

N. 05246/2013REG.PROV.COLL.  
N. 03117/2013 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 Quinta)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 3117 del 2013, proposto dal Comune di Accadia, in persona del sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Franco Furore, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Rocco Mele in Roma, via Regina Margherita n. 192;

***contro***

Scardi Ristorazione s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Vito Di Natale, con domicilio eletto presso lo studio Placidi in Roma, via Cosseria n. 2;

***per la riforma***

della sentenza del T.a.r. per la Puglia – Bari - Sezione I, n. 1951 del 15 novembre 2012.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della società Scardi Ristorazione s.r.l.;

Viste le memorie difensive depositate dal comune (in data 3 ottobre 2013) e dalla società Scardi Ristorazione s.r.l. (in data 5 e 11 ottobre 2013, quest'ultima con allegata notula per la liquidazione dei compensi e delle spese);

Visto l'art. 114 cod. proc. amm.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 22 ottobre 2013 il consigliere Vito Poli e uditi per le parti gli avvocati Furore e Di Natale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

### FATTO e DIRITTO

1. Con sentenza irrevocabile del T.a.r. per la Puglia – Bari – Sezione I, n. 512 dell'8 marzo 2012, in accoglimento del ricorso proposto dalla società Scardi Ristorazione s.r.l. (in prosieguo ditta Scardi), il comune di Accadia è stato condannato a rinnovare la gara di appalto per la gestione del servizio di mensa scolastica per il biennio 2012 – 2013, conformandosi ad alcune dettagliate prescrizioni.

2. Instaurato giudizio di ottemperanza davanti al medesimo giudice, con la sentenza n. 1951 del 15 novembre 2012, oggetto del presente appello:

- a) è stata assodata l'inerzia colpevole del comune nel rinnovare la gara;
- b) è stato imposto alla stazione appaltante di portare a termine la procedura di gara e di pagare per intero il contributo unificato;
- c) sono state respinte le domande, proposte dalla ditta Scardi, di nullità della determinazione n. 7 del 2012, di risarcimento del danno e del pagamento di somme a titolo di astreintes;
- d) è stato nominato il commissario *ad acta*;
- e) il comune è stato condannato alla refusione delle spese di lite.

3. Avverso la su menzionata sentenza n. 1951 del 2012 il comune ha interposto appello notificato il 5 aprile 2013 e depositato il successivo giorno 26 aprile 2013.

4. Si è costituita la ditta Scardi eccependo, in rito, la tardività del deposito dell'atto di appello in violazione del termine dimezzato di 15 giorni, ai sensi del combinato disposto degli artt. 87, co. 3, e 94, co. 1, c.p.a.; nel merito ha concluso per l'infondatezza del gravame.

5. Il comune, con memoria depositata in data 3 ottobre 2013:

a) ha sostenuto che in base alle norme sancite dal combinato disposto degli artt. 87, co. 3, 94, co. 1, e 114, co. 9, c.p.a, il termine per il deposito dell'atto di appello nel rito dell'ottemperanza è quello ordinario di trenta giorni;

b) ha evidenziato la presenza di alcuni punti oscuri nel procedimento di notificazione a mezzo posta e, in particolare, per quanto attiene alla restituzione dell'avviso di ricevimento dell'atto giudiziario;

c) ha chiesto la rimessione in termini per errore scusabile ai sensi dell'art. 37 c.p.a. stante l'incertezza esegetica delle norme di riferimento e del comportamento dell'agente postale;

d) infine, ha insistito per il deferimento della controversia all'adunanza plenaria, stante la necessità di approfondire tutte le questioni di diritto sottese alla medesima anche in relazione alla concedibilità della rimessione in termini.

6. Ha replicato la ditta Scardi con memorie in data 5 e 11 ottobre 2013.

7. La causa è stata assunta in decisione alla camera di consiglio del 22 ottobre 2013.

8. L'appello è irricevibile.

9. Per una migliore intelligenza della vicenda in esame, conviene muovere

dalla analitica ricostruzione del procedimento di notificazione del gravame (sulla scorta dei documenti versati nel fascicolo d'ufficio ed in particolare delle cartoline di avviso di ricevimento n. 76593225672-1 e n. 76545031466-0 inviate al difensore del comune e pervenute a quest'ultimo rispettivamente in data 7 e 18 aprile 2013), da cui risulta quanto segue:

- a) il difensore del comune ha proceduto alla notificazione dell'atto di appello a mezzo servizio postale ai sensi della l. n. 53 del 1994;
- b) in data 28 marzo 2013 ha spedito al domicilio del difensore della società Scardi la raccomandata n. 76491381584-1 (cfr. ricevuta di consegna in pari data e timbro a secco dell'ufficio postale di Foggia);
- c) il giorno 4 aprile 2013, l'agente postale si è recato presso lo studio dell'avvocato della società – sito in Bari a via Guido de Ruggero n. 9 - ma non ha potuto consegnare il plico contenente l'atto di appello stante l'assenza di quest'ultimo; conseguentemente ha immesso avviso in cassetta ed ha depositato il plico presso l'ufficio postale di Bari;
- d) il giorno successivo (5 aprile), l'avvocato della società si è recato presso l'ufficio postale di Bari ed ha ritirato il plico;
- e) delle attività svolte dall'agente postale è stata data notizia al difensore del comune notificante con i due distinti avvisi menzionati sub n. 9.

