

N. 00841/2014REG.PROV.COLL.
N. 06604/2013 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

ex artt. 38 e 60 cod. proc. amm.

sul ricorso numero di registro generale 6604 del 2013, proposto dalla società:

Ferrovie del Sud Est e Servizi Automobilistici Srl, rappresentata e difesa dagli avvocati Angelo R. Schiano e Luciano Ancora, con domicilio eletto presso il primo in Roma, via del Babuino, 107;

contro

Stadler Bussnang Ag, rappresentata e difesa dagli avv. Maria Labianca, Aurelio Pappalepore, con domicilio eletto presso Antonia De Angelis in Roma, via Portuense, 104;

per la riforma della sentenza breve del t.a.r. puglia – bari, sezione ii, n. 00780/2013, resa tra le parti, concernente affidamento fornitura di n.5 elettrotreni a tre casse a trazione elettrica;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Stadler Bussnang Ag;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 17 dicembre 2013 il Cons.

Gabriella De Michele e uditi per le parti gli avvocati Ancora, e Pappalepore;

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

FATTO E DIRITTO

Con sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia, Bari, sez. II, n. 780/13, emessa il 17.5.2013 a norma dell'art. 60 del d.lgs. n. 104/2010 (c.p.a.) è stato accolto il ricorso proposto da Stadler Bussnag Ag. avverso il bando di gara pubblicato il 23.11.2012 (con successivi avvisi di rettifica in data 29.12.2012 e 27.3.2013) avente ad oggetto la “fornitura di 5 elettrotreni a tre casse a trazione elettrica....con opzione per la fornitura di n. 10 elettrotreni aventi le medesime caratteristiche”. Nella citata sentenza si rilevava sostanzialmente l'avvenuta, non consentita modifica delle prescrizioni di gara attraverso una serie di “chiarimenti”, dai quali sarebbe emersa l'avvenuta indizione della gara stessa sulla base di un “progetto preceduto da una non sufficiente fase di studio e perciò redatto in modo approssimativo”; veniva altresì rilevata la “costituzione solo formale delle Ferrovie”, da cui non sarebbero state prodotte argomentazioni difensive in ordine “all'allegata natura innovativa delle prescrizioni introdotte con i chiarimenti”.

In sede di appello (n. 6604/13, notificato il 6.8.2013) la società Ferrovie del Sud Est e Servizi Automobilistici s.r.l. (succeduta ex lege alla Gestione Commissariale Governativa per le Ferrovie del Sud Est) eccepiva in via

preliminare la “nullità della sentenza per omesso esame degli atti di parte”, nonché violazione degli articoli 1 e 2 del d.lgs. n. 104/2010, essendo stata ignorata (ed anzi, dichiarata insussistente) un’articolata memoria difensiva, regolarmente depositata in atti nel giudizio di primo grado, con precisazione delle ragioni che avevano indotto a specificare più dettagliatamente determinati criteri, con scelte preferenziali riconducibili all’esigenza di razionalizzare le scorte di magazzino.

La società appellata, costituitasi in giudizio, eccepiva in via preliminare la tardività, nonché l’inammissibilità per intervenuta acquiescenza, e nel merito l’infondatezza dell’appello.

Premesso quanto sopra – e ritenuti sussistenti i presupposti per emettere sentenza in forma semplificata, ai sensi dell’art. 60 c.p.a. – il Collegio ritiene che, respinte le eccezioni preliminari sollevate dall’appellata, l’impugnativa debba essere accolta, risultando fondata ed assorbente la censura di omesso esame degli atti di parte, con le conseguenze di cui all’art. 105 c.p.a.

