

**N. 02876/2013REG.PROV.COLL.
N. 02366/2013 REG.RIC.
N. 02680/2013 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 Sesta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2366 del 2013, proposto da:

CAF - Consorzio Armatori Ferroviari - società consortile per azioni, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Valeria Pellegrino, con domicilio eletto presso lo studio della stessa in Roma, Corso del Rinascimento n. 11;

contro

Armafer s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Pietro Quinto, con domicilio eletto presso Alfredo Placidi in Roma, via Cosseria, 2;

nei confronti di

Ferrovie del Sud Est, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Angelo Schiano e Luciano Ancora, con domicilio eletto presso l'avvocato Angelo Schiano in Roma, via del

Babbuino, 107;

sul ricorso numero di registro generale 2680 del 2013, proposto da:

Armafer s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Pietro Quinto, con domicilio eletto presso Alfredo Placidi in Roma, via Cosseria, 2;

contro

Ferrovie del Sud Est e Servizi Automobilistici s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Angelo Schiano e Luciano Ancora, con domicilio eletto presso l'avvocato Angelo Schiano in Roma, via del Babbuino, 107;

CAF Consorzio Armatori Ferroviari società consortile per azioni, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Valeria Pellegrino, con domicilio eletto presso lo studio della stessa in Roma, Corso del Rinascimento n. 11;;

per la riforma

quanto al ricorso n. 2366 del 2013:

della sentenza del T.a.r. Puglia - Bari: Sezione I n. 02240/2012, resa tra le parti, concernente affidamento lavori di ammodernamento della rete ferroviaria

quanto al ricorso n. 2680 del 2013:

della sentenza del T.a.r. Puglia - Bari: Sezione I n. 02240/2012, resa tra le parti, concernente affidamento lavori di ammodernamento rete ferroviaria

Visti i ricorsi in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Armafer s.r.l., di Ferrovie del Sud Est e Servizi Automobilistici s.r.l., di CAF Consorzio Armatori Ferroviari

società consortile per azioni;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, comma 10, Cod. proc. amm.;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 14 maggio 2013 il Cons. Roberto Giovagnoli e uditi per le parti gli avvocati Gianluigi Pellegrino per delega di Valeria Pellegrino, Quinto e Ancora;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con sentenza 27 dicembre 2012, n. 2240, il Tribunale amministrativo regionale per la Puglia, sede di Bari, ha:

- respinto il ricorso proposto dalla società Armafer s.r.l. per l'annullamento degli atti della procedura ristretta indetta da Ferrovie del Sud Est per l'ammodernamento della rete ferroviaria del Sud Est Linea Zollino – Gagliano tratta Maglie – Gagliano (lettera di invito prot. SGC/534 del 5 dicembre 2012, disciplinare di gara, nota FSE SGC/552 del 21 dicembre 2012, nota FSE SGC/18 del 13 gennaio 2012), nella parte in cui fissavano e prorogavano il termine di presentazione delle offerte dapprima al 29 dicembre 2011, poi al 16 gennaio 2012, negando l'ulteriore proroga richiesta da Armafer sino al 31 gennaio 2012;

- dichiarato inammissibile il ricorso incidentale con il quale CAF Consorzio Armatori Ferroviari società consortile per azioni (interveniente *ad opponendum* nel giudizio di primo grado) ha impugnato l'ulteriore proroga, fino al 31 gennaio 2012, accordata per la presentazione delle offerte (nota FSE SGC/70 del 20 gennaio 2012).

2. Avverso tale sentenza hanno proposto separati appelli, chiedendone in

via cautelare la sospensione degli effetti, sia CAF (relativamente al capo che ha dichiarato inammissibile il ricorso incidentale), sia Armafer (relativamente al capo che ha respinto il ricorso principale proposto in primo grado).

3. All'odierna camera di consiglio, fissata per la decisione sulle domande cautelari, il Collegio, accertata la completezza del contraddittorio e dell'istruttoria, sentite sul punto le parti costituite, ha deciso di definire il giudizio con sentenza in forma semplificata, ai sensi degli articoli 98 e 60 del codice del processo amministrativo.

4. Occorre, anzitutto, disporre la riunione degli appelli, trattandosi di impugnazioni dirette avverso la medesima sentenza.

Va esaminato, l'appello proposto da Armafer s.r.l. che solleva questioni che hanno, sotto il profilo logico-giuridico, priorità rispetto a quello sollevate dall'appello di CAF.

