegno del gravame premetteva:

a) che, nella qualità di consorzio stabile ex art. 45 comma 2, lett. c), d.lgs. n. 50 del 2016 operante, tra gli altri, nel settore degli appalti pubblici di pulizie, aveva preso parte alla procedura aperta indetta, con bando pubblicato in data 20 settembre 2017, da ANM S.p.a. per l'affidamento, con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, dell'appalto di pulizie *multiservice*, relativo ad immobili, veicoli e servizi logistici, per la durata di 36 mesi, con opzione di rinnovo annuale;

b) che, ammessa al prosieguo delle operazioni di gara insieme al concorrente e interessato Consorzio CEM, con nota prot. n. 1028/is del 29 novembre 2017 (resa a riscontro di analoga comunicazione del Consorzio CEM, che ne richiedeva a sua volta l'estromissione) aveva rappresentato che il ridetto Consorzio dovesse essere escluso, a causa della carenza dei requisiti di moralità professionale ex art. 80, comma 5, lett. c) d.lgs. n. 50 del 2016;

c) che, in difetto di riscontro, con ricorso ex art. 120, comma 2 *bis* Cod. proc. amm., notificato il 7 dicembre 2017, aveva impugnato il provvedimento di ammissione del Consorzio CEM, il

quale – a sua volta – con ricorso incidentale notificato in data 3 dicembre 2017 – aveva invocato la propria estromissione;

d) che, con sentenza n. 703/2018, il Tribunale amministrativo aveva: 1) accolto il ricorso principale, peraltro nei limiti del prospettico riesame motivato del provvedimento di ammissione del Consorzio CEM, in ordine alla rilevanza di precedente revoca di aggiudicazione, disposta in suo danno dal Comune di Mugnano; 2) accolto, altresì, il ricorso incidentale, disponendo la propria estromissione per carenza del dedotto requisito soggettivo di qualificazione e per invalidità dell'allegato contratto di avvalimento.

3.- Sulle esposte premesse, impugnava la ridetta statuizione, lamentando, con plurimo mezzo:

a) che erroneamente il primo giudice aveva ritenuto, rigettando l'eccezione e riconoscendo d'ufficio la scusabilità dell'errore, la tempestività del ricorso incidentale, proposto oltre il termine di trenta giorni dalla data del provvedimento di ammissione e dal perfezionamento dell'accesso;

b) che erroneamente, in accoglimento del ricorso, era stata ritenuta, a suo carico, la carenza dei requisiti di qualificazione come consorzio stabile e l'inidoneità, per genericità, dell'avvalimento: palesandosi il ricorso incidentale inammissibile e infondato;

c) che erroneamente il primo giudice, pur avendo accolto le proprie doglianze, aveva respinto, perché senza idoneo supporto probatorio, 'allegazione della ricorrenza, in danno della controparte, di autonoma causa di esclusione, per violazione delle norme di contrattazione collettiva e mancato pagamento delle retribuzioni dei dipendenti.

4.- Si costituiva in giudizio il Consorzio CEM, che resisteva al gravame e, con distinto atto, proponeva ricorso incidentale, che censurava l'accoglimento del ricorso principale di prime cure.

L'Azienda Napoletana Mobilità s.p.a., ritualmente intimata, non si costituiva in giudizio.

5.- Nel contraddittorio delle parti, alla pubblica udienza del 10 maggio 2018 la causa veniva riservata per la decisione.

DIRITTO

1.- L'appello principale è, nei sensi delle considerazioni e delle precisazioni che seguono, infondato. Parimenti infondato è l'appello incidentale. Entrambi vanno respinti.

