

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 8419 del 2017, proposto da

N.S. Srl e V.I. Srl, in persona dei legali rappresentanti pro tempore, rappresentati e difesi dagli avvocati Ernesto Sticchi Damiani, Luigi Nilo, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Ernesto Sticchi Damiani in Roma, piazza San Lorenzo in Lucina, n. 26;

contro

M. Srl in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Massimo Malena, Michele Mascolo, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Massimo Malena in Roma, via Ovidio, n. 32;

nei confronti

Azienda O.U., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Simonetta Mastropieri, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Gian Marco Grez in Roma, corso Vittorio Emanuele II n. 18;

per la riforma

della sentenza n. 1183 del 2017 del T.A.R. per la Puglia, sede di Bari, sez. II, resa tra le parti, concernente l'annullamento della determinazione del Direttore Generale dell'Azienda Ospedaliero-Universitaria - Ospedali Riuniti di Foggia n. 1818 del 6 aprile 2017, con la quale è stata decretata la "Presa d'atto, ex art. 116 D.Lgs. n. 163 del 2006, del contratto di fitto di ramo d'azienda della Società N.S. S.r.l. all'Istituto V.I. S.r.l. e il suo subentro nel rapporto contrattuale in essere con l'Azienda Ospedaliero-Universitaria "Ospedali Riuniti" di Foggia.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della società M. S.r.l. e dell'Azienda Ospedaliero-Universitaria "Ospedali Riuniti" di Foggia;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 8 marzo 2018 il Cons. Stefania Santoleri e uditi per le parti gli avvocati Luigi Nilo, Simonetta Mastropieri e Massimo Malena;

Svolgimento del processo –motivi della decisione

1. - La M. S.r.l. (di seguito anche solo M.), titolare di autorizzazione prefettizia per l'esercizio di attività di vigilanza privata, ha partecipato alla gara indetta con determinazione n. 1658 del 17 ottobre 2014 dall'Azienda O.U., per l'affidamento quinquennale in due lotti del servizio di "vigilanza armata" e del servizio di "prelievo, trasporto e scorta valori" presso le proprie sedi.

La ricorrente ha presentato domanda per il solo lotto relativo alla "vigilanza armata".

Tale lotto è stato aggiudicato alla S.r.l. N.S. (di seguito anche solo N.); la ricorrente si è collocata al terzo posto in graduatoria preceduta, al secondo, dalla S.p.a. Sicurcenter in seguito privata anch'essa della licenza da parte del Prefetto.

1.1 - In data 6 novembre 2014, prima della stipulazione del contratto, il Prefetto di Foggia ha revocato, con decreto n. 334535, l'autorizzazione all'attività di "vigilanza armata" rilasciata a N..

1.2 - Il 17 novembre 2014 la stazione appaltante ha, quindi, comunicato l'avvio del procedimento di revoca in autotutela ex art. 21 quinquies L. n. 241 del 1990 del provvedimento di aggiudicazione in favore di N.S., ed ha avviato il procedimento di scorrimento della graduatoria, ai sensi dell'art. 140 del D.Lgs. n. 163 del 2006, per l'affidamento del servizio di vigilanza armata, invitando la società M. a subentrare al posto di N., tenuto conto che anche la seconda classificata aveva subito la revoca della licenza di vigilanza ad opera del Prefetto di Foggia.

In data 19 novembre 2014 la società M. ha riscontrato positivamente la proposta della stazione appaltante.

1.3 - Il procedimento di scorrimento, però, non ha avuto seguito in quanto la società N. ha impugnato il provvedimento prefettizio ed ha ottenuto la tutela cautelare:

- con il decreto n. 681 del Presidente del TAR Puglia, Sez. II di Bari del 27/11/2014, rimasto efficace fino al 18/12/2014, data di adozione dell'ordinanza n. 747 del TAR Puglia, Sez. II di Bari, di rigetto dell'istanza cautelare;

- quest'ultima ordinanza è stata sospesa con il decreto monocratico del Presidente della Sezione Terza del Consiglio di Stato n. 5899 del 22/12/2014, poi confermato con ordinanza n. 381 del 22/1/2015.

1.4 - In forza della tutela cautelare, in data 23/12/2014 la società N. ha stipulato il contratto rep. n. 354 con la stazione appaltante.

