

Publicato il 18/04/2019

N. 02534/2019REG.PROV.COLL.  
N. 08744/2018 REG.RIC.



**R E P U B B L I C A I T A L I A N A**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Consiglio di Stato**

**in sede giurisdizionale (Sezione Terza)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 8744 del 2018, proposto dalla Del Vecchio s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Antonio Parisi e Marcello Russo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia,

*contro*

l'Azienda Regionale Centrale Acquisti s.p.a. - Regione Lombardia, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Catia Carla Gatto, e con questa elettivamente domiciliata in Roma, Corso Vittorio Emanuele II, n. 229, presso lo studio dell'avvocato Giuliano M. Pompa,

l'Asst - Centro Specialistico Ortopedico Traumatologico Gaetano Pini, l'Asst Fatebenefratelli Sacco, l'Asst Grande Ospedale Metropolitano Niguarda, l'Asst Melegnano e della Martesana, l'Asst Santi Paolo e Carlo, la Fondazione Irccs Ca' Granda Ospedale

Maggiore Policlinico e l'Agenda di Tutela della Salute della Città Metropolitana di Milano, in persona dei rispettivi legali rappresentanti pro tempore, tutti non costituiti in giudizio, nonché

*nei confronti*

del Consorzio del Bo s.c.a.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Orazio Abbamonte e Maria Filosa, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia,

*per la riforma*

della sentenza del Tar Lombardia, sede di Milano, sez. IV, n. 1855 del 27 luglio 2018, che ha in parte respinto e in parte dichiarato inammissibile il ricorso proposto dalla società Del Vecchio avverso la propria esclusione dal lotto 1 della gara "ARCA\_2017\_041 Appalto specifico per l'affidamento del servizio di Manutenzione Impianti elevatori", disposta durante la seduta del 4 aprile 2018.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Azienda Regionale Centrale Acquisti s.p.a. - Regione Lombardia;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Consorzio del Bo s.c.a.r.l.;

Visto il ricorso incidentale, depositato dal Consorzio del Bo s.c.a.r.l. il 28 novembre 2018;

Vista la memoria depositata dalla Del Vecchio s.r.l. in data 27 febbraio 2019;

Vista la memoria depositata dalla Arca s.p.a. in data 21 novembre 2018;

Vista la memoria depositata dal Consorzio del Bo s.c.a.r.l. in data 23 novembre 2018;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 14 marzo 2019 il Cons. Giulia Ferrari e uditi altresì i difensori presenti delle parti in causa, come da verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO

1. L'Azienda Regionale Centrale Acquisti s.p.a. - Regione Lombardia (d'ora in poi, Arca) ha bandito una gara telematica suddivisa in cinque lotti. Il lotto 1 ha ad oggetto il servizio di Manutenzione Impianti elevatori a servizio dei presidi sanitari di ASST Centro Specialistico Ortopedico Traumatologico Gaetano Pini/Cto, ASST Fatebenefratelli Sacco, ASST Grande Ospedale Metropolitano Niguarda, ASST Melegnano e Della Martesana, ASST Santi Paolo e Carlo, Fondazione IRCSS Ca' Granda Ospedale Maggiore Policlinico e ATS della Città Metropolitana di Milano.

Nella seduta del 4 aprile 2018 la Commissione, procedendo in autotutela a seguito di ricorso (n. 585 del 2018) proposto dal Consorzio Del Bo s.c.ar.l. (d'ora in poi, Consorzio), ha escluso dalla gara l'aggiudicataria Del Vecchio s.r.l. per mancata indicazione, nell'offerta formulata, dei costi della manodopera ai sensi dell'art. 95, comma 10, d.lgs. n. 50 del 2016.

La Del Vecchio ha impugnato detta esclusione dinanzi al Tar Lombardia, sede di Milano, che – riuniti i ricorsi proposti dalla Del Vecchio e dal Consorzio – con sentenza della sez. IV, n. 1855 del 27 luglio 2018, ha in parte respinto e in parte dichiarato inammissibile il primo ricorso e ha dichiarato improcedibile il secondo ricorso.