2.- Con il primo motivo di doglianza (che, per questo profilo, si salda con il secondo motivo dell'appello incidentale, da esaminare congiuntamente), l'appellante lamenta che la sentenza abbia ritenuto ricevibile, sia pure per errore scusabile, il ricorso incidentale di prime cure, con il quale il Consorzio CEM aveva contestato la sua ammissione alla procedura: il gravame era

stato, invero, notificato solo in data 3 gennaio 2018 e, cioè, oltre il termine di trenta giorni dalla data di pubblicazione del verbale di ammissione del Consorzio appellante al prosieguo delle operazioni di gara (7 novembre 2017), tanto più che, alla data del 17 novembre 2017, la ricorrente incidentale aveva già perfezionato l'accesso documentale e, dunque, ben avrebbe potuto rispettare gli stringenti termini di legge.

Reciprocamente, l'appellante incidentale impugna il medesimo capo della sentenza, nella parte in cui non ha riconosciuto la tempestività del ricorso, ritenendo fosse necessario riconoscere la scusabilità dell'errore.

2.1.- Occorre circoscrivere i termini della *thema decidendum* prospettato con gli incrociati gravami.

Va anzitutto evidenziato che la sentenza impugnata, all'esito di una accurata ed argomentata disamina della problematica dei termini per proporre ricorso incidentale (improprio e *ad excludendum*) nel contesto del rito superaccelerato dell'art. 120, comma 2-*bis*, Cod. proc. amm.:

a) ha richiamato giurisprudenza dello stesso giudice, per cui il termine perentorio di trenta giorni decorre non già della "ricevuta notificazione del ricorso principale" (giusta la regola generale codificata all'art. 42, comma 1, Cod. proc. amm.), ma dalla pubblicazione, nelle forme legali, del provvedimento lesivo (alla stessa stregua del ricorso principale);

b) ha preso atto di una sopravvenuta decisione della III Sezione del Consiglio di Stato (10 novembre 2017, n. 5182), che –in riforma del precedente del Tribunale amministrativo della Campania, Napoli, n. 3226 del 13 giugno 2017) – aveva affermato l'opposto principio, inteso a ribadire la piena operatività, anche nel procedimento dell'articolo 120, comma 2-*bis*, dei meccanismi processuali ordinari, ai sensi dell'articolo 42, sulla proposizione del ricorso incidentale, inclusa la scansione dei termini procedurali.;

c) ha, nondimeno, chiarito (non essendo vincolata allo statuito principio di diritto) che il richiamato orientamento del Consiglio di Stato non meritasse condivisione, ribadendo l'opposta interpretazione;

d) ha, peraltro, vista la oscillazione giurisprudenziale, escluso la consequenziale declaratoria di irricevibilità, riconoscendo i presupposti di scusabilità dell'errore e riconoscendo, d'ufficio (ex art. 37 Cod. proc. amm.) il beneficio della rimessione in termini.

2.2.- In siffatto contesto, l'appello principale lamenta:

a) che avrebbe errato la sentenza a riconoscere la sussistenza dei presupposti per la scusabilità dell'errore: a fronte di un orientamento sufficientemente consolidato e storicamente risalente nella giurisprudenza di primo grado, noto agli operatori di settore, un solo precedente del Consiglio di Stato non sarebbe stato idoneo, per il carattere isolato, a prefigurare la "oscillazione giurisprudenziale" suscettibile di determinare "oggettive ragioni di incertezza" sull'esatta interpretazione della norma processuale (art. 37 Cod. proc. amm.);

b) in ogni caso, a fronte della pedissequa “scusabilità” dell’errore, una doverosa prudenza avrebbe imposto – in un contesto nel quale la parte era consapevole del quadro fattuale e normativo, tanto da averne fatto oggetto di diffida stragiudiziale, in data 21 novembre 2017 – di non frapporre indugi nel notificare il gravame: dovendosi, con ciò, assumere tale condotta negligente in termini di contraddizione con la riconosciuta “scusabilità”, che – per definizione – postula la “non imputabilità” dell’errore;

c) il richiamato precedente del Consiglio di Stato non era pertinente alla specie, perché riferito solo all’ipotesi del ricorso incidentale c.d. escludente, di cui qui – stante la obiettiva presenza in gara di altri operatori, i cui requisiti di qualificazione non erano in contestazione – non ricorrevano i presupposti, e difettava il requisito dell’interesse strumentale alla riedizione della gara: il primo giudice insomma avrebbe convertito un (tardivo) ricorso incidentale improprio in un ricorso principale autonomo, senza preventivo vaglio di ammissibilità sull’interesse (che, in concreto, mancava, trattandosi di concorrente comunque escluso dalla procedura);

d) allora il ricorso incidentale, proposto nel contesto del rito dell’art. 120, comma 2-*bis*, non potrebbe avere di suo carattere escludente (perché idoneo a paralizzare la partecipazione alla gara): perciò avrebbe potuto essere valutato solo se tempestivo.

