

## ***Omissis***

### **FATTO**

1. Il Comune di Solofra con apposito bando in data 10 settembre 2010 indiceva una procedura ristretta per l'affidamento in concessione del servizio pubblico di distribuzione del gas naturale sul proprio territorio, per un periodo di 144 mesi (decorrenti dalla data del verbale di consegna degli impianti) e dell'importo di Euro. 5.040.000,00, I.V.A. esclusa, da aggiudicarsi ai sensi degli artt. 54 e 55 del D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163, e 15 e 35 della legge regionale della Campania n. 3 del 2007, con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ex art. 83 del citato D.Lgs. n. 163 del 2006.

Per quanto qui interessa il bando prevedeva, quale requisito di capacità tecnica (punto III.2.3., lett. e) "l'insussistenza di sanzioni irrogate dall'Autorità per l'energia elettrica ed il gas o altre autorità competenti per la violazione del corpo normativo disciplinante il servizio di distribuzione del gas naturale".

2. La società En. s.p.a., che aveva interesse a partecipare alla gara, ma cui era stata irrogata una sanzione da parte dell'Autorità per l'Energia Elettrica ed il Gas (giusta deliberazione VIS 33/2010 del 21 maggio 2010, peraltro ritualmente impugnata in sede giurisdizionale), chiedeva al Tribunale amministrativo regionale per la Campania, sezione staccata di Salerno, l'annullamento della predetta clausola del bando, deducendone l'illegittimità per "violazione dei principi generali di origine comunitaria di tutela della concorrenza e del favor participationis. Violazione e falsa applicazione dei principi discendenti dall'art. 42 T.U. appalti (DLgs 163/06 e s.m.i.). Violazione art. 97 Cost. Illogicità e perplessità dell'azione amministrativa" (primo e secondo motivo, quest'ultimo sotto diverso profilo); "Stessa censura sotto diverso profilo: Illogicità e perplessità dell'azione amministrativa. Violazione dell'art. 97 Cost." (terzo motivo).

In detto ricorso, iscritto al NRG 1635 dell'anno 2010, il Comune di Solofra non si costituiva in giudizio, mentre la società Sa.En., con atto notificato il 30 dicembre 2011 proponeva motivi aggiunti al ricorso notificato il 9 dicembre 2011 (sub par. 4) da valere anche come ricorso incidentale nel ricorso

principale proposto in questione, deducendo "Violazione dei principi generali in materia di accesso alle gare ad evidenza pubblica in presenza di clausole espresse di esclusione. Violazione della par condicio tra i partecipanti. Violazione delle prescrizioni del bando di gara, lex specialis", con cui contestava la legittimità dell'ammissione alla gara della ricorrente En. S.p.A.

3. Espletata la gara, cui erano state invitate sei società, tra cui la stessa En. S.p.A., quest'ultima, giusta determinazione dirigenziale n. 163 del 7 novembre 2011, veniva dichiarata aggiudicataria definitiva del servizio, essendo risultata la sua offerta economicamente più vantaggiosa (con punti 92,730).

4. La società Sa.En. S.p.A., seconda classificata, con rituale ricorso giurisdizionale notificato il 9 dicembre 2011, chiedeva al Tribunale amministrativo regionale per la Campania, sezione staccata di Salerno, l'annullamento di tale provvedimento di aggiudicazione, con declaratoria di inefficacia del contratto eventualmente stipulato nelle more, alla stregua di un solo articolato motivo di censura, rubricato "Violazione delle prescrizioni del bando di gara previste a pena di esclusione. Insussistenza in capo all'aggiudicataria della gara di requisito richiesto dal bando di gara a pena di esclusione. Eccesso di potere (Sviamento - difetto di istruttoria - contraddittorietà)", con cui lamentava l'illegittima ammissione alla gara di En. S.p.A., aggiudicataria.

Detto giudizio veniva iscritto al NRG. 205 dell'anno 2011.

Con motivi aggiunti notificati il 30 novembre 2011, da valere, come già ricordato in precedenza, anche quale ricorso incidentale nel giudizio iscritto al NRG. 1632/2010, la società Sa.En. S.p.A. chiedeva l'annullamento anche della nota prot. 21192 del 16 dicembre 2001, con cui era stata rigettata la richiesta di annullamento in autotutela del provvedimento di aggiudicazione dell'appalto in favore di En. S.p.A., e del provvedimento di ammissione alla gara di quest'ultima, deducendo in particolare, quanto ai motivi aggiunti al ricorso principale, "Violazione dei principi generali in materia di accesso alle gare ad evidenza pubblica in presenza di clausole espresse di esclusione. Violazione della par condicio tra i partecipanti. Violazione delle prescrizioni del bando di gara, lex specialis" e "Eccesso di potere (Illogicità manifesta - Difetto di istruttoria - Contraddittorietà - Sviamento)" e, a titolo di ricorso incidentale, la

censura, già svolta come il primo motivo aggiunto, di "Violazione dei principi generali in materia di accesso alle gare ad evidenza pubblica in presenza di clausole espresse di esclusione. Violazione della par condicio tra i partecipanti. Violazione delle prescrizioni del bando di gara, lex specialis".