2. - Con la sentenza n. 1108 del 22 settembre 2016 il TAR ha respinto il ricorso avverso la revoca della licenza prefettizia, ma l'esecutività di tale decisione è stata sospesa con ordinanza n. 4681 del 20/10/2016 della Sezione Terza del Consiglio di Stato, sospendendosi, quindi, l'efficacia del provvedimento di revoca della licenza.

2.1 - In data 22 marzo 2017, è stata infine pubblicata la sentenza n. 1303/2017 con la quale, la Sezione Terza del Consiglio di Stato, ha confermato la sentenza di primo grado statuendo la

legittimità del provvedimento prefettizio del 6 novembre 2014 di revoca della licenza per lo svolgimento dei servizi di trasporto valori e vigilanza.

2.2 - Nel frattempo, in data 18 ottobre 2016, la società N. aveva stipulato con l'Istituto di V.I. il contratto di affitto di ramo di azienda, consistente nell'attività di vigilanza armata e trasporto valori comprensiva di tutti i beni materiali e immateriali, tra i quali erano ricompresi i contratti in corso: nell'elenco dei contratti era annoverato anche quello stipulato dalla N. con l'A.O.U. Ospedali Riuniti di Foggia.

2.3 - La stazione appaltante, preso atto della tutela cautelare accordata alla società N., come già anticipato, non ha dato seguito al procedimento di scorrimento della graduatoria.

3. - Con determina dirigenziale del 6 aprile 2017 n. 1818, l'Azienda O.U., dopo aver ripercorso l'iter amministrativo relativo alla vicenda, aver acquisito dalla Prefettura di Foggia la certificazione del 31 marzo 2017 attestante il possesso dell'autorizzazione per l'esercizio dell'attività oggetto di appalto da parte dell'Istituto di V.I. S.r.l., ha preso atto che l'Istituto V.I. era succeduto a N. nella gestione del servizio in virtù del contratto di affitto d'azienda stipulato inter partes in data 18 ottobre 2016 con efficacia dal 30 marzo 2017.

Ha quindi ritenuto che sussistevano tutti i presupposti per disporre il subentro, ex art. 116 D.Lgs. n. 163 del 2006 dell'Istituto di V.I. S.r.l. nel contratto sottoscritto con la società N.S. rep. n. 354 del 23/12/2014.

4. - Con il ricorso di primo grado la S.r.l. M. ha quindi impugnato la determina dirigenziale del 6 aprile 2017 n. 1818 e di tutti gli atti indicati nel ricorso, chiedendo anche la condanna dell'Amministrazione ex art. 34, comma 1, lett. c) c.p.a. ad adottare l'annullamento dell'aggiudicazione a N. e la caducazione del contratto di appalto stipulato con N.S. e del subentro nel medesimo previsto nel contratto di affitto di azienda, al fine di procedere allo scorrimento della graduatoria e all'aggiudicazione in suo favore, con il risarcimento del danno in forma specifica, ovvero, in subordine, per equivalente.

Nel giudizio di primo grado si sono costituite le controparti resistendo al ricorso.

5. - Con la sentenza impugnata il TAR ha accolto il ricorso disponendo l'annullamento della determinazione del Direttore Generale degli OO.RR. di Foggia del 6 aprile 2017 n. 1818 di presa d'atto del subentro dell'Istituto di V.I. nel contratto stipulato dalla N.S. con l'Azienda Ospedaliera Universitaria - "Ospedali Riuniti" di Foggia.

Ha inoltre ordinato a tale Azienda di attivare il procedimento di revoca dell'aggiudicazione disposta in favore della N.S. S.r.l., provvedendo allo scorrimento della graduatoria dando seguito all'interpello avviato con nota prot. n. (...) del 18 ottobre 2016.

6. - Avverso tale decisione hanno proposto appello la N.S. S.r.l. e l'Istituto di V.I. deducendo tre motivi di impugnazione.

Si è costituita in resistenza la società M. che ha chiesto il rigetto dell'impugnativa.

Anche l'Azienda O.U. si è costituita in giudizio chiedendo il rigetto dell'appello.

Le parti hanno depositato memorie e memorie di replica.

7. - All'udienza pubblica del giorno 8 marzo 2018 l'appello è stato trattenuto in decisione.

8. - L'appello è infondato e va, dunque, respinto.

Può prescindersi dalla disamina dell'eccezione di inammissibilità dell'appello sollevata dalla difesa di M., in considerazione della sua infondatezza.