2.3.- Fino a questo punto – avuto, cioè, riguardo alle doglianze principali – appare evidente che la questione dei tempi per proporre il ricorso incidentale nel rito dell’ art.

120, comma-2 *bis* esula dal *thema decidendum* (la soccombenza dell’appellante, legittimante l’interesse all’appello, discende solo dalla dedotta violazione dell’art. 37 Cod. proc. amm., essendo stata condivisa l’eccezione di irricevibilità del ricorso incidentale di prime cure, proposto dalla controinteressata).

2.4.- Sennonché, con il secondo motivo dell’appello incidentale, quest’ultima ha contestato la sentenza, nella parte in cui aveva ritenuto – disattendendo il precedente del Consiglio di Stato – la *formale* irricevibilità del proprio gravame, recuperandone l’ammissibilità solo in virtù del riconoscimento del beneficio remissorio.

Perciò la censura – bene devoluta al giudice d’appello e non in modo meramente ripositivo ex art. 101, comma 2, Cod. proc. amm., perché rinveniente da parte del tutto vittoriosa nel merito su doglianza non assorbita: cfr. Cons. Stato, V, 12 marzo 2018, n. 1543) si innesta su appello incidentale, che appare *proprio* perché indirizzato, allo scopo di conservare l’esito favorevole della decisione, sul medesimo capo impugnato in via principale.

Se ne impone, per tal via, la prioritaria e pregiudiziale disamina. Questa impone al Collegio la valutazione della questione del ricorso incidentale nel rito specialissimo dell’art. 120, comma 2-*bis*.

2.5.- Il Collegio condivide la sentenza impugnata nella parte in cui affermato che il termine (di trenta giorni) per la proposizione del ricorso incidentale, da parte del concorrente che, nel quadro del rito di cui all’art. 120, comma 2-*bis* Cod. proc. amm., ha subito in prevenzione l’impugnazione di altro concorrente della propria ammissione al prosieguo della gara (e che intenda far valere l’estromissione del concorrente principale) decorra non – come nella

fattispecie del ricorso incidentale *ordinario* di cui all'art. 42 Cod. proc. amm. - dalla ricevuta notifica del ricorso principale (che, nella ipotesi generale, attiva e fa insorgere l'interesse ad agire), ma dalla conoscenza, nelle forme legali, dell'avvenuta ammissione del ricorrente principale.

La conclusione – che si discosta dal precedente di Cons. Stato, III, n. 5182/2017, che non appare meritevole di essere condivisa – conferma la riflessione della dottrina che ha messo in luce le implicazioni, sul piano operativo, del rito superaccelerato sul regime del c.d. ricorso incidentale escludente.

In particolare, la presunzione assoluta di insorgenza immediata dell'interesse a ricorrere, che discende dall'onere di immediata impugnazione dell'art. 120, comma 2-*bis*, di suo conduce non solo alla successiva non configurabilità di un ricorso incidentale escludente a valle dell'impugnazione principale dell'aggiudicazione, com'è testualmente detto allo stesso comma 2 *bis*, penultimo periodo («*L'omessa impugnazione preclude la facoltà di far valere l'illegittimità derivata dei successivi atti delle procedure di affidamento, anche con ricorso incidentale*»); ma anche alla non configurabilità di analogo strumento, in senso proprio, come risposta a un ricorso immediato avverso l'altrui ammissione proposto in base al comma 2-*bis*, primo periodo, seconda parte.

