

GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA: Sentenza di primo grado - Fondata su una questione rilevata di ufficio - Senza la previa indicazione in udienza o in difetto di assegnazione di un termine alle parti per controdeduzioni - Diritto del contraddittorio processuale e diritto di difesa ex art. 24 Cost. - Violazione - Sussiste - Conseguenze.

Cons. Stato, Sez. III, 26 aprile 2022, n. 3124

“[...] costituisce violazione del diritto del contraddittorio processuale e del diritto di difesa, in relazione a quanto dispone l’art. 73, comma 3, c.p.a., porre a fondamento di una sentenza di primo grado una questione rilevata d’ufficio, senza la previa indicazione in udienza o l’assegnazione di un termine alle parti per controdedurre al riguardo.

Da ciò consegue l’obbligo, per il giudice di appello, di annullare la sentenza stessa e di rimettere la causa al giudice di primo grado ai sensi dell’art. 105, comma 1, c.p.a., per evitare sentenze “a sorpresa” [...]”.

FATTO e DIRITTO

1. L’odierna appellante, Cerichem Biopharm s.r.l., ha impugnato avanti al Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, sede di Roma (di qui in avanti, per brevità, il Tribunale), il provvedimento del 16 aprile 2021 con il quale il Direttore centrale dell’INAIL – Istituto Nazionale per l’Assicurazione contro gli Infortuni sul Lavoro (di qui in avanti, per brevità, l’INAIL) l’ha esclusa dalla gara, quanto al lotto n. 5, per la fornitura, suddivisa in cinque lotti, delle mascherine chirurgiche e degli altri dispositivi di protezione individuale da destinare al personale delle strutture centrali e territoriali dell’INAIL.

1.1. Cerichem Biopharm s.r.l. è stata esclusa dalla gara per avere indicato nel DGUE forniture di prodotti analoghi in riferimento al solo esercizio del 2020, mentre non avrebbe indicato forniture per prodotti analoghi in riferimento agli esercizi del 2018 e del 2019 sicché, da tale documento, non risulterebbe la sussistenza del requisito di capacità tecnica per questi ultimi anni.

1.2. Inoltre, la stazione appaltante ha rilevato che la documentazione amministrativa, trasmessa dall’odierna appellante in conseguenza del malfunzionamento del sistema e della conseguente richiesta di nuovo invio della stessa, riporterebbe la data del 12 aprile 2021, successiva, pertanto, al termine di scadenza per la presentazione dell’offerta, contrariamente a quanto precisato nella propria nota di richiesta.

1.3. La ricorrente, nel dedurre l’illegittimità dell’esclusione per tre distinti motivi, ne ha chiesto l’annullamento al Tribunale.

1.4. Nel primo grado del giudizio si sono costituite in resistenza l’INAIL e la controinteressata Ceracarta s.p.a., aggiudicataria, per chiedere la reiezione dell’appello.

1.5. Il Tribunale, con la sentenza n. 13300 del 21 dicembre 2021, ha dichiarato improcedibile il ricorso per avere Cerichem Biopharm s.r.l., a suo giudizio, omesso di impugnare l'aggiudicazione della gara in favore della controinteressata Ceracarta s.p.a.

2. Avverso tale sentenza ha proposto appello Cerichem Biopharm s.p.a. e ne ha chiesto, in via principale, l'annullamento per la dedotta violazione del diritto di difesa, da parte del primo giudice, stante la decisione "a sorpresa" sull'improcedibilità del ricorso, e in subordine, nel merito, l'accoglimento dei tre motivi, proposti in primo grado.

2.1. Si è costituita l'INAIL per domandare la reiezione dell'appello, di cui ha eccepito l'infondatezza.

2.2. Nella pubblica udienza del 12 aprile 2022 il Collegio, sulle conclusioni come rassegnate dalle parti, ha trattenuto la causa in decisione.