9. - Con il primo motivo di appello deduce l'appellante l'erroneità della sentenza di primo grado per aver rigettato l'eccezione di inammissibilità del ricorso per difetto di interesse, motivata con riferimento alla carenza del requisito generale costituito dal non essere sottoposta a procedure concorsuali ex art. 38 del D.Lgs. n. 163 del 2006, in quanto ammessa al concordato preventivo con continuità aziendale, ai sensi dell'art. 186 bis, commi 3 e 4 del R.D. 16 marzo 1942, n. 267.

9.1 - Il TAR ha respinto l'eccezione rilevando che: "le imprese ammesse, come la ricorrente, al concordato preventivo con continuità aziendale possono, alle condizioni ivi stabilite, proseguire l'esecuzione di contratti pubblici già stipulati, partecipare alle gare d'appalto bandite da amministrazioni aggiudicatrici e stipulare contratti pubblici.

Si è infatti precisato in giurisprudenza che le cautele che circondano l'ammissione al concordato preventivo con continuità e la successiva fase di attuazione dello stesso sono ritenute dal legislatore nazionale sufficiente garanzia per gli interessi della Pubblica Amministrazione e del mercato (TAR Ancona n. 188/2016)".

9.2 - Nell'atto di appello deduce l'appellante l'erroneità della sentenza rilevando che il motivo di esclusione deriverebbe non dalla prescrizione normativa, ma da quella contenuta nella lex specialis di gara, secondo cui costituiva requisito di partecipazione alla gara la circostanza di "non trovarsi in stato di fallimento, di liquidazione coatta amministrativa, di concordato preventivo, e nei cui riguardi non è in corso un procedimento per la dichiarazione di tale situazione".

Sostiene, quindi, che l'ammissione al concordato preventivo non consentirebbe alla società M. di conseguire l'aggiudicazione e di stipulare il contratto di appalto: da ciò conseguirebbe l'inammissibilità del ricorso di primo grado.

9.3 - La doglianza non può essere condivisa.

Come ha correttamente rilevato il primo giudice, le aziende ammesse al concordato preventivo con continuità aziendale possono partecipare alle gare, sottoscrivere i contratti di appalto o proseguire i contratti di appalto già stipulati: l'ordinamento ha ritenuto, infatti, che l'ammissione alla procedura e l'attuazione della stessa fosse una garanzia sufficiente per gli interessi dell'Amministrazione.

La L. n. 134 del 2012 ha sottratto, infatti, l'istituto del concordato preventivo con continuità aziendale di cui all'art. 186-bis della legge fallimentare, dal novero delle cause che determinano l'esclusione dell'impresa dalla partecipazione alle procedure di affidamento dei contratti pubblici, nonché dalla stipula dei contratti.

E' sufficiente richiamare il testo dell'art. 38 D.Lgs. n. 163 del 2006, comma 1 lett. a) (vigente *ratione temporis*) per rilevare che tra le cause di esclusione è sottratta l'ammissione al concordato preventivo con continuità aziendale di cui all'art. 186-bis L.F.: la norma prevede, infatti l'esclusione di coloro "a) che si trovano in stato di fallimento, di liquidazione coatta, di concordato preventivo, salvo il caso di cui all'articolo 186-bis del R.D. 16 marzo 1942, n. 267, o nei cui riguardi sia in corso un procedimento per la dichiarazione di una di tali situazioni".

Ne consegue che la clausola contenuta nella *lex specialis* deve essere letta alla luce della disposizione di legge: l'art. 46 D.Lgs. n. 163 del 2006 dispone, infatti, che "i bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione. Dette prescrizioni sono comunque nulle" con la conseguenza che quand'anche la *lex specialis* avesse diversamente disposto, la clausola difforme sarebbe stata nulla e, dunque, automaticamente sostituita con la previsione di cui all'art. 38 cit. che garantisce all'imprenditore sottoposto a concordato preventivo con continuità aziendale non soltanto l'ammissione alla gara ma anche la sottoscrizione del contratto (cfr. ANAC, parere n. 3 del 23.4.2014; Cons. Stato, Sez. V, del 22/12/2014 n. 6303; Sez. V, n. 6272 del 27.12.2013; Cons. Stato, IV, 3 luglio 2014 n. 3344).

La doglianza va, dunque, respinta.

10. - Con il secondo motivo di appello, deduce l'appellante l'erroneità della sentenza di primo grado che ha respinto l'eccezione di difetto di giurisdizione.