Infatti, l'interesse a proporre un ricorso incidentale sorge soltanto per effetto dell'avvenuta proposizione del ricorso principale (art. 42, comma 1, Cod. proc. amm.: «*Le parti resistenti e i controinteressati possono proporre domande il cui interesse sorge in dipendenza della domanda proposta in via principale, a mezzo di ricorso incidentale*»).

Qui la presunzione assoluta e generalizzata di interesse a ricorrere per tutti i concorrenti anticipa figurativamente questa insorgenza dell'interesse a ricorrere “escludente” al momento ufficiale della conoscenza di quell'ammissione.

Sicché la medesima ragione che preclude una reiterazione nel tempo dell'interesse a ricorrere, che si è vista per il primo ricorso, preclude una reiterazione per quello che altrimenti sarebbe un ricorso incidentale. Anche per l'impresa di cui si contesta la legittimazione alla gara opera da subito la presunzione di interesse a contestare in giudizio l'ammissione dell'impresa che muove questa contestazione. In forza della presunzione, simile, simmetrico e simultaneo è il loro interesse alla reciproca esclusione: e questo, per virtuale che sia, tiene ormai luogo di ogni altra effettiva, successiva insorgenza di utilità a quei medesimi riguardi.

In termini pratici segue che l'impresa che immagina un'altrui contestazione della propria legittimazione alla gara dispone, per muovere una simmetrica contestazione in giustizia, dello stesso termine di trenta giorni per ricorrere e dal medesimo *dies a quo*. E il suo – se segue l'altro - non sarà comunque un ricorso incidentale, *ma un ricorso formalmente autonomo*: anche se, appunto, in risposta a un ricorso senza il quale non lo avrebbe mosso e comunque a quello stesso connesso.

2.6.- Le conclusioni che precedono hanno trovato puntuale conferma nella sentenza Cons. Stato, Ad. plen., 26 aprile 2018, n. 4, la quale ha chiarito:

a) che l'omessa attivazione del rimedio processuale entro il termine di trenta giorni preclude al concorrente non solo la possibilità di dedurre le relative censure in sede di impugnazione della successiva aggiudicazione, *ma anche di paralizzare, mediante lo strumento del ricorso incidentale, il gravame principale proposto da altro partecipante avverso la sua ammissione alla procedura;*

b) che una diversa lettura non potrebbe trarre contrario argomento dal comma 6-bis dell'art. 120 cit. («*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*») che, nel contemplare espressamente la possibilità di proporre ricorsi incidentali, potrebbe far propendere, a 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. Invero, in senso contrario, va osservato che detta disposizione si riferisce, in realtà, 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): 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*. Per tal via si violerebbe il comma 2-bis e la *ratio* sottesa al nuovo rito specialissimo che, come sottolineato in sede consultiva 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)”*.

Da quanto sopra si trae conferma che, nella situazione in esame, il ricorso è “incidentale” solo per ragioni formali (*id est*, perché proposto per secondo, nel contesto di un processo già iniziato da altri), restando, invece, sostanzialmente *autonomo* (e cioè, *si paret*, *incidentale improprio*).

2.7.- Le esposte ragioni inducono a condividere, *in parte qua*, la sentenza impugnata e a respingere il secondo motivo dell'odierno appello incidentale.

2.8.- Va, di conseguenza, esaminato il primo motivo dell'appello principale, il quale – come chiarito – assume criticamente ad oggetto il riconoscimento dei presupposti dell'errore scusabile.

2.9.- Il motivo non è fondato.

Pur nel quadro di una interpretazione doverosamente restrittiva dell'istituto eccezionale della rimessione in termini (che, se oggetto di troppo lata e discrezionale concessione, ridonderebbe in grave *vulnus* dell'equordinato principio della parità delle parti (art. 2, 1° comma, Cod. proc. amm.), sul versante del rispetto dei termini perentori stabiliti dall'ordinamento processuale: cfr. Cons. Stato, VI, 23 gennaio 2013, n. 394, sulla scia di Id., Ad. plen., 2 dicembre 2010, n. 3) la pronuncia della III Sezione del Consiglio di Stato, intervenuta in pendenza dei termini per la proposizione del ricorso, era di suo idonea, per provenienza ed autorevolezza, a ingenerare – a fronte del difforme orientamento ad allora maturato, che aveva motivatamente riformato –

una obiettiva “incertezza”, non imputabile alla parte, sull’esatta portata della norma processuale.

