**N. 00885/2012 REG.PROV.COLL.**

**N. 00938/2011 REG.RIC.**

****

**REPUBBLICA ITALIANA**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia**

**(Sezione Prima)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 938 del 2011, integrato da motivi aggiunti, proposto da Intini Angelo s.r.l., rappresentata e difesa dagli avv.ti Federico Massa e Francesco Cantobelli, con domicilio eletto presso l’avv. Pierluigi Balducci in Bari, via Melo, 114;

*contro*

Ferrovie Appulo Lucane s.r.l., rappresentata e difesa dall’avv. Pier Luigi Piselli, con domicilio eletto presso l’avv. Antonio Colaleo in Bari, via Principe Amedeo, 197;

*nei confronti di*

Salvatore Matarrese s.p.a., rappresentata e difesa dall’avv. Sabino Persichella, con domicilio eletto presso il suo studio in Bari, via Principe Amedeo, 197;

*per l'annullamento*

dell’atto con cui la società resistente ha aggiudicato definitivamente alla Salvatore Matarrese s.p.a. l’appalto per la progettazione esecutiva ed esecuzione dei lavori di completamento della linea Bari – Bitritto con nuovo percorso tra S. Andrea e Bari Centrale;

per la dichiarazione di inefficacia del contratto e per il risarcimento in forma specifica ovvero per equivalente;

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Ferrovie Appulo Lucane s.r.l. e di Salvatore Matarrese s.p.a.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell’udienza pubblica del giorno 4 aprile 2012 il dott. Savio Picone e uditi per le parti i difensori avv.ti Francesco Cantobelli, Francesco Zaccone (per delega di Pier Luigi Piselli) e Sabino Persichella;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con bando di gara del 29 gennaio 2010, la Ferrovie Appulo Lucane s.r.l. ha indetto una procedura aperta per l’affidamento della progettazione esecutiva e della realizzazione dei lavori di completamento della linea Bari – Bitritto con nuovo percorso tra S. Andrea e Bari Centrale, di importo presunto pari ad euro 21.599.749,25 (per lavori) ed euro 524.330,64 (per progettazione), da aggiudicarsi con il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa.

Prima classificata ed aggiudicataria definitiva è risultata la Salvatore Matarrese s.p.a., con il punteggio complessivo di 94,00.

La Intini Angelo s.r.l., classificatasi seconda con il punteggio complessivo di 88,49, impugna l’affidamento dell’appalto ed il relativo contratto, deducendo motivi così rubricati:

1) violazione degli artt. 46, 47 e 48 del D.P.R. n. 445 del 2000 ed eccesso di potere per illogicità: l’aggiudicataria avrebbe allegato una dichiarazione autocertificata, sottoscritta dal legale rappresentante Michele Matarrese, priva di data e perciò non valida ai fini dell’ammissione;

2) violazione del disciplinare di gara ed eccesso di potere per illogicità: l’aggiudicataria non avrebbe sottoscritto in ogni pagina il capitolato speciale d’appalto, come viceversa prescritto dalla *lex specialis* di gara a pena d’esclusione;

3) eccesso di potere per illogicità manifesta, difetto di motivazione, carenza d’istruttoria ed erroneità dei presupposti: l’aggiudicataria non avrebbe indicato, nella propria offerta tecnico-economica, la voce specifica relativa alla fornitura delle rotaie (per il paragrafo AM.BN.A.201.I);

4) eccesso di potere per illogicità manifesta, difetto di motivazione, carenza d’istruttoria ed erroneità dei presupposti: la commissione di gara avrebbe dovuto escludere la società aggiudicataria, per avere quest’ultima proposto l’eliminazione della deviata (alla progr. Km 2+238) e la realizzazione di un flesso, senza illustrarne i dettagli tecnici ed il costo, ed anzi prefigurando una miglioria progettuale irrealizzabile e pericolosa per la sicurezza pubblica;

5) eccesso di potere per illogicità manifesta, carenza d’istruttoria ed erroneità dei presupposti: l’aggiudicataria avrebbe previsto, nella propria offerta economica, un costo sottostimato ed incongruo della manodopera, specialmente in relazione al premio di assicurazione INAIL;

6) eccesso di potere per illogicità manifesta, carenza d’istruttoria ed erroneità dei presupposti: le giustificazioni rese dall’aggiudicataria sull’anomalia dell’offerta sarebbero insufficienti e contraddittorie con riferimento alla manodopera, ai materiali ed ai trasporti.