Resisteva al ricorso il Comune di Solofra, chiedendone il rigetto.

La società En. S.p.A., oltre a dedurre l'inammissibilità e l'infondatezza dell'avverso gravame, spiegava ricorso incidentale, con cui impugnava nuovamente la lett. e) del punto III.2.3. del bando di gara, reiterando le censure già svolte con il ricorso principale iscritto al NRG. 1632 dell'anno 2010.

5. L'adito tribunale, sezione II, con la sentenza in forma semplificata n. 228 del 15 febbraio 2012, riuniti i ricorsi: a) respingeva il ricorso principale di En. (NRG. 1632/2010), rilevando che l'impugnata prescrizione del bando di gara era legittima, in quanto coerente con l'oggetto dell'appalto, non generica, né sproporzionata o inadeguata, non essendo preclusa alle stazioni appaltanti la possibilità di richiedere ai partecipanti requisiti ulteriori e più restrittivi rispetto a quelli fissati dalla legge, tanto più che il bando di gara in questione era stato pubblicato precedentemente alle modifiche (del 2011) che anche sul punto avevano riguardato il codice dei contratti pubblici; b) dichiarava improcedibile per carenza di interesse il ricorso incidentale proposto dalla società Sa.En. S.p.A.; c) quanto poi al ricorso NRG. 2085 del 2011, respinte preliminarmente le eccezioni di inammissibilità del ricorso principale e dei motivi aggiunti, sollevate dalla società En. S.p.A., respingeva il ricorso incidentale di quest'ultimo ed accoglieva il ricorso principale proposto dalla citata Sa.En. S.p.A., sottolineando il carattere cogente della disciplina di gara circa il possesso dei requisiti di partecipazione, di cui En. S.p.A. pacificamente difettava.

6. Avverso tale sentenza ha proposto appello En. S.p.A. con atto notificato a mezzo del servizio postale il 26 marzo 2012, chiedendone la riforma alla stregua dei seguenti articolati motivi di gravame: "I. Riproposizione delle eccezioni processuali. Inammissibilità del ricorso per mancata impugnazione della lettera di invito. Error in iudicando del TAR Salerno"; "II. Illegittimità della sentenza - Illogicità ed irragionevolezza della motivazione - Illegittimità del bando di gara in parte qua - Violazione di legge art. 2, D.Lgs. n. 163/2006,

art. 97 Cost. - Illegittimità della causa di esclusione. Error in iudicando del TAR Salerno".

Hanno resistito al gravame il Comune di Solofra e la società Sa.En. S.p.A., deducendone l'irricevibilità, l'inammissibilità e l'infondatezza.

All'udienza in camera di consiglio del 4 maggio 2012, fissata per la decisione sull'istanza cautelare di sospensione dell'esecutività della sentenza impugnata, l'appellante ha chiesto che la causa fosse trattata direttamente nel merito.

7. Nell'imminenza dell'udienza di trattazione il Comune di Solofra e la società Sa.En. S.p.A. hanno insistito nelle proprie conclusioni, insistendo in particolare sull'eccezione di tardività dell'appello; la società Sa.En. S.p.A. ha altresì prodotto documentazione ad ulteriore sostegno della irricevibilità del gravame.

La società appellante con memoria di replica dell'11 gennaio 2013 ha contro dedotto sul punto, rilevando la nullità della notificazione della sentenza, inidonea a far decorrere il termine breve di impugnazione, e riportandosi per il resto ai motivi di gravame.

8. Alla pubblica udienza del 22 gennaio 2013, dopo la rituale discussione, la causa è stata introitata per la decisione.

## **DIRITTO**

9. L'appello è irricevibile.

9.1. In punto di fatto occorre rilevare che, come risulta dagli atti di causa (ed in particolare dalla produzione della società Sa.Di. S.p.A.) la sentenza impugnata è stata notificata il 17 febbraio 2012, oltre che al Comune di Solofra (al quale peraltro la notifica risulta reiterata anche in data 14 marzo 2012), a En. S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, elettivamente domiciliato, unitamente al proprio difensore avv. Lu.D., c/o lo studio dell'avv. Lo.Vi. sito in Salerno alla via (...) "...a mani dell'avv. Fr.Mo., collega di..., incaricato di ricevere le notificazioni".