Non rileva che si trattasse, come aggiunge l’appellante, di un “unico” (e, come tale, pretesamente insufficiente) precedente. Si trattava, in effetti, della prima occasione in cui il Consiglio di Stato aveva vagliato *funditus* la questione e, di conserva, della prima sua espressa pronunzia in materia, cui – per comune intendimento – non poteva che conferirsi il senso di un significativo impatto sulla giurisprudenza di prime cure. Ciò in ragione della attitudine nomofilattica, voluta dall’ordinamento, delle statuizioni del Consiglio di Stato, essenziale ai fini generali della sicurezza giuridica – che è bene di cui non è dato al singolo giudice disporre a sola difesa dei propri precedenti opinamenti - idonea ad adeguatamente orientare, per la necessaria prevedibilità del diritto, la prassi degli operatori di settore.

Bene dunque il primo giudice – pur dissentendo sulla portata della ridetta pronunzia – ha quanto meno riconosciuto (d’ufficio: ex art. 37 Cod. proc. amm.) la rimessione in termini.

Va, perciò, respinto – unitamente al secondo motivo dell’appello incidentale – anche il primo motivo dell’appello principale.

3.- Occorre, a questo punto, esaminare il secondo motivo dell’appello principale, con il quale – per violazioni di legge ed eccesso di potere – il Consorzio CMG si duole che, recependo le censure formulate dalla controinteressata con il ricorso incidentale di prime cure, il giudice abbia ritenuto a proprio carico: a) il mancato possesso dei requisiti per la qualificazione come consorzio stabile ex art. 45 comma 1 lett. c) d. lgs. N. 50 del 2016; b) l’inidoneità, per asserita genericità, del contratto di avvalimento stipulato con la ditta ausiliaria (Shining s.r.l.).

3.1 – Va premesso che la sentenza ha ritenuto inesistenti “*in capo al consorzio ricorrente principale CGM i requisiti strutturali e funzionali tipici della categoria tipologica qui in rilievo*”.

La conclusione è discesa dalla premessa per cui la giurisprudenza ritiene elemento essenziale per attribuire al consorzio la qualifica di consorzio stabile il c.d. elemento teleologico, ossia l’astratta idoneità del consorzio, esplicitamente consacrata nello statuto consortile, di operare con un’autonoma struttura di impresa, capace di eseguire, anche in proprio, ovvero senza l’ausilio necessario delle strutture imprenditoriali delle consorziate, le presentazioni previste nel contratto (ferma restando la facoltà per il consorzio, che abbia tale struttura, di eseguire le prestazioni, nei limiti consentiti, attraverso le consorziate) (cfr. Cons. Stato, V, 2 maggio 2017 n. 1984).

Il riferimento aggiuntivo del Codice dei contratti pubblici alla «*comune struttura di impresa*» ha portato a concludere che costituisce predicato indefettibile di tali soggetti l’esistenza di un’azienda consortile, nel senso privatistico di «*complesso dei beni organizzati dall’imprenditore per l’esercizio dell’impresa*».

Di contro, qui la piana lettura dell’atto costitutivo e dello statuto allegato non avevano fatto emergere un detto, qualificante elemento, cioè lo scopo e la stessa obiettiva attitudine ad operare nel settore degli appalti pubblici con autonoma struttura ad impresa, capace di

eseguire anche in proprio le prestazioni previste nel contratto.

L'art. 4 dello statuto, in particolare, nell'elencare le attività consorziali faceva sempre ed esclusivamente riferimento ad attività svolte "*per conto delle consorziate*". Nemmeno, sul piano fattuale (e dunque indipendentemente dai dati statutari), la odierna appellante avrebbe dimostrato l'esistenza di un'azienda consorziale con le ridette caratteristiche.