5. Giova ricostruire brevemente gli aspetti salienti della vicenda amministrativa che ha preceduto il presente giudizio.

5.1. Il termine fissato dalla stazione appaltante per la presentazione delle offerte scadeva in data 16 gennaio 2012.

5.2. A tale termine, si è giunti in seguito alla proroga accordata dalla stazione appaltante dell'originario termine previsto dalla lettera di invito (che aveva previsto la data del 29 dicembre 2011).

5.3. A fronte del rifiuto della stazione appaltante di concedere una ulteriore proroga (nota FSE SGC/18 del 13 gennaio 2011), Armafer ha proposto ricorso, con richiesta di tutela cautelare monocratica, innanzi al Tribunale amministrativo regionale per la Puglia, sede distaccata di Lecce.

Il Presidente del Tribunale amministrativo regionale ha accordato la tutela

cautelare con decreto 14 gennaio 2012, n. 43, rinviando alla camera di consiglio del successivo 25 gennaio 2012 per la decisione collegiale sulla domanda cautelare.

5.4. In data 20 gennaio 2012, la stazione appaltante, con nota prot. n. SGC/71, rilevato che il Tribunale amministrativo regionale di Lecce aveva accolto l'istanza cautelare avverso il diniego di proroga senza indicare un nuovo termine per la presentazione delle offerte, ha "ritenuto opportuno, alla scadenza della sospensione del provvedimento il 25 p.v. concedere un ulteriore breve termine per la presentazione delle offerte" ed ha, quindi, fissato il nuovo termine al 31 gennaio 2012.

5.5. Armafer ha così potuto presentare la propria offerta in data 30 gennaio 2012.

6. Armafer, in questa sede, contesta gli atti con cui la stazione appaltante ha fissato il termine del 29 dicembre 2011, poi prorogato al 16 gennaio 2012, lamentando l'eccessiva brevità di tale termine.

7. L'appello di Armafer non merita accoglimento.

7.1. Occorre preliminarmente esaminare la natura del "secondo" atto di proroga, adottato dalla stazione appaltante il 20 gennaio 2012, per effetto del quale il termine di presentazione delle offerte (già scaduto il 16 gennaio 2012) è stato "spostato" al 31 gennaio 2012.

7.2. La questione della reale natura di tale atto di proroga (se si tratti di una determinazione autonoma o di un atto meramente esecutivo del decreto cautelare monocratico del Presidente del Tribunale amministrativo regionale di Lecce) ha carattere centrale e dirimente.

Se si trattasse di determinazione autonoma, il ricorso principale di Armafer proposto in primo grado dovrebbe essere dichiarato improcedibile per

cessazione della materia del contendere e si dovrebbe esaminare nel merito il ricorso incidentale proposto da Caf avverso tale autonoma statuizione provvedimentale.

Al contrario, se si ritenesse che tale atto sia solamente esecutivo del provvedimento cautelare monocratico, è evidente che esso dovrebbe ritenersi meramente provvisorio e legato alla sopravvivenza dello stesso provvedimento cautelare di cui rappresenta esecuzione.

7.3. Appare al Collegio che un tale atto di proroga – come emerge chiaramente sia dal momento temporale di adozione, sia dal suo tenore letterale – non costituisca un provvedimento amministrativo autonomo, ma sia stato adottato in esecuzione del decreto cautelare monocratico. Sarebbe, del resto, altrimenti evidente l'anomalia di un atto con il quale la stazione appaltante decidesse di "prorogare" il termine per la presentazione delle offerte in un momento in cui il termine originariamente fissato risulti già scaduto, con l'effetto di consentire la partecipazione alla gara ad un concorrente fino a quel momento estraneo.

Non vi è stata, quindi, cessazione della materia del contendere in conseguenza dell'adozione di questa seconda proroga.

8. Occorre, pertanto, esaminare i motivi di appello diretti a contestare la legittimità del termine fissato dalla lettera di invito, poi prorogato al 16 gennaio 2012.

Anche tale motivi non meritano accoglimento.

8.1. Il termine di presentazione delle offerte stabilito dalla stazione appaltante, (che - in seguito alla proroga concessa non nota del 21 dicembre del 2011 - scadeva il 16 gennaio 2012), deve considerarsi congruo in quanto, come correttamente rilevato dalla sentenza appellata, comunque,

superiore al termine minimo di ventiquattro giorni di cui all'art. 227, comma 3, lett. c) d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163.