La difesa di En. S.p.A. non ha contestato tale circostanza, sostenendo invece che tale notifica sia nulla ovvero inesistente, e conseguentemente inidonea a far decorrere il termine breve di impugnazione, in quanto: a) sarebbero state

violare le forme previste dall'art. 141 c.p.c., non essendo stata consegnata copia della sentenza notificata al domiciliatario, avv. Lo.Vi.; b) non sarebbero state seguite neppure le forme di cui all'art. 139 c.p.c., perché nella relata non era indicata la qualità dell'avv. Mo., il quale non avrebbe studio in comune con l'avv. Vi. e non sarebbe dunque collega di studio; c) anche a voler ritenere applicabile l'art. 139 c.p.c., l'ufficiale giudiziario non avrebbe dato atto delle vane ricerche delle persone elencate, in maniera tassativa ed ordinata, dalla predetta norma; d) la relata di notifica sarebbe assolutamente incomprensibile, quanto all'istante, e alla sua qualità, e a quale persona detta notifica sia stata effettuata.

Con l'atto di replica in data 11 gennaio 2013 tali deduzioni sono state sostanzialmente confermate, confutandosi altresì la documentazione prodotta dalla Sa.En. S.p.A. a sostegno dell'eccezione in esame.

9.2. Le ricordate deduzioni difensive, ad avviso della Sezione, non sono meritevoli di favorevole considerazione.

9.2.1. Invero, la società En., sia nel ricorso introduttivo del giudizio NRG. 1632/2010, sia nel ricorso incidentale proposto nel giudizio NRG. 2085/2011 (come si evince dalla lettura dei relativi mandati a margine dei predetti atti), è stata rappresentata e difesa dall'avv. Lu.D., presso il quale ha eletto domicilio in Salerno, alla via (...), presso l'avv. Lu.Vi..

Non risultando intervenuta alcuna modifica di tale elezione di domicilio, la società Sa.En. S.p.A. ha correttamente notificato, ai sensi del combinato disposto degli artt. 285 e 170 c.p.c., la sentenza della cui impugnazione si tratta (del Tribunale amministrativo regionale per la Campania, sezione staccata di Salerno, sez. II, n. 228 del 15 febbraio 2012) a quel domicilio e la notifica non può considerarsi invalida, nulla o inesistente per il fatto che l'atto da notificare (la sentenza) non sia stato consegnato a mani del domiciliatario (avv. Vi.), ma di altro soggetto "incaricato di ricevere le notificazioni", come risulta dalla relata di notificazione, in particolare di un collega di studio del domiciliatario.

E' stato infatti rilevato che "... in virtù della prevalenza del dato personale su quello topografico, la notificazione presso il domicilio dichiarato nel giudizio

conclusosi con la pronuncia della sentenza di primo grado, ai fini della decorrenza del termine breve per l'impugnazione, deve essere fatta al domicilio reale del procuratore, anche se esso sia mutato e non vi sia stata rituale comunicazione del trasferimento alla controparte; di modo che, nel caso di elezione di domicilio presso una persona determinata, che assume la veste di domiciliataria, se l'atto sia stato ricevuto direttamente dal domiciliatario ovvero da persona addetta al domicilio, la notificazione è valida e come tale idonea a far decorrere il termine per l'impugnazione" (Cass. Civ., sez. I, 24 luglio 2009, n. 17391, e ivi richiamate Cass.21291/07; 14033/05; 6898/95).

E' stato altresì affermato che "nel caso di notifica di un atto al procuratore costituito, il collega di studio del destinatario è da considerarsi addetto all'ufficio, in quanto l'articolo 139 c.p.c. non richiede un vincolo di dipendenza o di subordinazione tra l'addetto ed il destinatario, mentre la natura del rapporto stabilmente intercorrente tra i due soggetti fa presumere che il consegnatario rinvenuto nello studio comune al destinatario, e che abbia accettato di ricevere la copia dell'atto, provvederà ad effettuarne la consegna al destinatario medesimo" (Cass. Civ., sez. II, 28 gennaio 2003, n. 1219; sez. I, 21 dicembre 1995, n. 13031); ancor più radicalmente, secondo Cass. Sez. lav., 27 ottobre 1992, n. 11644, "... fra gli addetti all'ufficio del destinatario, nelle mani del quale può essere consegnata, ai sensi del comma 2 dell'art. 139 c.p.c.. copia dell'atto da notificare, rientrano i soggetti per i quali sussista comunque una situazione di comunanza di rapporti con il destinatario dell'atto", non rilevando pertanto "in presenza di tale presupposto, il fatto che il consegnatario definito nella relazione di notifica come collega di studio dell'avvocato o del procuratore, privo di laurea in giurisprudenza, non risulti iscritto nell'albo dei procuratori o praticanti procuratori legali".

