

N. 01849/2012REG.PROV.COLL.  
N. 06040/2011 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

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 6040 del 2011, proposto da:

Thales Italia s.p.a., in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dagli avvocati Gianluca Belotti e Francesca Covone, con domicilio eletto presso lo studio legale di quest'ultima in Roma, piazza Venezia, 11;

*contro*

Fal - Ferrovie Appulo Lucane s.r.l., in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dall'avv. Michele Didonna, con domicilio eletto presso lo studio legale Arbia in Roma, Circonvallazione Clodia, 80;

*nei confronti di*

Associazione temporanea di imprese (ATI) tra Bonciani s.p.a. unipersonale e Mer Mec s.p.a., in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dagli avvocati Roberto Fariselli, Virginia Patruno, Mario Sanino, con domicilio eletto presso l'avvocato Mario Sanino in Roma, viale Parioli, 180;

*per la riforma*

della sentenza del T.A.R. PUGLIA - BARI: SEZIONE I n. 745/2011, resa tra le parti, concernente AFFIDAMENTO LAVORI DI INTERVENTO PER IL MIGLIORAMENTO DELLA SICUREZZA DEL TRASPORTO FERROVIARIO (RISARCIMENTO DANNI).

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Fal - Ferrovie Appulo Lucane s.r.l. e di Bonciani s.p.a. unipersonale e di Mer Mec s.p.a.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 14 febbraio 2012 il Consigliere di Stato Giulio Castriota Scanderbeg e uditi per le parti gli avvocati Belotti, Covone, Didonna, Fariselli e Sanino;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

#### FATTO e DIRITTO

1. La società Thales Italia s.p.a., seconda graduata nella gara d'appalto avviata con bando del 2 novembre 2009 dalle Ferrovie Appulo-Lucane per gli interventi di miglioramento della sicurezza del trasporto ferroviario sulla linea della Regione Puglia e della Regione Basilicata, ha impugnato dinanzi al Tar di Bari l'aggiudicazione della predetta gara al raggruppamento temporaneo costituito tra Bonciani spa e MER MEC s.p.a..

Dinanzi ai giudici di primo grado la ricorrente faceva valere motivi afferenti la illegittima partecipazione alla gara del soggetto aggiudicatario, assumendone la carenza dei requisiti di capacità tecnica, nonché l'erronea ammissione dello stesso agli ulteriori svolgimenti della selezione dopo che la sua offerta era risultata anormalmente bassa e che le giustificazioni addotte si erano rivelate, sempre a giudizio della originaria ricorrente, inidonee a comprovare la serietà dell'offerta. Concludeva per l'accoglimento del ricorso e per l'annullamento degli atti impugnati con reintegrazione di

essa deducente nella posizione propria del soggetto aggiudicatario ovvero, in via subordinata, per il risarcimento dei danni subiti per effetto della mancata aggiudicazione della gara in suo favore.

Con sentenza 17 maggio 2011 n. 745 il Tar pugliese, sede di Bari, dichiarava irricevibile per tardività il ricorso principale, inammissibile la domanda di subentro nel rapporto contrattuale ed infondata la domanda risarcitoria.

2. Avverso tale sentenza, ritenuta ingiusta ed erronea, propone appello la originaria ricorrente deducendo che : 1) la comunicazione degli esiti della gara, ricevuta via fax dall'odierna appellante il 21 maggio 2010, non era sufficiente a far decorrere il termine per l'impugnazione dell'aggiudicazione, dovendo a tal fine aversi riguardo al termine di ricezione della successiva lettera raccomandata (soltanto anticipata dalla comunicazione via fax), con la quale la stazione appaltante aveva comunicato alla ricorrente i risultati dell'appalto con la trasmissione del provvedimento di aggiudicazione; 2) a tutto concedere, doveva esserle riconosciuto l'errore scusabile ai sensi dell'art. 37 del cod. proc. amm. per aver fatto incolpevolmente affidamento sulla comunicazione a mezzo lettera raccomandata anziché su quella a mezzo fax; 3) in ogni caso, la sentenza doveva ritenersi erronea nella parte in cui aveva rigettato la domanda risarcitoria sul solo rilievo della mancata tempestiva impugnazione degli atti presupposti. Reitera l'appellante anche in questo grado i motivi di merito relativi alla illegittima partecipazione alla gara, per carenza dei requisiti di capacità tecnica, del raggruppamento Bonciani s.p.a. - Mer Mec s.p.a. ed alla illegittima aggiudicazione in suo favore dell'appalto. Si sono costituiti per resistere al ricorso e per chiederne la reiezione l'ATI contro interessata nonché la società Ferrovie Appulo Lucane.

All'udienza del 14 febbraio 2012 la causa è stata trattenuta per la sentenza.

3. L'appello va respinto.

Rileva il Collegio, in via preliminare ed assorbente, che appare corretta e incensurabile la decisione impugnata nella parte in cui ha ritenuto tardivo, e perciò irricevibile, il ricorso di primo grado avverso l'aggiudicazione definitiva dell'appalto. Il ricorso di primo grado risulta infatti notificato il 25 giugno 2010 e quindi dopo lo spirare del termine di trenta giorni dalla conoscenza del provvedimento di aggiudicazione definitiva da parte della originaria ricorrente; appare indubitabile che tale conoscenza per l'odierna appellante deve essere correttamente collocata temporalmente alla data di ricezione della comunicazione fax del 21 maggio 2010, compiuta dalla stazione appaltante ai sensi dell'art. 79 d.lgs. n. 163/2006. Tale fax era diretto, per la società ricorrente Thales Italia s.p.a., al numero 055-3063288, corrispondente a quello indicato in sede di offerta, secondo quanto prescritto dal paragrafo III.2.1.9 del bando e dal paragrafo 4.6.k del disciplinare di gara.

