

Consiglio di Stato, Sez. V, 18 agosto 2010, n. 5845

Contratti della P.A. - Gara – Comunicazione esclusione a mezzo fax - Se sia previsto dalla *lex specialis* - Fa decorrere il termine per l'impugnazione – Ragioni.

N. 05845/2010 REG. DEC.

N. 09347/2009 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 Quinta)

ha pronunciato la presente

DECISIONE

Sul ricorso numero di registro generale 9357 del 2009, proposto da:
Fimet S.p.A., rappresentata e difesa dagli avv. Alberto Colombo,
Federico Tedeschini, con domicilio eletto presso Federico Tedeschini in
Roma, largo Messico, 7;

contro

Comune di Pioltello, in persona del Sindaco p.t.,rappresentato e difeso dagli avv. Carlo Andena, Donatella Resta, Fabio Romanenghi, con domicilio eletto presso Donella Resta in Roma, via Maria Cristina N.2; Cesit Srl; Costruzioni Ruffo Srl; Autorita' per la Vigilanza Sui Contratti Pubblici di Lavori Servizi e Fornitura, rappresentata e difesa dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliata per legge in Roma, via dei Portoghesi, 12; F.Lli Grignola di Grignola Vittorio & C. Sas, rappresentata e difesa dagli avv. Carla Caputo, Lorenzo Grisostomi Travaglini, con domicilio eletto presso Lorenzo Grisostomi Travaglini in Roma, via Antonio Bosio, 2;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. LOMBARDIA - MILANO: SEZIONE I n. 04256/2009, resa tra le parti, concernente AFFIDAMENTO LAVORI DI RIQUALIFICAZIONE ED AMPLIAMENTO AREA ESTERNA NUOVA SCUOLA MATERNA ED ANNESSO ASILO NIDO - RISARCIMENTO DANNI.

Visto il ricorso in appello con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Pioltello;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Autorita' per la Vigilanza Sui Contratti Pubblici di Lavori Servizi e Fornitura;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di F.Lli Grignola di Grignola Vittorio & C. Sas;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 4 giugno 2010 il cons. Francesca Quadri e uditi per le parti gli avvocati Colombo, Tedeschini e Grisostomi Travaglini;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO

La Fimet s.p.a. ha partecipato alla gara bandita dal Comune di Pioltello (Mi) per l'aggiudicazione di appalto di lavori di riqualificazione ed ampliamento dell'area esterna di scuola materna ed annesso asilo nido .

Con atto dell'8.4.2009 l'amministrazione ha escluso l'offerta dalla gara per avere rinvenuto , tra i dati pubblicati nel casellario informatico dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, annotazione di revoca dell'attestazione SOA disposta a seguito di accertamento di rilascio di attestazione sulla base di documenti privi di riscontro oggettivo in atti o attestazioni di pubbliche amministrazioni e di tanto ha dato comunicazione alla stessa Autorità .

L'impresa ha impugnato dinanzi al TAR Lombardia sia l'esclusione dalla gara che la successiva comunicazione all'Autorità nonché l'aggiudicazione ad altra partecipante, avanzando altresì domanda di risarcimento del danno.

Secondo la ricorrente, l'esclusione sarebbe illegittima in quanto: la revoca dell'attestazione non sarebbe assimilabile all'intervenuta sospensione o decadenza dell'attestazione di qualificazione , uniche considerate dall'art. 38, comma 1 lett. m-bis D.Lgs. n. 163/2006; sarebbero irrilevanti i precedenti rispetto all'attestazione posseduta dalla ricorrente al momento della partecipazione alla gara mai oggetto di alcun provvedimento di

sospensione o decadenza; in ogni caso, la precedente revoca di attestazione di qualificazione avrebbe perduto ogni efficacia interdittiva , ai sensi dell'art. 38, comma 1, lett. h) D.Lgs. n. 163/2006, essendo trascorso un anno e dovendo considerarsi contraria alla costituzione una diversa interpretazione della lettera m-bis dell'art. 38 ; l'esclusione sarebbe violativa della legge di gara che imponeva il solo possesso della valida attestazione SOA rispetto ai lavori da eseguire.

La comunicazione all'Autorità di vigilanza, pertanto, sarebbe affetta da illegittimità derivata nonché da vizi propri, non sussistendo alcuna falsa dichiarazione. L'illegittimità di tali atti si riverbererebbe anche sull'aggiudicazione.

Il Tar, con sentenza emessa in forma semplificata, ha dichiarato il ricorso irricevibile, avendo il Comune resistente dato prova di aver inviato il provvedimento di esclusione via fax all'impresa in data 8 aprile 2009, data rispetto alla quale il ricorso, notificato il 15.6.2009, sarebbe tardivo.

Propone appello l'interessata sostenendo la tempestività del ricorso a causa dell'inidoneità della comunicazione via fax a determinare la piena conoscenza e a far decorrere il termine di impugnazione , alla luce della normativa applicabile alle notificazioni ed in particolare dell'art. 12 della legge n. 890/82 e della irrilevanza di mere presunzioni della conoscenza dell'atto, attesa la carenza di certezza della notifica e di avviso di ricevimento della comunicazione a mezzo fax; della carenza di prova della tardività ;dell'errata od omessa applicazione dell'art. 77 D.Lgs. n. 163/2006, non avendo la legge di gara previsto come unico mezzo di comunicazione ufficiale tra stazione appaltante e concorrenti il telefax;

per aver omesso il Tar di considerare la mancata conferma di ricezione richiesta dallo stesso Comune , la duplicità di rapporto di trasmissione – evidentemente denotante un cattivo funzionamento dell'apparato- e l'avvenuto successivo invio tramite raccomandata con avviso di ricevimento; erroneità della condanna della ricorrente alle spese di giudizio; insussistenza dei presupposti per l'emissione della sentenza in forma semplificata.