Ciò sia che si consideri come *dies a quo* la data di spedizione della lettera di invito (6 dicembre 2012), sia la data di ricezione della stessa da parte di Armafer (13 dicembre 2012), sia, infine, la data del sopralluogo (22 dicembre 2012).

8.2. L'art. 227, comma 3, d.lgs. n. 163 del 2006, invero, nel limitarsi a fissare termini minimi, lascia alla stazione appaltante un ampio margine di discrezionalità in ordine alla concreta determinazione della tempistica dell'*iter* procedurale finalizzato all'aggiudicazione, che può essere sindacato in sede giurisdizionale solo nel caso in cui, tenendo conto dell'oggetto specifico del contratto e del tempo necessario per la preparazione dell'offerta, risulti manifestamente irragionevole.

Nel caso di specie non si riscontrano sintomi di un eccesso di potere nel comportamento della stazione appaltante che, in un'ottica collaborativa con Armafer, ha anche accolto la prima richiesta di proroga presentata dalla concorrente fissando il termine del 16 gennaio 2012.

8.3. La concomitanza della scadenza del termine con le festività di Natale e Capodanno non risulta, a sua volta, dirimente, in considerazione del fatto che tale concomitanza riguardava il termine originariamente fissato (quello del 29 dicembre 2011), non quello risultante dalla proroga (del 16 gennaio 2012).

Deve, inoltre, evidenziarsi che la particolare complessità dell'oggetto del contratto e la sua rilevanza economica, se, da un lato, impone alla stazione appaltante la previsione di termini congrui per consentire la presentazione delle offerte, dall'altro impone alle imprese che partecipano alla gara un

onere di diligenza particolarmente qualificato, proporzionato all'importanza economica del contratto.

8.4. Non rileva, infine, la circostanza che detto termine sia stato fissato dalla stazione appaltante senza cercare prima un accordo sul termine con i candidati selezionati: come si evince, infatti, da una lettura congiunta delle lettere *b)* e *c)* dell'art. 227, comma 1, d.lgs. n. 163 del 2006, la ricerca di un previo accordo con i concorrenti rappresenta, per la stazione appaltante, una modalità procedimentale facoltativa, e non obbligatoria.

Alla luce delle considerazioni che precedono l'appello di Armafer deve essere respinto.

9. Merita, invece, accoglimento l'appello proposto da Caf, diretto a contestare il capo della sentenza che ha dichiarato inammissibile il ricorso incidentale dallo stesso Consorzio proposto in primo grado.

Con il ricorso incidentale in questione Caf ha impugnato l'atto con il quale la stazione appaltante ha prorogato il termine per la presentazione delle offerte fino al 31 gennaio 2012, consentendo così ad Armafer di presentare la sua offerta il 30 gennaio 2012.

Si è già evidenziato come tale atto sia meramente esecutivo del decreto cautelare monocratico e che, quindi, la sua efficacia debba ormai considerarsi esaurita. Il ricorso incidentale proposto da Caf avrebbe dovuto allora essere dichiarato improcedibile (perché avente ad oggetto un atto che ha definitivamente perso efficacia), prescindendo da ogni ulteriore considerazione sulla ritualità del mezzo di impugnazione utilizzato (ricorso incidentale anziché autonomo) e sulla sussistenza dei presupposti processuali.

Sotto questo profilo, quindi, la sentenza appellata merita di essere

riformata, in quanto la dichiarazione di inammissibilità del ricorso incidentale (alla luce della motivazione di tale inammissibilità) sembra presupporre erroneamente la perdurante vigenza ed efficacia dell'atto con esso impugnato.

10. Sussistono i presupposti, considerata anche la particolarità della vicenda amministrativa, per compensare le spese del presente grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta), definitivamente pronunciando sugli appelli, come in epigrafe proposti:

- ne dispone la riunione;
- respinge l'appello proposto da Armafer s.r.l. (R.G. n. 2680/2013);
- accoglie l'appello proposto da Caf s.c.p.a. (R.G. n. 2366/2013) e, per l'effetto, in parziale riforma della sentenza appellata, dichiara improcedibile il ricorso incidentale proposto in primo grado dalla stessa Caf;
- compensa le spese del giudizio di appello.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 14 maggio 2013 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Severini, Presidente

Roberto Giovagnoli, Consigliere, Estensore

Roberta Vigotti, Consigliere

Andrea Pannone, Consigliere

Vincenzo Lopilato, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 24/05/2013

IL SEGRETARIO

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