La ricorrente chiede inoltre la condanna della stazione appaltante al risarcimento del danno in forma specifica ovvero per equivalente monetario.

Si è costituita la Ferrovie Appulo Lucane s.r.l., chiedendo il rigetto dell’impugnativa in quanto inammissibile e comunque infondata.

Successivamente, si è costituita la controinteressata Salvatore Matarrese s.p.a., al solo scopo di eccepire la nullità delle notifiche del ricorso introduttivo e dei motivi aggiunti.

La domanda di sospensiva è stata respinta con ordinanza di questa Sezione n. 775 del 22 settembre 2011.

Il contratto d’appalto tra Ferrovie Appulo Lucane s.r.l. e Salvatore Matarrese s.p.a. è stato sottoscritto in data 28 novembre 2011.

Le parti hanno svolto difese in vista della pubblica udienza del 4 aprile 2012, nella quale la causa è passata in decisione.

DIRITTO

1. In rito, le parti resistenti hanno concordemente eccepito l’inammissibilità dell’impugnativa, in quanto sia il ricorso introduttivo che i motivi aggiunti (questi ultimi proposti dalla Intini Angelo s.r.l. a seguito del compiuto accesso agli atti di gara, avvenuto soltanto in data 19 maggio 2011) sarebbero stati notificati all’aggiudicataria Salvatore Matarrese s.p.a. oltre il termine decadenziale di trenta giorni previsto dall’art. 120, quinto comma, cod. proc. amm. per i giudizi in materia di pubblici appalti.

L’eccezione è fondata.

Come è noto, ai sensi dell’art. 41, secondo comma, cod. proc. amm. il ricorso deve essere notificato entro il termine decadenziale anche ad almeno uno dei controinteressati: tale era, nella fattispecie, la Salvatore Matarrese s.p.a., aggiudicataria definitiva.

E’ però accaduto che parte ricorrente ha indicato ai fini della notifica, in calce al ricorso originario, l’indirizzo di viale Japigia n. 145 – Bari, diverso da quello della sede legale della Salvatore Matarrese s.p.a. risultante dalla visura camerale, ossia via Toscanini n. 21 – Bari.

Nella relata di notifica del 29 aprile 2011, l’ufficiale giudiziario ha perciò attestato di non aver potuto consegnare l’atto, in quanto la società è trasferita altrove.

Anche la notifica dei motivi aggiunti alla Salvatore Matarrese s.p.a. non è andata a buon fine, avendo parte ricorrente nuovamente indicato l’erroneo indirizzo di viale Japigia n. 145 (cfr. la relata in data 18 giugno 2011, ove di nuovo l’ufficiale giudiziario ha confermato l’avvenuto trasferimento della sede legale della destinataria, stavolta indicando l’attuale indirizzo in via Toscanini n. 21).

Il ricorso originario ed i motivi aggiunti sono stati alfine correttamente notificati alla Salvatore Matarrese s.p.a. in data 29 agosto 2011, quando ormai era ampiamente decorso il termine decadenziale breve di trenta giorni, decorrente dalla conoscenza degli atti impugnati.

Difettano, in tale situazione, i presupposti per riconoscere l’errore scusabile e la rimessione nei termini, giacché parte ricorrente avrebbe potuto diligentemente verificare il nuovo domicilio della società controinteressata, quanto meno dopo l’esito negativo della prima notifica. Ed invece l’errore è stato reiterato, allorquando era già conoscibile l’avvenuto trasferimento della sede legale della Salvatore Matarrese s.p.a. (risultante, come si è detto, dalla relata di notifica del ricorso introduttivo del 29 aprile 2011).

D’altronde, la nuova ubicazione delle sede legale in via Toscanini n. 21 risultava, oltre cha dalla ordinaria visura camerale, anche dalla documentazione allegata all’offerta tecnica della Salvatore Matarrese s.p.a., depositata in giudizio dalla stessa ricorrente il 4 luglio 2011 unitamente ai motivi aggiunti.

Per le stesse ragioni, non ricorrevano i presupposti per la concessione del termine ai fini della rinnovazione della notifica *ex* art. 44, ultimo comma, cod. proc. amm., essendo l’errore imputabile al notificante.

Non sussistono, dunque, le condizioni per il riconoscimento dell’errore scusabile, che l’art. 37 cod. proc. amm. consente in presenza di oggettive ragioni di incertezza su questioni di diritto o di gravi impedimenti di fatto, con previsione che è di stretta interpretazione (cfr. Cons. Stato, Ad. plen., 2 dicembre 2010 n. 3).