10.1 - Il primo giudice ha ritenuto che: "Infondata è pure l'eccezione di difetto di giurisdizione poiché il *petitum* sostanziale cui aspira la ricorrente è lo scorrimento in suo favore della graduatoria ex art. 140 del D.Lgs. n. 163 del 2006 - operazione che implica la reiterazione della procedura di affidamento, rimessa, come tale, alla cognizione del giudice amministrativo - e il subentro nel contratto, in quanto utilmente posizionata in graduatoria.

Ne consegue che le questioni riguardanti le vicende del contratto di affitto di ramo d'azienda, rispetto al quale la ricorrente peraltro è terza e in posizione non paritetica rispetto alla stazione appaltante, devono essere incidentalmente conosciute dal Collegio ai sensi dell'art. 8 del codice del processo amministrativo per stabilire se è fondata la pretesa di aggiudicazione e di subentro nel contratto per effetto dello scorrimento della graduatoria".

10.2 - Deduce l'appellante che la controversia non potrebbe rientrare nella giurisdizione esclusiva del G.A. poiché:

- gli atti gravati non riguarderebbero la procedura di aggiudicazione dell'appalto e, quindi, le domande di accertamento e condanna, essendo svincolate dalla procedura di aggiudicazione, riguarderebbero il rapporto contrattuale tra le appellanti e la stazione appaltante ed il contratto di affitto di ramo di azienda, e come tali ricadrebbero nella giurisdizione dell'A.G.O.;

- la società M. avrebbe chiesto l'accertamento della legittimità, validità ed efficacia del contratto di affitto di ramo di azienda da cui discende il mutamento soggettivo delle parti contraenti per lo svolgimento del servizio;

- secondo il costante orientamento della giurisprudenza le questioni relative alle modificazioni soggettive dell'esecutore del contratto di appalto (Cass. SS.UU. ord. 1/6/2006 n. 13033), essendo relative alla fase di esecuzione del contratto fuoriescono dalla giurisdizione esclusiva del G.A.;

- le controversie inerenti i diritti e gli obblighi scaturenti dal contratto di appalto rientrano, infatti, nella giurisdizione del giudice ordinario, tenuto conto della posizione giuridica soggettiva di diritto soggettivo dedotta in giudizio;

- l'iter previsto dall'art. 116 del D.Lgs. n. 163 del 2006 in materia di modificazioni soggettive dell'esecutore dell'appalto non comporterebbe la rinnovazione delle procedure di gara, né alcuna attività valutativa discrezionale in capo alla stazione appaltante, ma la sola verifica circa il possesso dei requisiti di qualificazione;

- la posizione giuridica del cessionario avrebbe consistenza di diritto soggettivo, con conseguente devoluzione della controversia dinanzi al giudice ordinario.

10.3 - La tesi dell'appellante non può essere condivisa.

Dalla disamina degli atti si evince in modo chiaro che la pretesa azionata dalla M. è quella di ottenere la prosecuzione della procedura di interpello ex art. 140 D.Lgs. n. 163 del 2006, avviata dalla stazione appaltante, e poi interrotta per effetto delle misure cautelari concesse dal giudice amministrativo. L'impugnazione della determinazione del Direttore Generale dell'Azienda O.U. n. 1818 del 6/4/2017 costituisce un passaggio obbligato per poter ottenere il bene della vita perseguito, e cioè ottenere la revoca dell'aggiudicazione in favore di N.S., la caducazione del contratto da essa stipulato con la stazione appaltante (in virtù della sola tutela cautelare, divenuta del tutto irrilevante all'esito del giudizio di merito), al fine di subentrare nello svolgimento del servizio all'esito del procedimento ex art. 140 D.Lgs. n. 163 del 2006, iniziato con atto del 17 novembre 2014 e mai terminato a causa delle misure cautelari.

10.4 - La posizione giuridica soggettiva azionata dalla società M., e diretta ad ottenere la riapertura dell'interpello, si configura pacificamente come di interesse legittimo, tenuto conto del potere discrezionale di cui dispone la stazione appaltante per farvi ricorso.

In ogni caso, secondo la giurisprudenza della Sezione, il procedimento di interpello si configura come un segmento di un'unica procedura di affidamento, avviata con la pubblicazione del bando che si conclude con l'affidamento dell'appalto in esito all'interpello (cfr. Cons. Stato Sez. III, Sent. 13-01-2016, n. 76), sicché si innesta nella fase pubblicistica che inizia con l'indizione della gara e si conclude con l'aggiudicazione seguita dalla stipulazione del contratto, e rientra pacificamente nella giurisdizione del giudice amministrativo.