Da ciò, la ritenuta illegittimità della disposta ammissione alla gara del consorzio (che aveva chiesto, nella relativa domanda, di partecipare in proprio e come soggetto distinto dalle imprese consorziate): considerazione cui andava ad aggiungersi l'omessa dichiarazione in ordine al possesso dei requisiti da ritenersi esigibili in capo a tutte le consorziate (art. 80 d.lgs. n. 50 del 2016) e la non rispondenza al vero della dichiarazione di stabilità, in violazione degli artt. 45 e 80 d.lgs. n. 50 del 2016.

3.2.- L'appellante contesta le conclusioni della sentenza, allegando documentazione dalla quale sarebbe dato indurre – di là dalla formale previsione statutaria – la concreta e fattuale operatività "in proprio" del consorzio, con assunzione di personale proprio, assunzione di servizi in proprio, esistenza di più di quattro soci costituenti, esistenza di una stabile organizzazione (uffici, conti correnti, personale. ecc.).

Egli lamenta, altresì, che anche se fossero mancati i requisiti per il riconoscimento della "stabilità", avrebbe dovuto essere riconosciuto (trattandosi pur sempre di consorzio "ordinario") il soccorso istruttorio (che il primo giudice aveva, per contro, negato, ritenendo si trattasse di vizio genetico, involgente la stessa identità del soggetto partecipante alla gara.

3.3.- Il motivo è inammissibile.

L'accoglimento della doglianza è accompagnata, nella sentenza impugnata (con passaggio motivazionale che integra non una *ratio decidendi*, ma un autonomo capo decisorio, trattandosi di distinta e concorrente ragione di esclusione, in forza dell'art. 80 d. lgs. n. 50 del 2016, espressamente richiamato), dal rilievo della illegittimità dell'ammissione del consorzio appellante per "*omessa dichiarazione in ordine al possesso dei requisiti da ritenersi esigibili in capo a tutte le consorziate*". Il capo in questione non è stato impugnato con "*specifiche censure*" (cfr. art. 101, comma 1 Cod. proc. amm.), di tal che la relativa acquiescenza (cfr. art. 329 Cod. proc. civ.) elide – trattandosi di autonoma ed autosufficiente ragione di esclusione – l'interesse alla disamina delle distinte ragioni di doglianza.

3.4.- Per questa considerazione, anche gli ulteriori motivi dell'appello principale – diretti a censurare la ritenuta inidoneità del contratto di avvalimento stipulato con la propria impresa ausiliaria e a lamentare l'omessa valorizzazione per difetto di prova, in danno della controinteressata, di autonoma causa di esclusione per inadempimenti relativi a distinti rapporti negoziali intrattenuti con pubbliche amministrazioni – va dichiarato inammissibile per carenza di interesse.

4.- Va, a questo punto, esaminato – trattandosi, per questo profilo, di appello incidentale improprio, la cui disamina non è condizionata alla sorte dell'appello principale (cfr. Cons.

Stato, III, 1° agosto 2017, n. 3873) – il primo motivo dell'appello del Consorzio CEM: che ha contestato la sentenza nella parte in cui ha disposto la sua estromissione dalla gara per violazione di un obbligo dichiarativo, connesso alla circostanza che esso Consorzio risultava destinatario di un atto (determinazione dirigenziale n. 331 del 13 maggio 2016 del Comune di Mugnano) di revoca della aggiudicazione precedentemente disposta in suo favore in altra gara, per mancata comprova dei requisiti dichiarati: circostanza in ordine alla quale – essendo gli imposti obblighi dichiarativi strumentali al doveroso apprezzamento della sussistenza di possibili illeciti professionali, in grado di incidere sull'utile partecipazione alla procedura – la stazione appaltante avrebbe dovuto effettuare i necessari riscontri e le opportune verifiche.