9.1. Tanto premesso in fatto, osserva il collegio in diritto - in adesione alle norme ed ai principi forgiati dalla giurisprudenza di questo Consiglio da cui non intende decampare ed ai quali rinvia ai sensi dell'art. 88, co. 2, lett. d), c.p.a. (cfr., *ex plurimis*, Cons. St., ad. plen. 9 agosto 2012, n. 32; ad. plen. 3 giugno 2011, n. 10; ad. plen. 2 dicembre 2010, n. 3; sez. V, 28 febbraio 2013, n. 1218; sez. III, 20 settembre 2012, n. 5021; sez. VI, 19 gennaio 2012, n. 211; Cons. giust. amm. 5 gennaio 2012, n. 49; sez. V, 1 aprile 2011,

n. 2036) - che:

a) il dies a quo in relazione al quale computare il termine perentorio per il deposito del ricorso (sia in primo grado che in appello a mente dell'art. 45, co. 1, c.p.a. applicabile al processo di impugnazione in virtù del richiamo effettuato dall'art. 94, co. 1, c.p.a.), è quello che decorre nel momento in cui si perfeziona l'ultima notificazione per il destinatario dell'atto e non dalla conoscenza che il notificante ha avuto di tale evento (come risulta, del resto, dal significato testuale e dalla logica che innervano le disposizioni sancite dai commi 2 e 3, dell'art. 45 cit.);

b) sia prima che dopo la novella dell'art. 87, co. 3, recata dal primo correttivo al codice del processo amministrativo (art. 1, co. 1, lett. s), n. 2, d.lgs. n. 195 del 2011), la giurisprudenza unanime del Consiglio di Stato ha ritenuto che il termine per il deposito del ricorso in appello avverso sentenza resa secondo il rito dell'ottemperanza, sia quello dimezzato di 15 giorni sancito dal combinato disposto degli artt. 87, co. 3, 94, co. 1, e 114, co. 8 e 9, c.p.a.; invero, l'art. 114 c.p.a. (che disciplina il procedimento per il giudizio di ottemperanza), al comma 8, stabilisce che le disposizioni del giudizio di ottemperanza si applicano anche alle impugnazioni avverso i provvedimenti giurisdizionali adottati dal giudice dell'ottemperanza; quanto ai termini per la proposizione delle impugnazioni, al comma 9, stabilisce che questi ultimi sono quelli previsti nel libro terzo e, quindi quelli dettati dall'art. 94 c.p.a., norma di carattere generale che, a sua volta, sancisce che il ricorso deve essere depositato nella segreteria del giudice adito entro 30 giorni dall'ultima notificazione; tale disposizione è, tuttavia, derogata dall'art. 87 c.p.a., comma 3, che relativamente ai procedimenti in camera di consiglio (tra i quali alla lettera d) è compreso il giudizio di ottemperanza),

stabilisce che tutti i termini processuali sono dimezzati rispetto a quelli del giudizio ordinario, tranne quelli per la notificazione del ricorso; l'unico ambito di discussione, anteriormente al primo decreto correttivo, era quello concernente il dimezzamento dei termini per la notificazione dell'atto di appello avverso sentenza in materia di ottemperanza; successivamente al d.lgs. n. 195 del 2011, la questione si è completamente chiarita nel senso che tutti i termini, incluso quello per proporre appello, sono dimezzati (*<<...tranne, nei giudizi di primo grado, quelli per la notificazione del ricorso introduttivo, del ricorso incidentale dei motivi aggiunti.>>*);

c) la norma sancita dall'art. 37 c.p.a. è rigorosamente interpretata nel senso che i presupposti per la concessione dell'errore scusabile sono individuabili esclusivamente nella oscurità del quadro normativo, nelle oscillazioni della giurisprudenza, in comportamenti ambigui dell'amministrazione, nell'ordine del giudice di compiere un determinato adempimento processuale in violazione dei termini effettivamente previsti dalla legge, nel caso fortuito e nella forza maggiore;