Né può connettersi effetto sanante, ai sensi dell’art. 44, terzo comma, cod. proc. amm., alla costituzione in giudizio della Salvatore Matarrese s.p.a., avvenuta il 15 settembre 2011 (quando ormai era spirato il termine per impugnare l’aggiudicazione definitiva) all’unico dichiarato fine di eccepire l’inammissibilità del ricorso. La regola della sanatoria per effetto del conseguimento dello scopo, infatti, risulta applicabile solo quando la costituzione della parte intimata sia avvenuta prima della scadenza del termine di legge per la proposizione del ricorso (cfr., per la giurisprudenza anteriore al nuovo Codice di rito: Cons. Stato, sez. V, 8 gennaio 1998 n. 60; Id., sez. IV, 10 agosto 2004 n. 5508).

Per quanto detto, deve essere dichiarata irricevibile l’impugnativa proposta dalla Intini Angelo s.r.l. avverso l’aggiudicazione definitiva dell’appalto.

2. E’ conseguentemente inammissibile, ai sensi degli artt. 121-ss. cod. proc. amm., la domanda di caducazione del contratto e di accertamento del diritto al subentro, rivestendo carattere pregiudiziale il previo annullamento da parte del giudice del provvedimento di aggiudicazione.

3. L’irricevibilità dell’impugnativa comporta la reiezione della domanda di risarcimento del danno per equivalente, alla luce dei principi recentemente espressi dalla giurisprudenza amministrativa (cfr., per tutte: Cons. Stato, Ad. plen., 23 marzo 2011 n. 3, alla cui ampia motivazione si rinvia) e da questa stessa Sezione in relazione a vicende affini (cfr. TAR Puglia, Bari, sez. I, 22 marzo 2011 n. 442; Id., sez. I, 17 maggio 2011 n. 745, quest’ultima confermata in appello da Cons. Stato, sez. VI, 28 marzo 2012 n. 1849).

In particolare, trova applicazione la regola della non risarcibilità dei danni evitabili con la tempestiva impugnazione del provvedimento lesivo, oggi sancita dall’art. 30, terzo comma, cod. proc. amm., ricognitiva di principi già evincibili dal secondo comma dell’art. 1227 cod. civ.: tale opzione valorizza il ruolo rivestito, nella valutazione relativa al comportamento complessivo delle parti, dalla diligenza nell’attivare i mezzi offerti dal sistema per far valere la protezione di quel bene della vita cui risulta funzionale l’interesse alla legittimità dell’azione amministrativa.

Nel caso di specie, la tardiva impugnazione dell’aggiudicazione ha reso intangibile l’affidamento dell’appalto all’impresa controinteressata e, quindi, è a tale negligente condotta che va innanzitutto imputato il danno lamentato, poiché il ritardo nella rituale notifica del ricorso ha determinato l’irrecuperabilità di quel bene della vita che si assume illegittimamente sottratto.

Del resto, l’istanza di sospensiva proposta dall’odierna ricorrente è stata rigettata, nella camera di consiglio del 22 settembre 2011, proprio sull’esplicito rilievo della fondatezza delle eccezioni di rito sollevate dalle parti resistenti.

In conclusione, è respinta la domanda di risarcimento del danno.

4. Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate nella misura indicata in dispositivo, che tiene conto dell’attività difensiva svolta dalle parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia (Sezione Prima) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, in parte lo dichiara irricevibile, in parte lo dichiara inammissibile ed in parte lo respinge.

Condanna la Intini Angelo s.r.l. al pagamento delle spese di giudizio in favore di Ferrovie Appulo Lucane s.r.l., nella misura di euro 6.000 (seimila), e di Salvatore Matarrese s.p.a., nella misura di euro 4.000 (quattromila), il tutto oltre i.v.a., c.a.p. ed accessori di legge.

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

Così deciso in Bari nella camera di consiglio del giorno 4 aprile 2012 con l’intervento dei magistrati:

Corrado Allegretta, Presidente

Savio Picone, Primo Referendario, Estensore

Paolo Amovilli, Referendario

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
|  |  |  |
|  |  |  |
| **L'ESTENSORE** |  | **IL PRESIDENTE** |
|  |  |  |
|  |  |  |
|  |  |  |
|  |  |  |
|  |  |  |

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 04/05/2012

IL SEGRETARIO

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