**N. 06642/2012REG.PROV.COLL.**

**N. 03648/2012 REG.RIC.**

****

**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 3648 del 2012, proposto da:  TEA s.r.l., rappresentata e difesa dall'avv. Luigi Nilo, con domicilio eletto presso lo studio Grez in Roma, corso Vittorio Emanuele II n. 18;

*contro*

Azienda sanitaria locale di Bari, rappresentata e difesa dall'avv. Gennaro Notarnicola, con domicilio eletto presso il dott. Alfredo Placidi in Roma, via Cosseria n. 2;

*nei confronti di*

Adiramef Group Tecnologie Avanzate s.r.l.;

*per la riforma*

della sentenza breve del T.A.R. PUGLIA - BARI: SEZIONE I n. 00579/2012, resa tra le parti, concernente affidamento servizi ingegneria clinica per la gestione e manutenzione delle apparecchiature biomediche

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Azienda sanitaria locale di Bari;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 7 dicembre 2012 il Cons. Angelica Dell'Utri e uditi per le parti gli avvocati Nilo e Notarnicola;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Con atto inoltrato per la notifica il 3 maggio 2012 e depositato il 7 seguente, T.E.A. s.r.l. ha premesso di essere stata aggiudicataria della gara indetta dall’ASL di Bari per l’affidamento di servizi di ingegneria clinica per la gestione e manutenzione di apparecchiature mediche, ma, su ricorso della concorrente (in a.t.i.) Prima Vera s.p.a., l’aggiudicazione è stata annullata dal TAR per la Puglia con sentenza n. 476 del 2011 confermata in appello con sentenza n. 4425 del 20111 della Sezione III, in quanto ella aveva prodotto una certificazione UNI EN ISO 9001:2000 (richiesta ai fini della partecipazione e per il dimezzamento della cauzione) scaduta al momento dell’aggiudicazione e della stipula del contratto. In sede di rinnovazione della procedura, l’Azienda per la prima volta assumeva e valutava (negativamente) per l’a.t.i. Prima Vera le “prove equivalenti” della dimostrazione del requisito della qualità, alternative all’anzidetta certificazione. Ella perciò chiedeva all’ASL che eguale valutazione fosse operata per la propria posizione, ma la sua richiesta era respinta nel rilievo che “è preclusa a Questa Stazione Appaltante la possibilità di adottare qualsivoglia provvedimento in contrasto con la pronuncia del Consiglio di Stato n. 4225/2011”. Di qui il suo ricorso al TAR per la Puglia, dichiarato inammissibile con l’appellata sentenza in forma semplificata 20 marzo 2012 n. 579. Ciò in quanto:

(a) l’atto di cui è chiesto l’annullamento “costituisce mero rifiuto di autotutela, come tale non autonomamente impugnabile”;

(b) T.E.A. “non ha impugnato il provvedimento di aggiudicazione definitiva alla Adiramef s.r.l., pur essendone a conoscenza (secondo quanto affermato nell’atto introduttivo del giudizio)”;

(c) “in ogni caso” la ricorrente “non potrebbe conseguire l’appalto di cui si controverte, poiché la sua estromissione è stata sancita con sentenza passata in giudicato in relazione all’accertato difetto di un requisito soggettivo di ammissione prescritto dal bando”.

A sostegno dell’appello T.E.A. ha poi dedotto:

1.- Sull’erroneità ed ingiustizia dell’impugnata sentenza per l’impossibilità di ritenere la nota ASL BA n. 1644 del 4.01.2012 un mero rifiuto di autotutela.

2.- Preliminarmente si intendono trascritti e riportati i vizi indicati nel ricorso di primo grado.

3.- Sull’erroneità ed ingiustizia dell’impugnata sentenza per mancata impugnazione del provvedimento di aggiudicazione definitiva.

4.- Sull’erroneità ed ingiustizia dell’impugnata sentenza per omissione di pronuncia e per l’impossibilità da parte di T.E.A. di conseguire l’appalto.

L’ASL di Bari si è costituita in giudizio ed ha svolto controdeduzioni in memoria, a cui T.E.A. ha replicato.

All’odierna udienza pubblica l’appello è stato introitato in decisione, previa trattazione orale.

Ciò posto, la Sezione osserva che basta a sorreggere la declaratoria di inammissibilità il rilievo del primo giudice di cui al punto (b) di cui sopra, giacché la mancata impugnazione dell’aggiudicazione, quindi il suo consolidamento in capo all’aggiudicataria, rende impossibile ogni effetto dell’eventuale annullamento del diniego di riesame – o, se si vuole, di nuova ed autonoma valutazione - della possibilità di utilizzare il criterio delle “prove equivalenti” ai fini, a seguito dell’eventuale esito positivo della stessa valutazione, dell’ammissione di T.E.A. alla gara di cui si controverte. In altri termini, senza la preventiva rimozione dell’aggiudicazione in favore di Adiramef Group Tecnologie Avanzate - che è “atto nuovo” conclusivo del rinnovato procedimento, ovviamente discendente dalla posizione in graduatoria della medesima -, mai l’aggiudicazione potrebbe essere pronunciata in favore di T.E.A., con la conseguenza che del tutto privo di vantaggio sarebbe l’annullamento del diniego; sicché proprio l’aggiudicazione in favore di terzi T.E.A. avrebbe dovuto tempestivamente impugnare, oltre al diniego, onde rimuovere tale ostacolo ed al fine di far valere l’ipotizzato vizio di disparità di trattamento, che necessariamente in essa ridonderebbe. In mancanza, non si vede come il ricorso di primo grado possa sfuggire alla declaratoria di inammissibilità.

Ne consegue la reiezione dell’appello.

Come di regola, le spese seguono la soccombenza nei confronti dell’Amministrazione appellata, nella misura liquidata in dispositivo, mentre non v’è luogo a provvedere con riguardo ad Adiramef Group Tecnologie Avanzate.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, respinge il medesimo appello.

Condanna l’appellante al pagamento in favore dell’Azienda sanitaria locale Ba delle spese del presente grado, che liquida in complessivi € 3.000,00 (tremila/00).

Nulla spese nei confronti di Adiramef Group Tecnologie Avanzate s.r.l.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 7 dicembre 2012 con l'intervento dei magistrati:

Gianpiero Paolo Cirillo, Presidente

Bruno Rosario Polito, Consigliere

Angelica Dell'Utri, Consigliere, Estensore

Roberto Capuzzi, Consigliere

Silvestro Maria Russo, Consigliere

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
|  |  |  |
|  |  |  |
| **L'ESTENSORE** |  | **IL PRESIDENTE** |
|  |  |  |
|  |  |  |
|  |  |  |
|  |  |  |
|  |  |  |

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 21/12/2012

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)