Inoltre "l'espressione "collega di studio" non è affatto sinonimo di... "contitolare di uno studio associato", essendo, in realtà, "collegi di studio" anche due (o più) professionisti che hanno i propri autonomi e distinti studi negli stessi locali al solo fine di dividere le spese generali e al di fuori di qualsiasi rapporto di associazione" (Cass. civ., sez. II, 11 giugno 2003, n. 9387).

9.2.2. Ciò esclude la dedotta violazione degli artt. 138, 139 e 141 c.p.c. sotto i profili indicati dalla società appellante, tanto più che, come emerge dalla documentazione ritualmente prodotta in giudizio dalla società appellata (in particolare dalla dichiarazione in data 20 dicembre 2012 dell'ufficiale giudiziario che aveva effettuato la notifica della sentenza in questione), l'avv. Fr.Mo., al quale è stata consegnata la copia della predetta sentenza, non solo si è egli stesso qualificato come persona incaricata a ricevere le notificazioni, per quanto ha effettivamente studiato in Salerno, via (...) (luogo in cui la contestata notifica è stata effettuata): sul punto è appena il caso di rilevare che la parte appellante non ha fornito alcun elemento probatorio, neppure a livello di mero indizio, volto a confutare o quanto meno a far dubitare dell'effettività di tali decisive circostanze di fatto.

9.2.3. Tanto meno sussiste la addotta incomprendibilità della relata di notifica, atteso che (con riferimento all'art. 285 c.p.c.), ai fini della decorrenza del termine breve per l'impugnazione, è stato ritenuto sufficiente, nonostante la mancanza di apposita indicazione nella relata di notifica, che non vi sia comunque incertezza sull'identità dell'istante e che sia cioè possibile individuare la parte a richiesta della quale la notifica è stata eseguita (Cass. Civ., sez. I, 24 luglio 2009, n. 17391 e ivi citata Cass. 15500/05).

Nel caso di specie, nessuna incertezza può esservi sul fatto che la notifica sia stata richiesta dal difensore della società Sa.En. S.p.A., in tal senso rilevando il timbro apposto sul frontespizio della sentenza da notificare, all'evidente fine di far decorrere il termine breve di impugnazione, a nulla rilevando in contrario la (generale e non meramente generica) formula ("Ad istanza come in atti...), apposta pur essa con timbro, della relata di notifica,

Nessun elemento di incertezza sull'identificazione dell'effettivo consegnatario dell'atto notificato, idonea a determinare la invalidità della notificazione in questione, può ritenersi derivare dalla formula, asseritamente (ma in realtà solo apparentemente) incompleta, apposta dall'ufficiale giudiziario che ha indicato l'avv. Mo. solo come "collega di", tanto più che tale dizione è sicuramente idonea a qualificare il consegnatario come collega (avvocato) del domiciliatario.

9.3. A ciò consegue che l'appello, proposto dalla società En. con atto consegnato per la notifica il 26 marzo 2012, è da considerarsi tardivo e quindi irricevibile, rispetto alla notifica della sentenza avvenuta il 14 febbraio 2012, risultando violato il termine di trenta giorni di cui all'art. 119, comma 2, c.p.a.

10. Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate come in dispositivo.

### **P.Q.M.**

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizione, Sezione Quinta, definitivamente pronunciando sull'appello proposto dalla società En. S.p.A. avverso la sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Campania, sezione staccata di Salerno, sez. II, n. 228 del 15 febbraio 2012, lo dichiara irricevibile.

Condanna l'appellante al pagamento in favore delle parti costituite, Comune di Solofra e società Sa.Di. S.p.A., delle spese del presente grado di giudizio che liquida complessivamente in Euro. 8.000,00 (ottomila), Euro. 4.000,00 (quattromila) per ognuna di esse.

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

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

Marzio Branca - Presidente

Vito Poli - Consigliere

Carlo Saltelli - Consigliere, Estensore

Antonio Amicuzzi - Consigliere

Doris Durante - Consigliere

Depositata in Segreteria il 6 marzo 2013.