d) sulla scorta del tenore testuale delle norme divise dall'art. 99, co. 1 e 3, c.p.a., dello scopo delle medesime (garantire la certezza del diritto attraverso il rafforzamento della funzione nomofilattica dell'adunanza plenaria del Consiglio di Stato) e del necessario rispetto del principio costituzionale del giudice naturale (art. 25, co. 1 Cost.), devono ritenersi di stretta interpretazione entrambe le ipotesi di deferimento della causa all'adunanza plenaria: quella facoltativa (art. 99, co. 1, c.p.a.), allorché la sezione riscontri un contrasto di giurisprudenza reale o potenziale (perché non intende seguire l'indirizzo consolidato); quella obbligatoria (art. 99, co. 3, c.p.a.), ove la sezione intenda rimettere in discussione un principio di

diritto già enunciato dall'adunanza plenaria.

9.2. Facendo applicazione dei su esposti principi al caso di specie il collegio rileva che:

- a) alcuna irregolarità è rinvenibile nelle operazioni compiute dall'agente postale (la cui sussistenza è provata fino a querela di falso dagli avvisi di ricevimento debitamente sottoscritti e versati in atti), né si configurano un complessivo comportamento fuorviante (riferibile al giudice o alla controparte), ovvero il caso fortuito o la forza maggiore;
- b) alcuna oscillazione o contrasto giurisprudenziale è stato mai registrato in ordine alla individuazione del termine di deposito del ricorso in appello avverso sentenza resa secondo il rito dell'ottemperanza;
- c) la vicenda che occupa si è svolta circa due anni dopo l'entrata in vigore della novella dell'art. 87, co. 3, cit.;
- d) il micro ordinamento di settore è chiaro ed univoco è l'applicazione delle disposizioni che lo compongono;
- e) conseguentemente deve essere respinta sia la richiesta di rimessione in termini che quella di deferimento dell'affare all'adunanza plenaria del Consiglio di Stato.

10. In conclusione l'appello deve essere dichiarato irricevibile.

11. Gli onorari del presente grado di giudizio, regolamentati secondo l'ordinario criterio della soccombenza, sono liquidati in dispositivo.

Non può trovare ingresso la richiesta di refusione forfettaria delle spese generali avanzata dalla società intimata, non essendo stato ancora emanato il regolamento previsto dall'art. 13, co. 10, l. n. 247 del 2012 (deputato a fissarne il tetto massimo); in via transitoria, pertanto, a mente dell'art. 64, co. 2, della precitata l. n. 247 del 2012, continua a trovare applicazione il

d.m. n. 140 del 2012 il cui art. 1, co. 2, vieta espressamente il rimborso delle spese forfettarie (cfr. Cons. St., sez. V, 31 ottobre 2012, n. 5548).

12. Parimenti inaccoglibile, stante la sua assoluta genericità, è la richiesta di condanna del comune di Accadia, a titolo di responsabilità processuale aggravata, avanzata dalla dita Scardi (pagina 5 della memoria depositata il 5 ottobre 2013, e pagina 5 della memoria depositata l'11 ottobre 2013); è sufficiente osservare che, in apice, non si comprende neppure a quale ipotesi di responsabilità processuale si riferisca la società appellata fra quelle previste dall'ordinamento (cfr., sul punto e da ultimo, Cons. St., sez. V, 11 giugno 2013, n. 3210 cui si rinvia a mente dell'art. 88, co. 2, lett. d), c.p.a.):

a) art. 96, co. 1, c.p.c. applicabile ex art. 26, co. 1, c.p.a. (che prevede l'assolvimento dell'onere della prova della mala fede e colpa grave dell'autore dell'illecito nonché del danno in concreto subito, di cui non v'è traccia in atti);

b) art. 96, co. 3, c.p.c. applicabile ex art. 26, co. 1, c.p.a. (che consente al giudice di condannare anche d'ufficio l'autore dell'illecito processuale ad una pena privata in favore della controparte);

c) art. 26, co. 2, c.p.a. (che consente al giudice amministrativo di infliggere una sanzione pecuniaria processuale da riversarsi a speciale capitolo per il funzionamento della giustizia amministrativa).

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo dichiara irricevibile e per l'effetto conferma l'impugnata sentenza.

Condanna il comune di Accadia a rifondere in favore della società Scardi Ristorazione s.r.l. gli onorari del presente grado di giudizio che liquida in

complessivi euro 3.000/00 (tremila/00) oltre accessori come per legge (I.V.A. e C.P.A.).

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 22 ottobre 2013 con l'intervento dei magistrati:

Mario Luigi Torsello, Presidente

Vito Poli, Consigliere, Estensore

Sabato Malinconico, Consigliere

Doris Durante, Consigliere

Antonio Bianchi, Consigliere

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 31/10/2013

IL SEGRETARIO

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