



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
Il Consiglio di Stato
in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente
SENTENZA

ex artt. 38 e 60 cod. proc. amm.
sul ricorso numero di registro generale 6917 del 2018, proposto da
Mas Medical s.a.s., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e
difesa dall'avvocato Veronica Navarra, con domicilio digitale come da PEC da
Registri di Giustizia;

contro

ESTAR - Ente di Supporto Tecnico Amministrativo Regionale, in persona del
legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Domenico
Iaria, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto
presso il suo studio in Roma, corso Vittorio Emanuele II n. 18;

nei confronti

Exactech Italia s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata
e difesa dagli avvocati Simone Zampieri, Gianfranco Garancini e Gabriele Pafundi,
con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto
presso lo studio Gabriele Pafundi in Roma, viale Giulio Cesare n. 14;
Johnson & Johnson Medical s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*,
rappresentata e difesa dall'avvocato Mario Zoppellari, con domicilio digitale come
da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Angelo
Maleddu in Roma, via del Tempio n. 1;

Zimmer Biomet Italia s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Rocco Mangia, Stefano Quadrio e Gabriele Pafundi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Gabriele Pafundi in Roma, viale Giulio Cesare n. 14;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana (Sezione Terza) n. 01102/2018, resa tra le parti

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di ESTAR - Ente di Supporto Tecnico Amministrativo Regionale, Exactech Italia s.p.a., Johnson & Johnson Medical s.p.a. e Zimmer Biomet Italia s.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 13 settembre 2018 il Cons. Ezio Fedullo e uditi per le parti gli Avvocati Luca Lentini su delega di Veronica Navarra, Vittorio Chierroni su delega di Domenico Iaria e Gabriele Pafundi per sé e su delega di Mario Zoppellari;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

Ritenuto che non sia effettivamente ravvisabile la ragione di inammissibilità posta dal giudice di primo grado a fondamento della sentenza appellata, connessa alla preclusione posta dal codice di rito, ai sensi dell'art. 120, comma 11 *bis*, alla proposizione di un ricorso oggettivamente cumulativo in assenza dei requisiti di connessione tra le domande contemplati dalla disposizione citata;

Rilevato infatti che, in base alla stessa, “nel caso di presentazione di offerte per più lotti l'impugnazione si propone con ricorso cumulativo solo se vengono dedotti identici motivi di ricorso avverso lo stesso atto”;

Ritenuto che il riferimento operato dalla norma allo “stesso atto”, quale presupposto oggettivo del ricorso cumulativo, debba essere ragionevolmente inteso come concernente il provvedimento adottato dalla stazione appaltante in senso formale, anche se comprensivo di plurime determinazioni provvedimentali in senso sostanziale, atteso che, in considerazione della specificità della fattispecie disciplinata, caratterizzata dallo svolgimento di una gara avente ad oggetto un appalto suddiviso in lotti, l'ipotesi di provvedimento anche sostanzialmente unitario, suscettibile di impugnazione cumulativa ai sensi della norma richiamata, appare squisitamente teorica e comunque residuale (ad esempio: impugnazione di distinti provvedimenti di aggiudicazione sulla scorta di vizi di illegittimità attinenti in via immediata all'unica *lex specialis*);

Rilevato quindi che, nella fattispecie in esame (caratterizzata dalla impugnazione di plurimi provvedimenti di esclusione, di cui la parte appellante è stata destinataria con riferimento ai distinti lotti alla cui aggiudicazione ha partecipato, ma contenuti in un unico atto in senso formale), sussistono i presupposti legittimanti la proposizione di una impugnazione di carattere cumulativo, alla luce della identità dei motivi di esclusione (connessi alla presentazione da parte dell'impresa appellante di offerte non convenienti) e delle censure prospettate dalla parte appellante al fine di conseguirne l'annullamento, mentre non influiscono sui suddetti elementi accomunanti i profili differenziali pur sussistenti, ai sensi della *lex specialis*, tra i diversi lotti nei quali è stato articolato l'oggetto della gara;

Ritenuto nondimeno che il ricorso originario, come nuovamente eccepito in appello dalle parti resistenti, debba essere dichiarato irricevibile, con la

conseguente conferma dell'esito, non favorevole alla parte appellante, del ricorso medesimo;

Rilevato infatti che alla seduta della commissione del 30.3.2018, alla quale era presente un rappresentante dell'impresa appellante, è stata data lettura integrale dei precedenti verbali, compreso di quello del 15.2.2018, recante la motivata declaratoria della "non accettabilità" delle offerte della medesima appellante, che la stazione appaltante, con l'impugnata determina n. 584 del 26 aprile 2018, si è limitata a recepire e confermare;

Rilevato infatti che, come recentemente evidenziato da questo giudice (cfr. Consiglio di Stato, Sez. VI, n. 4180 del 9 luglio 2018), "la disposizione in parola (art. 120, comma 2 *bis*, c.p.a.: *n.d.e.*) non implica l'assoluta inapplicabilità del generale principio sancito dagli artt. 41, comma 2 e 120, comma 5, ultima parte, del c.p.a., per cui, in difetto della formale comunicazione dell'atto - o, per quanto qui interessa, in mancanza di pubblicazione di un autonomo atto di ammissione sulla piattaforma telematica della stazione appaltante - il termine decorre, comunque, dal momento dell'intervenuta piena conoscenza del provvedimento da impugnare, ma ciò a patto che l'interessato sia in grado di percepire i profili che ne rendano evidente la lesività per la propria sfera giuridica in rapporto al tipo di rimedio apprestato dall'ordinamento processuale. In altri termini, "la piena conoscenza dell'atto di ammissione della controinteressata, acquisita prima o in assenza della sua pubblicazione sul profilo telematico della stazione appaltante, può dunque provenire da qualsiasi fonte e determina la decorrenza del termine decadenziale per la proposizione del ricorso" (Cons. St. 5870 del 2017)";

Evidenziato che, laddove si tratti - come nella specie - della impugnazione di un provvedimento di esclusione, la conoscenza dei relativi profili lesivi deve ritenersi insita nella percezione della sua adozione da parte dell'impresa esclusa, tanto più se acquisita congiuntamente a quella delle relative ragioni determinanti;

Evidenziato conseguentemente che il ricorso introduttivo del giudizio di primo grado, proposto dalla parte ricorrente solo in data 25.5.2018, non può che essere considerato tardivo, nella parte in cui si rivolge avverso il provvedimento di esclusione, di fatto adottato dalla commissione di gara in occasione della seduta del 15.2.2018 e portato a conoscenza dell'impresa appellante (per il tramite del suo rappresentante) alla seduta del 30.3.2018;

Ritenuta nondimeno la sussistenza di giuste ragioni per disporre la compensazione delle spese del giudizio di appello, considerato che la sentenza appellata merita di essere confermata, ma con diversa motivazione;

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza) respinge l'appello e conferma, sebbene con diversa motivazione, la sentenza appellata.

Spese del giudizio di appello compensate.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 13 settembre 2018 con l'intervento dei magistrati:

Franco Frattini, Presidente

Umberto Realfonzo, Consigliere

Giovanni Pescatore, Consigliere

Solveig Cogliani, Consigliere

Ezio Fedullo, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Ezio Fedullo

IL PRESIDENTE
Franco Frattini

IL SEGRETARIO