3. La Del Vecchio ha impugnato la citata sentenza n. 1855 del 2018 con appello notificato 29 ottobre 2018 e depositato il 5 novembre 2018, deducendo l'illegittimità dell'esclusione.

4. Con ricorso incidentale, depositato il 28 novembre 2018, il Consorzio ha affermato che la Del Vecchio avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara non solo per non aver indicato il costo della manodopera (omissione che ha valenza formale e sostanziale), ma anche per ulteriori motivi, che erano stati dedotti nel ricorso n. 585 del 2018, dichiarato improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse con l'impugnata sentenza n. 1855 del 27 luglio 2018.

Il Consorzio ha quindi riproposto tali motivi, assorbiti dal giudice di primo grado, deducendo che la Del Vecchio avrebbe dovuto essere esclusa per aver modificato - in corso di gara e dietro richiesta della Commissione - la proposta originariamente formulata per uno dei parametri di valutazione ("Riduzione dei tempi di realizzazione delle etichette e sistemi di comunicazione (inferiore a 10 giorni)"; in subordine, se non l'esclusione, la Del Vecchio avrebbe comunque dovuto ricevere, per il parametro in questione, un punteggio pari a zero, corrispondente all'offerta iniziale, invece che cinque punti attribuiti dalla Commissione. Ove fosse stato correttamente attribuito il punteggio, il Consorzio si sarebbe aggiudicato la gara, essendosi questa conclusa con 4,33 punti di vantaggio della società Del Vecchio.

5. Si è costituita in giudizio l'Azienda Regionale Centrale Acquisti s.p.a. - Regione Lombardia, che ha sostenuto l'infondatezza, nel merito, dell'appello principale.

6. Il controinteressato Consorzio Del Bo, con memoria depositata il 28 novembre 2018 ha eccepito l'inammissibilità dell'appello per

omessa impugnazione dell'aggiudicazione medio tempore intervenuta. Nel merito ha sostenuto l'infondatezza dell'appello.

7. L'Asst - Centro Specialistico Ortopedico Traumatologico Gaetano Pini, l'Asst Fatebenefratelli Sacco, l'Asst Grande Ospedale Metropolitano Niguarda, l'Asst Melegnano e della Martesana, l'Asst Santi Paolo e Carlo, la Fondazione Irccs Ca' Granda Ospedale Maggiore Policlinico e l'Agenzia di Tutela della Salute della Città Metropolitana di Milano non si sono costituite in giudizio.

8. Alla camera di consiglio del 29 novembre 2018, su accordo delle parti l'esame dell'istanza di sospensione cautelare della sentenza del Tar Milano sez. IV, n. 1855 del 2018 è stata riunita al merito.

9. Alla pubblica udienza del 14 marzo 2019 la causa è stata trattenuta per la decisione.

## DIRITTO

1. Come esposto in narrativa, la Del Vecchio s.r.l. ha impugnato la sentenza della sez. IV, n. 1855 del 27 luglio 2018 del Tar Lombardia, sede di Milano, che – riuniti i ricorsi proposti dalla stessa Del Vecchio avverso la propria esclusione dalla gara e dal Consorzio del Bo s.c.ar.l. avverso l'originaria aggiudicazione della gara alla Del Vecchio (poi annullata in autotutela), ha in parte respinto e in parte dichiarato inammissibile il primo ricorso e ha dichiarato improcedibile il secondo. Il Consorzio ha proposto appello incidentale deducendo un ulteriore ragione che avrebbe dovuto portare all'esclusione della Del Vecchio, che si aggiunge a quella posta a base dell'annullamento dell'aggiudicazione.

2. Deve preliminarmente essere esaminata l'eccezione di inammissibilità dell'appello, sollevata dal controinteressato Consorzio Del Bo, sul rilievo che l'appellante Del Vecchio s.r.l. ha

impugnato in primo grado la propria esclusione dalla gara, disposta in data 9 aprile 2018, ma non anche la successiva aggiudicazione della stessa al Consorzio dell'1 agosto 2018.

L'eccezione è fondata.