Quanto alla tempestività dell’appello, infatti, sembra appena il caso di precisare come rilevino al riguardo non (come per i provvedimenti amministrativi) il criterio sussidiario della “piena conoscenza”, ma la data di pubblicazione della sentenza mediante deposito in segreteria e l’avvenuta notifica, o meno, della stessa, con dimidiazione dei termini ordinari per la materia di cui trattasi, a norma degli articoli 92, commi 1 e 3 e 119, comma 2 c.p.a. (mentre l’art. 120 del medesimo c.p.a. contiene disposizioni specifiche per l’impugnazione in primo grado degli atti di gara); nel caso di specie la sentenza di cui si discute non risulta notificata, con conseguente sussistenza per l’impugnazione del termine di tre mesi (cfr. anche in tal senso Cons. St., sez. V, 1.8.2012, n. 4399). Nel caso di specie detto termine

non risulta superato, così come non ravvisabile deve ritenersi l'ecceppita acquiescenza, che la parte appellata riconduce allo svincolo della cauzione provvisoria ed alla manifestata intenzione di procedere ad annullamento degli atti di gara. Anche ove l'Amministrazione ferroviaria intendesse procedere a rinnovo della gara, viceversa, appare sussistente l'interesse a contestare una pronuncia in cui la stessa, senza valutazione delle argomentazioni difensive prospettate, è stata condannata al pagamento delle spese giudiziali, oltre a restare esposta ad azione risarcitoria: azione già proposta con esito negativo nell'ambito del giudizio concluso con la medesima sentenza n. 780/13, ma solo allo stato degli atti, per omessa dimostrazione del danno subito dalla società interessata.

Non può essere invece superata – e sarebbe rilevabile anche d'ufficio – la censura riferita ad omessa valutazione della memoria difensiva della citata Amministrazione: tale memoria risulta menzionata nella distinta degli atti depositati il 19.4.2013 presso il TAR per la Puglia, sede di Bari, con timbro apposto dall'ufficio ricevente del medesimo TAR.; la stessa tuttavia, per quanto risulta dalla motivazione della sentenza appellata, non è stata presa in esame dal Collegio giudicante, che si è pronunciato senza tenere conto delle ragioni esposte dall'Amministrazione, il cui diritto di difesa appare pertanto lesa.

In tale situazione, la questione dedotta in giudizio appare suscettibile di rinvio al giudice di primo grado, in applicazione dell'art. 35 della legge 6.12.1971, n. 1034 (in seguito sostanzialmente recepito dall'art. 105, comma 1, c.p.a., approvato con d.lgs. n. 104/2010), in quanto la suddetta lesione del diritto di difesa concretizza quel "difetto di procedura" della sentenza appellata, che non consente di trattenere in decisione la causa per l'effetto

devolutivo dell'appello, tenuto conto dell'esigenza di non sottrarre ad entrambe le parti le garanzie del doppio grado di giudizio (a differenza di quanto avviene in caso di erronee declaratorie di inammissibilità, irricevibilità o decadenza del ricorso, identificate come contenuto della sentenza appellata: cfr. al riguardo, per il principio, Cons. St., sez. V, 6.12.1988, n. 797; Cons. St., sez. IV, 15.1.1980, n. 13; Cons. St., sez. IV, 23.10.1984, n. 774; Cons. St., sez. VI, 17.4.2003, n. 2083 e 25.9.2009, n. 5792; Cons. St., sez., IV, 7.6.2004, n. 3608; Cons. St., sez. V, 10.5.2005, n. 2348, 14.4.2008, n. 1605 e 2.10.2008, n. 4774, nonchè, per il nuovo rito: Cons. st., sez. IV, 5.6.2012, n. 3317 e Cons. St., sez. VI, 12.12.2011, n. 6492).

Per le ragioni esposte, in conclusione, l'appello in esame deve essere accolto, con le conseguenze precisate in dispositivo; quanto alle spese giudiziali, tuttavia, il Collegio ne ritiene equa la compensazione, previo bilanciamento delle opposte ragioni delle parti.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta), definitivamente pronunciando, accoglie l'appello indicato in epigrafe e, per l'effetto, annulla la sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia, Bari, sez. II, n. 780/13 del 17.5.2013; rinvia gli atti al medesimo Tribunale, ai sensi e per gli effetti dell'art. 105 c.p.a., approvato con d.lgs. n. 104/2010.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 17 dicembre 2013 con l'intervento dei magistrati:

Luciano Barra Caracciolo, Presidente

Gabriella De Michele, Consigliere, Estensore

Giulio Castriota Scanderbeg, Consigliere

Roberta Vigotti, Consigliere

Bernhard Lageder, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 20/02/2014

IL SEGRETARIO

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