4.1.- L'appellante incidentale contesta la decisione, assumendo:

a) che la delibera del Comune di Mugnano aveva disposto la revoca per fatti sostanzialmente imputabili soggetto distinto (segnatamente al Consorzio COMIM che, nella gara in questione, rivestiva la posizione di mandante, mentre il CEM era mandatario della costituita ATI);

b) che, per tale ragione, il provvedimento di revoca avrebbe potuto assumere rilevanza ostativa solo in danno del COMIM, che aveva omesso di rendere le prescritte dichiarazioni, senza potersi estendere in danno del CEM, che era autonomo e distinto operatore economico;

c) che la sola contestazione che aveva investito direttamente il CEM era limitata ad una presunta omessa dichiarazione di un precedente giudiziario (peraltro, per abuso di utilizzo di un contrassegno per disabili) a carico del Sig. Pinto, Consigliere di una Consorziata del CEM (CIS), che non era designata per la esecuzione dell'appalto;

d) che l'omissione dichiarativa non rilevava in modo preclusivo sulla affidabilità ed integrità professionale e morale del Consorzio CEM;

e) che – per l'effetto – nessuna violazione di obbligo dichiarativo le avrebbe potuto essere imputata, né ai fini di cui all'art. 80, comma 5 lett. c), né a quelli di cui alla successiva lett. f);

f) che l'omessa dichiarazione (non dolosa) non avrebbe potuto legittimare l'esclusione (ciò che – del resto – aveva correttamente indotto il primo giudice a rinviare, in prospettiva conformativa, ogni onere valutativo alla stazione appaltante).

4.2.- Il motivo non può essere accolto.

In capo ai soggetti partecipanti alle gare sussiste il dovere di dichiarare tutte le vicende pregresse, concernenti fatti risolutivi, errori o altre negligenze, comunque rilevanti, occorse in precedenti rapporti contrattuali con pubbliche amministrazioni diverse dalla stazione appaltante, giacché tale dichiarazione attiene ai principi di lealtà e affidabilità contrattuale e professionale che presiedono ai rapporti tra partecipanti e stazione appaltante, senza che a costoro sia consentito scegliere quali delle dette vicende dichiarare sulla base di un soggettivo giudizio di gravità, competendo quest'ultimo soltanto all'amministrazione committente (cfr., tra le tante, Cons. Stato, V, 28 marzo 2018, n. 1935; Id., 15 dicembre 2016, n. 5210; Id., 4 ottobre 2016, n. 4108; Id. 26 luglio 2016, n. 3375; Id., 19 maggio 2016, n. 2106).

Del resto – conformi, sul punto, al riassunto principio – anche le linee Guida ANAC n. 6 sono inequivocabili nello statuire che *“la sussistenza delle cause di esclusione [...] deve essere autocertificata dagli operatori economici mediante utilizzo del DGUE. La dichiarazione sostitutiva ha ad oggetto tutti i provvedimenti astrattamente idonei a porre in dubbio l'integrità o l'affidabilità del concorrente, anche se non ancora inseriti nel casellario informatico. È infatti rimesso in via esclusiva alla stazione appaltante il giudizio in ordine alla rilevanza in concreto dei comportamenti accertati ai fini dell'esclusione. La falsa attestazione dell'insussistenza di situazioni astrattamente idonee a configurare la causa di esclusione in argomento e l'omissione della dichiarazione di situazioni successivamente accertate dalla stazione appaltante comportano l'applicazione dell'art. 80, comma 1, lett. f bis) del codice”*.

Il motivo deve, essere, in definitiva, disatteso.

5.- Dalle considerazioni che precedono, discende che deve dichiararsi in parte infondato e in parte inammissibile l'appello principale e deve essere integralmente respinto l'appello incidentale.

La complessità delle questioni trattate e la reciproca soccombenza giustificano l'integrale compensazione, tra le parti costituite, di spese e competenze di lite.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sugli appelli, come in epigrafe proposto, dichiara in parte inammissibile e in parte infondato l'appello principale e respinge l'appello incidentale.

Spese compensate.