Il ricorso è stato perciò notificato oltre il termine di trenta giorni, calcolato sulla base del combinato disposto degli artt. 79 e 245, comma 2-*quinquies*, del d. lgs. n. 163 del 2006 (applicabili *ratione temporis* alla presente controversia).

In contrario avviso non può condurre il fatto che la stazione appaltante, dopo l'invio del fax, abbia comunicato l'avvenuta aggiudicazione della gara alla odierna appellante anche a mezzo di lettera raccomandata. La comunicazione via telefax, infatti, è espressamente contemplata dall'art. 77 del d.lgs. n. 163/06 quale modalità tipica di comunicazione di notizie e informazioni ai partecipanti alle gare d'appalto. Nel caso specifico tale modalità comunicativa, richiamata dalla *lex specialis* di gara, era stata accettata dai concorrenti, che avevano indicato il numero telefonico al quale avrebbero potuto essere fatte le comunicazioni via telefax. Non sussiste, inoltre, come non condivisibilmente lamentato dalla appellante, un problema di completezza delle informazioni fornite a mezzo della

comunicazione fax, sotto il profilo del mancato rispetto di quanto al proposito previsto dall'art. 79, comma 5 bis, del d.lgs. n. 163 del 2006 in quanto, trattandosi di gara assegnata con il criterio del prezzo più basso, le indicazioni – già tutte contenute nella comunicazione via fax – relative al ribasso percentuale offerto dalla aggiudicataria soddisfano l'informazione sulle “caratteristiche e i vantaggi dell'offerta selezionata” (ai sensi dell'art. 79, comma 2, lett. c, del d.lgs. n. 163/2006, richiamato dal successivo comma 5-bis del medesimo articolo); anche perché il riferimento normativo alle caratteristiche della offerta deve intendersi limitato alle gare che vengono aggiudicate con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Non vi è dunque una asimmetria informativa tra il contenuto del fax e quello della successiva raccomandata che possa giustificare la postergazione della decorrenza del termine per impugnare.

Sulla base delle considerazioni svolte, essendosi realizzato in confronto della odierna appellante l'effetto della piena conoscenza del provvedimento di aggiudicazione già alla data della ricezione della comunicazione via fax del 21 maggio 2010, che vale quale comunicazione individuale del provvedimento ai sensi e per gli effetti dell'art. 21 della legge n. 1034 del 1971 (all'epoca vigente), è da tale data che correttamente deve essere computato il termine di trenta giorni per l'impugnazione; ciò posto risulta effettivamente tardiva la notifica del ricorso compiuta soltanto il 25 giugno 2010.

4. Da quanto detto discende altresì che non potevano dirsi sussistenti, nel caso di specie, i presupposti per far luogo alla applicazione dell'istituto della rimessione in termini per errore scusabile, come pure chiesto dalla odierna società appellante ai sensi dell'art. 37 cod.proc.amm., stante l'inequivoco tenore delle norme di legge richiamate, del bando di gara e delle comunicazioni effettuate dalla stazione appaltante.

5. Miglior sorte non merita, rispetto a quanto statuito dal giudice di primo

grado, la domanda risarcitoria, dedotta dalla appellante (in congiunzione alla censura di pretesa ininfluenza della rilevata tardività della impugnazione) avverso l'aggiudicazione della gara ai fini del suo positivo esame.

6. Il Collegio è del parere che, anche in epoca precedente la codificazione del precetto secondo cui (art. 30, comma 3, secondo periodo, del codice del processo amministrativo) non sono risarcibili i danni che si sarebbero potuti evitare con la tempestiva impugnazione dell'atto che si assume lesivo, analogo principio poteva trarsi in via interpretativa dall'art. 1227, comma 2, cod.civ. (in tal senso Cons. Stato, ad. plen., 23 marzo 2011, n. 3). Nel caso in esame, pertanto, in cui la solerte impugnazione dell'aggiudicazione avrebbe potuto, in tesi, rappresentare forma di reintegrazione in forma specifica per le ragioni della società appellante (tenuto conto del meccanismo selettivo automatico dell'offerta), non può trovare spazio la riparazione del danno per equivalente, una volta acclarata la consolidazione dell'aggiudicazione per fatto ascrivibile unicamente alla odierna appellante.

In definitiva, alla luce dei rilievi che precedono, l'appello va respinto e va confermata l'impugnata sentenza.

Le spese di lite di questo grado seguono la regola della soccombenza e sono liquidate come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta) definitivamente pronunciando sull'appello ( RG n. 6040/2011 ) , come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna la società appellante al pagamento, in favore delle parti appellate, delle spese processuali del presente grado di giudizio e liquida dette spese in euro 6.000 (seimila/00) oltre Iva e Cap in favore delle Ferrovie Appulo-Lucane srl ed in euro 6.000 (seimila/00) oltre Iva e Cap in favore della

controinteressata ATI Bonciani s.p.a. e Mer Mec s.p.a..

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 14 febbraio 2012

con l'intervento dei magistrati:

Carmine Volpe, Presidente

Rosanna De Nictolis, Consigliere

Gabriella De Michele, Consigliere

Giulio Castriota Scanderbeg, Consigliere, Estensore

Bernhard Lageder, Consigliere

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 28/03/2012

IL SEGRETARIO

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