3. L'appello deve essere accolto.

4. È infatti fondato e assorbente il primo motivo di censura, con cui Cerichem Biopharm s.r.l. lamenta come il Tribunale abbia statuito l'improcedibilità del ricorso proposto contro l'esclusione dalla gara, non accompagnato o comunque seguito – a suo dire – dall'impugnativa dell'aggiudicazione, senza sottoporre la questione dell'improcedibilità, rilevata d'ufficio, al contraddittorio tra le parti, in violazione di quanto prescrive l'art. 73, comma 3, c.p.a.

4.1. Il rilievo della improcedibilità, sul presupposto – tutto, peraltro, da verificare con estremo scrupolo e senza impostazioni formalistiche – che la ricorrente non avesse impugnato l'aggiudicazione della gara conseguita dalla controinteressata Ceracarta s.p.a., è stato infatti svolto in via ufficiosa dal giudice in assenza di qualsivoglia minimo contraddittorio tra le parti (compresa la stessa Ceracarta s.p.a., costituitasi in primo grado), che non hanno potuto dedurre alcunché sulla questione prima della decisione.

4.2. Non ha pregio, infatti, l'eccezione dell'INAIL, secondo cui l'eccezione di improcedibilità sarebbe stata sollevata dalla controinteressata Ceracarta s.p.a., non costituita nel presente grado del giudizio, poiché dall'esame degli atti difensivi, depositati da questa in primo grado, non si evince in nessun modo che avesse sollevato tale specifica questione, che è stata dunque rilevata d'ufficio "a sorpresa" dal giudice solo nella sentenza qui impugnata.

4.3. Questo Consiglio di Stato, già a partire, tra le altre, dalla sentenza n. 14 del 5 settembre 2018 dell'Adunanza plenaria, da tempo viene ribadendo in modo costante e uniforme che costituisce violazione del diritto del contraddittorio processuale e del diritto di difesa, in relazione a quanto dispone l'art. 73, comma 3, c.p.a., porre a fondamento di una sentenza di primo grado una questione

rilevata d'ufficio, senza la previa indicazione in udienza o l'assegnazione di un termine alle parti per controdedurre al riguardo.

4.4. Da ciò consegue l'obbligo, per il giudice di appello, di annullare la sentenza stessa e di rimettere la causa al giudice di primo grado ai sensi dell'art. 105, comma 1, c.p.a., per evitare sentenze "a sorpresa" (v., *ex plurimis*, Cons. St., sez. II, 13 dicembre 2021, n. 8277, Cons. St., sez. VI, 30 gennaio 2020, n. 757, Cons. St., sez. VI, 1° aprile 2019, n. 2151).

5. La sentenza impugnata, in accoglimento del primo assorbente motivo qui proposto da Cerichem Biopharm s.r.l., deve essere annullata per violazione del diritto di difesa e lesione del contraddittorio, con il rinvio della causa al primo giudice ai sensi dell'art. 105, comma 1, c.p.a.

6. Rimane quindi preclusa al Collegio la disamina di ogni questione, su cui non occorre qui indugiare, sulla legittimità o meno della contestata esclusione dell'odierna appellante.

7. Le spese del doppio grado del giudizio, attese la peculiare natura meramente processuale della decisione presente e la necessità, per il primo giudice, di vagliare, ricorrendone i presupposti, nel merito, la fondatezza delle ragioni fatte valere dall'odierna appellante, possono essere interamente compensate tra le parti.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, proposto da Cerichem Biopharm s.r.l., lo accoglie e, per l'effetto, annulla la sentenza impugnata e rimette la causa al Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, sede di Roma.

Compensa interamente tra le parti le spese del doppio grado del giudizio.

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

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del giorno 12 aprile 2022, con l'intervento dei magistrati:

Michele Corradino, Presidente

Giulio Veltri, Consigliere

Massimiliano Nocelli, Consigliere, Estensore

Ezio Fedullo, Consigliere

Antonio Massimo Marra, Consigliere

IL SEGRETARIO