E' principio consolidato nella giurisprudenza amministrativa che il concorrente che abbia impugnato gli atti della procedura di gara precedenti l'aggiudicazione – normalmente il provvedimento che ne ha disposto esclusione – è tenuto ad impugnare anche il provvedimento di aggiudicazione sopravvenuto nel corso del giudizio (Cons. Stato, sez. V, 16 luglio 2018, n. 4304; V, 28 luglio 2015, n. 3708; V, 4 giugno 2015, n. 2759, V, 9 marzo 2015, n. 1185; V, 17 maggio 2012, n. 2826) a pena di improcedibilità per sopravvenuta carenza di interesse. Ciò in ragione del carattere inoppugnabile del provvedimento finale, attributivo dell'utilitas all'aggiudicatario (Cons. Stato, sez. VI, 17 maggio 2006 n. 2846). Fermo restando, quindi, l'onere di impugnazione immediata dell'esclusione - quale atto endoprocedimentale di carattere direttamente ed autonomamente lesivo - rimane altresì fermo l'onere del concorrente escluso di estendere il gravame anche al provvedimento conclusivo del procedimento avviato con l'indizione della gara, ovverosia l'atto di approvazione della graduatoria finale. L'aggiudicazione al Consorzio è sopravvenuta alla conclusione del giudizio di primo grado e non è stata impugnata. Lo conferma la stessa Del Vecchio nella memoria del 27 febbraio 2019, affermando la non necessità dell'ulteriore gravame dal momento che tale aggiudicazione si porrebbe in rapporto di consequenzialità immediata, diretta e necessaria con l'esclusione, con la conseguenza che dall'accoglimento dell'appello principale, e dunque

dall'annullamento giurisdizionale del provvedimento di autotutela, deriverebbe l'effetto diretto della caducazione dell'aggiudicazione.

Le argomentazioni dell'appellante non sono condivisibili.

L'utilità finale che l'operatore economico intende conseguire attraverso il giudizio avverso gli atti della procedura di aggiudicazione è l'affidamento dell'appalto, quale che sia il provvedimento impugnato e, nel caso di atto diverso dall'aggiudicazione, quale che sia l'utilità strumentale immediatamente perseguita (nel caso, ad esempio, dell'impugnazione dell'esclusione è la riammissione alla procedura); passaggio necessario, a tal fine, è comunque l'eliminazione dell'aggiudicazione ad altro concorrente. Siccome, poi, tale eliminazione non consegue per caducazione automatica dall'annullamento di un atto prodromico in quanto i vizi di questo si riverberano sul provvedimento di aggiudicazione in via derivata, qualora il giudizio sia stato instaurato nei confronti di un atto della procedura che precede l'aggiudicazione, l'impugnazione di questa si rende necessaria per procurarsi l'utilità avuta di mira (Cons. St., sez. V, 4 febbraio 2019, n. 830; 16 luglio 2018, n. 4304).

Tale conclusione si estende anche al caso in esame in cui l'aggiudicazione della gara è stata disposta in conseguenza dell'esclusione dell'originaria aggiudicataria; anche in tale ipotesi, infatti, un'eventuale decisione di annullamento dell'esclusione non varrebbe a rimuovere anche l'aggiudicazione, che sarebbe affetta da un'invalidità ad effetto solo viziante e non caducante, e perciò non permetterebbe un reinserimento dell'escluso nella procedura, ormai esaurita ed inoppugnabile (Cons. St., sez. V, 28 luglio 2015, n. 3798).

3. Alla declaratoria di inammissibilità dell'appello principale consegue l'improcedibilità per sopravvenuta carenza di interesse dell'appello incidentale.

Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto dichiara: a) inammissibile l'appello principale; b) improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse l'appello incidentale.

Condanna l'appellante principale alla rifusione delle spese e degli onorari del giudizio, che liquida in € 2.000,00 a favore di ciascuna delle parti costituite.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 14 marzo 2019 con l'intervento dei magistrati:

Marco Lipari, Presidente

Pierfrancesco Ungari, Consigliere

Giovanni Pescatore, Consigliere

Giulia Ferrari, Consigliere, Estensore

Raffaello Sestini, Consigliere

**L'ESTENSORE**  
**Giulia Ferrari**

**IL PRESIDENTE**  
**Marco Lipari**

## IL SEGRETARIO