Se si considera la specifica posizione rivestita dal soggetto che ha proposto l'azione, e cioè la società M., che è soggetto terzo rispetto alla stazione appaltante e le società N.S. e l'Istituto di V.I., ci si avvede che i principi evocati dall'appellante in tema di giurisdizione sono del tutto inconferenti, in quanto attengono specificatamente ai rapporti intercorrenti tra le parti contrattuali, e cioè l'Azienda Ospedaliera Universitaria, la N.S. e l'Istituto di Vigilanza subentrante a seguito della stipulazione del contratto di affitto di ramo di azienda.

La stessa pronuncia della Corte di Cassazione del 1 giugno 2006 n. 13033, richiamata nell'atto di appello, si riferisce ad una controversia connessa ad una cessione di ramo di azienda e di subentro nel contratto, che attiene alla fase esecutiva del rapporto contrattuale intercorso tra le parti che lo avevano stipulato.

Tale situazione è ben diversa da quella in questione, nella quale chi agisce in giudizio non lamenta la violazione di clausole contrattuali, bensì si duole della scelta discrezionale operata dalla stazione appaltante di consentire il subentro nel contratto, ai sensi dell'art. 116 D.Lgs. n. 163 del 2006, non tenendo conto degli effetti derivanti dall'intervenuta inoppugnabilità del provvedimento di revoca della licenza prefettizia per effetto della sentenza del Consiglio di Stato, dal quale discende la perdita dei requisiti necessari per l'esecuzione del servizio di vigilanza, circostanza che riverbera i suoi effetti sul contratto a suo tempo stipulato con la stazione appaltante e, di conseguenza, sul contratto di affitto di ramo di azienda in seguito stipulato con l'Istituto di V.I..

Del resto, lo stesso appellante finisce con il riferirsi alla posizione giuridica del cessionario per sostenere la tesi della giurisdizione ordinaria, non tenendo conto - però - che chi agisce in giudizio non è l'Istituto di V.I., affittuario di azienda, bensì un soggetto terzo che ha agito in giudizio al fine di ottenere la riapertura del procedimento di gara per ottenere il provvedimento di aggiudicazione.

Può dunque convenirsi con il primo giudice che le questioni relative al contratto di affitto di ramo di azienda (nei confronti dal quale la M. è soggetto terzo in posizione non paritetica rispetto alla stazione appaltante) sono questioni incidentali che possono essere conosciute incidentalmente dal giudice amministrativo, ai sensi dell'art. 8 c.p.a., e che non incidono nella giurisdizione che spetta al giudice amministrativo.

La doglianza può essere quindi respinta.

11. - Con il terzo motivo di appello censura l'appellante la sentenza di primo grado secondo la quale, a seguito della pubblicazione della decisione di primo grado n. 1108 del 22.9.2016, il contratto di appalto si sarebbe risolto di diritto, con la conseguenza che la cessione del ramo d'azienda (avvenuta in data 18.10.2016), non avrebbe riguardato anche il contratto sottoscritto tra N.S. e l'Azienda O.U. (già risoltosi di diritto), non potendosi invocare il beneficio della sospensione cautelare concessa dal Consiglio di Stato in quanto avvenuta successivamente, in data 20.10.2016.

11.1 - L'appellante censura tale statuizione rilevando, innanzitutto che la clausola risolutiva espressa contenuta nell'art. 23 del contratto di appalto rep. 354/2014 non avrebbe operato automaticamente al deposito della sentenza di primo grado, ma solo alla definizione della controversia con decisione passata in giudicato, ovvero in caso di mancata tutela cautelare entro la data di esecutività del provvedimento di revoca.

Inoltre l'efficacia delle licenze sarebbe stata differita dallo stesso Prefetto al trentesimo giorno successivo alla notifica della propria nota prot. n. (...) del 3/10/2016: pertanto, alla data del 18/10/2016 di stipulazione del contratto di affitto di ramo di azienda, le licenze ed il contratto sarebbero stati ancora validi ed efficaci; infine, il TAR non avrebbe tenuto conto che l'accoglimento della domanda cautelare avrebbe avuto efficacia retroattiva.

11.2 - La tesi dell'appellante non può essere condivisa.