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

Consiglio di Stato sez. V 27 marzo 2018 n. 1902

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.

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 ricorsa 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.

Guida alla lettura

Un tema di grande attualità involgente l'istituto del ricorso incidentale concerne l'applicabilità dello stesso all'interno del c.d. rito super accelerato in materia appalti e la corretta individuazione del *dies a quo* dal quale decorre il termine per la proposizione di siffatto ricorso.

Come è noto, infatti, l'introduzione del comma 2 *bis* all'interno del testo dell'art. 120 c.p.a. (secondo cui *"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-professionali, va impugnato nel termine di 30 giorni, decorrente dalla sua pubblicazione sul profilo del committente della stazione appaltante ai sensi dell'art. 29 comma 1 del Codice dei contratti pubblici... l'omessa impugnazione preclude la facoltà di far valere l'illegittimità derivata dei successivi atti delle procedure di affidamento anche con ricorso incidentale. È altresì inammissibile l'impugnazione della proposta di aggiudicazione, ove disposta, e degli altri atti endo-procedimentali privi di immediata lesività."*) ha costituito terreno fertile per un importante dibattito interpretativo.

A fronte del predetto dato normativo, una prima posizione sostiene l'inconfigurabilità non solo di un ricorso incidentale escludente a valle dell'impugnazione principale dell'aggiudicazione (come testualmente previsto dal citato comma 2 *bis*), ma anche di un ricorso incidentale quale strumento di risposta ad un ricorso immediato avverso l'altrui ammissione proposto in forza del predetto comma, attesa la presunzione assoluta di insorgenza immediata dell'interesse a ricorrere produce

In buona sostanza, l'interesse a proporre un ricorso incidentale sorge solo per effetto dell'avvenuta proposizione del ricorso principale, secondo quanto statuito dall'art. 42 comma 1 c.p.a. (*"le parti resistenti e i controinteressati possono proporre domande il cui interesse sorge in dipendenza della domanda proposta in via principale a mezzo di ricorso incidentale"*). Orbene, la presunzione assoluta e generalizzata di interesse a ricorrere per tutti i concorrenti, come da previsione di cui al comma 2 *bis* cit., anticipa l'insorgenza dell'interesse a ricorrere "escludente".

In termini l'Adunanza Plenaria 26 aprile 2018 n. 4 a parere della quale l'omessa attivazione del rimedio processuale nel termine di 30 giorni preclude al concorrente *"non solo la possibilità di dedurre le relative censure in sede di impugnazione della successiva aggiudicazione, ma anche di paralizzare mediante lo strumento del ricorso incidentale, il gravame principale proposto da altro partecipante avverso la sua ammissione alla procedura"*.

In posizione antitetica rispetto a quanto appena evidenziato, una differente tesi giurisprudenziale asserisce che il richiamo del comma 6 *bis* da parte del comma 2 *bis* rappresenta un indice dell'ammissibilità del ricorso incidentale anche nell'ambito del c.d. rito super accelerato.

Inoltre, la prevedibilità di un ricorso incidentale, quale formale impugnazione del medesimo provvedimento oggetto di impugnazione principale, risponde all'esigenza di concentrare in un unico giudizio tutte le questioni attinenti alla fase di ammissione ed esclusione del concorrente.

Tale secondo orientamento è suffragato da Consiglio di Stato sez. V 10 novembre 2017 n. 5182 il quale ha altresì rilevato come la corretta lettura del dato testuale del più volte citato art. 120 comma 2 *bis* porta a ritenere che la portata del rimedio processuale del ricorso incidentale debba considerarsi preclusa esclusivamente nei casi di deduzione in sede di impugnazione della successiva aggiudicazione delle censure relative alla fase di ammissione. *Ex adverso* la totale inammissibilità dello strumento in esame comporterebbe una chiara e grave compromissione delle facoltà di difesa della parte resistente, la quale, stante la contestazione della sua ammissione alla gara, non potrebbe in alcun modo paralizzare in via riconvenzionale, l'iniziativa avversaria.