Innanzitutto non può essere condivisa l'interpretazione della clausola risolutiva espressa: il riferimento alla "definizione del contenzioso dinanzi al TAR Puglia" non può che avere il significato attribuitogli dal primo giudice.

La clausola non reca affatto il riferimento alla definizione della controversia con sentenza passata in giudicato.

La nota prefettizia, inoltre, costituisce una mera diffida alla riconsegna dei titoli con concessione di un termine di grazia entro il quale provvedere.

Non ha quindi il significato che gli attribuisce l'appellante.

11.3 - A prescindere da tali aspetti, è sufficiente rilevare che - come ha dedotto la M. nella propria memoria, con la quale ha reiterato anche le censure proposte in primo grado ed assorbite dal TAR - la società N.S. ha continuato a svolgere il servizio solo sulla base di una serie di provvedimenti cautelari concessi dai giudici di primo e di secondo grado: ha stipulato il contratto con la stazione appaltante in virtù di una misura cautelare, che però ha perso efficacia con la pubblicazione della sentenza di rigetto dell'impugnativa avverso il provvedimento prefettizio di revoca della licenza per l'esercizio dell'attività di vigilanza.

Con la sentenza di secondo grado il provvedimento prefettizio che ha disposto la revoca della licenza (e quindi la perdita dei requisiti di partecipazione alla gara) è divenuto inoppugnabile e ha riacquisito efficacia fin dalla data della sua adozione, risalente al lontano 2014 e con "effetto domino" ha riverberato i suoi effetti su tutti i successivi atti emessi sulla base dei provvedimenti cautelari, incidendo anche sullo stesso provvedimento di aggiudicazione, tenuto conto che è stato emesso sulla base di un presupposto - il possesso della licenza - successivamente venuto meno.

La sentenza del Consiglio di Stato, dunque, ha ripristinato l'efficacia della revoca ex tunc della licenza prefettizia determinando:

- l'illegittimità del provvedimento di presa d'atto del subentro ai sensi dell'art. 116 D.Lgs. n. 163 del 2006, in quanto emesso senza tener conto della sentenza n. 1303 del 22 marzo 2017 di questa Sezione e dei suoi effetti sugli atti adottati prima della sua pubblicazione;

- la risoluzione del contratto di appalto in quanto sottoscritto in data 23.12.2014, successivamente alla revoca della licenza (quando ormai - per effetto della ripristinata efficacia del provvedimento di revoca della licenza disposto dal Prefetto - il concorrente era privo del requisito di idoneità professionale per lo svolgimento del servizio di vigilanza privata, come imposto dall'art. 134 TULPS e dal disciplinare di gara), e ciò anche a prescindere dalla clausola risolutiva espressa di cui all'art. 23 del contratto, comunque operativa;

- in via riflessa, a cascata, la risoluzione del contratto in questione ha riverberato i suoi effetti sul contratto stipulato da N. con l'Istituto di Vigilanza IVDS, in quanto, per poter per poter disporre l'affitto di un "bene", occorre averne la giuridica disponibilità, nel frattempo venuta meno.

11.4 - Correttamente, quindi, il TAR ha annullato la determinazione del direttore generale dell'Azienda O.U. n. 1818 del 6 aprile 2017, ordinando alla stessa Azienda di dare impulso al procedimento di revoca dell'aggiudicazione disposta nei confronti della società N.S. S.r.l. e di procedere allo scorrimento della graduatoria con l'interpello da essa stessa avviato con nota prot. n. (...) del 18 ottobre 2016.

12. - L'appello va, quindi respinto e, per l'effetto, va confermata la sentenza di primo grado che ha accolto il ricorso di primo grado.

13. - Le spese - liquidate in dispositivo - seguono la soccombenza per quanto concerne l'appellante, mentre possono compensarsi nei confronti dell'Azienda Ospedaliera.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge e, per l'effetto, conferma la sentenza di primo grado che ha accolto il ricorso di primo grado.

Condanna l'appellante al pagamento delle spese del grado di appello sostenute dalla società M. S.r.l. che liquida in complessivi Euro 3.000,00 oltre accessori di legge; compensa le spese nei confronti dell'Azienda O.U..

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 8 marzo 2018 con l'intervento dei magistrati:

Franco Frattini, Presidente

Lydia Ada Orsola Spiezia, Consigliere

Stefania Santoleri, Consigliere, Estensore

Giorgio Calderoni, Consigliere

Solveig Cogliani, Consigliere