Nel merito, ha riprodotto i motivi di impugnativa non esaminati dal primo giudice.

Si sono costituiti il Comune di Pioltello , l'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture e l'impresa F.lli Gragnola, nel frattempo divenuta aggiudicataria dei lavori, per resistere all'impugnazione.

In prossimità dell'udienza di discussione , le parti hanno depositato memorie ad ulteriore illustrazione delle proprie difese.

All'udienza del 4 giugno 2010 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

1. Parte appellante lamenta con più motivi – esaminabili congiuntamente , data la loro connessione - che erroneamente il Tar avrebbe considerato irricevibile il proprio ricorso , facendo decorrere il termine di decadenza dalla data di ricezione via fax del provvedimento di esclusione, così contravvenendo ai principi in materia di notificazione degli atti delle pubbliche amministrazioni , di decorrenza del termine dalla piena conoscenza dell'atto lesivo , di necessità di prova della ricezione nonché dando errata applicazione dell'art. 77 D.Lgs. 163/2006.

2.I motivi non possono trovare accoglimento.

3.Va in primo luogo considerato che, in base a piani principi , in materia di impugnazione di provvedimenti amministrativi in relazione agli atti in cui sia richiesta la notifica individuale, come quelli di esclusione e revoca dell'aggiudicazione di gare, si applica la regola generale della piena conoscenza di cui all'art. 21 L. n. 1034/1971, laddove il termine decorre dalla notificazione o dalla comunicazione individuale all'interessato (Cons. St. Sez. V, 22.3.2010, n. 1661, 15.9.2009, n. 5503, 24.3.2006, n. 1534). E' quindi sufficiente, in assenza di notificazione (nel qual caso soltanto si applica la disciplina sulle notifiche richiamata da parte appellante), perché comunque decorra il termine di impugnazione, che l'interessato abbia avuto piena cognizione , mediante comunicazione individuale, del provvedimento e della sua natura lesiva.

4.La questione all'esame del Collegio è, quindi, se tale cognizione possa considerarsi realizzata, come ritenuto dal TAR, attraverso la trasmissione dell'atto di esclusione via fax, conformemente alle forme di comunicazione di cui agli articoli 77 e 79 D.Lgs. n. 163/2006.

5.In base alla più recente normativa (particolarmente d.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445), il fax è considerato un ordinario mezzo di comunicazione nel corso dell'istruttoria , sia per la presentazione di istanze di privati (art. 38, comma 1), che acquistano efficacia con la trasmissione, sia per la comunicazione di documenti di cui tale mezzo soddisfa sia la forma scritta che la fonte di provenienza . In forza dell'art. 43, comma 6, un fax deve presumersi giunto al destinatario quando il rapporto di trasmissione indica che questa è avvenuta regolarmente.

Più in generale, va considerato che l'ordinamento in numerosi casi conferisce certezza alle comunicazioni effettuate via fax : l'art. 136 del codice di procedura civile ammette la comunicazione per telefax nel rispetto della normativa sulla trasmissione dei documenti teletrasmessi, così come la legge fallimentare, al terzo comma dell'art. 26, dispone la completa equiparazione, ai fini della decorrenza del termine per il reclamo contro i decreti del giudice delegato e del tribunale, della comunicazione mediante lettera raccomandata con avviso di ricevimento e di quella attraverso telefax , stabilendo che la garanzia di avvenuta ricezione in base al d.P.R. n. 445/2000 equivale a notificazione.

Parimenti, l'art. 77 D.Lgs. n. 163/2006 stabilisce la facoltà per le stazioni appaltanti e per gli operatori economici di inviare le comunicazioni via telefax, purchè di ciò si dia comunicazione nel bando o nell'invito.

L'adeguamento rispetto all'innovazione delle tecnologie di trasmissione e comunicazione riposa sulla circostanza che il fax utilizza un sistema di linee di trasmissione e dati e di apparecchiature che consente di poter documentare sia la partenza del messaggio dall'apparato trasmittente che, attraverso il rapporto di trasmissione, la ricezione da parte di quello ricevente, dando altrettanta certezza rispetto all'avviso di ricevimento della raccomandata della ricezione del messaggio. 6.Coerentemente, la giurisprudenza amministrativa ha stabilito che il rapporto di trasmissione fa presumere la prova dell'avvenuta ricezione spettando al destinatario la prova contraria concernente la mancata funzionalità dell'apparecchio (Cons. St. Sez. V, 24.4.2002, n. 2202, Sez. VI, 4.6.2007, n. 2951, 19.6.2009, n. 4151, 3.2.2009 n. 578).

7.L'idoneità della comunicazione mediante fax è avvalorata, nella specie, dalla circostanza che il disciplinare di gara abbia disposto (pag. 10) che le imprese partecipanti indicassero il proprio numero di fax al quale l'amministrazione potesse far pervenire la richiesta ex art. 48 D.Lgs. 163/2006 ed a tanto l'appellante abbia provveduto accettando la comunicazione via fax sul controllo del possesso dei requisiti, conclusosi poi negativamente con il provvedimento di esclusione (in linea , quindi, anche con i commi 5-bis e 5-quinquies dell'art. 79 introdotti dal d.lgs. n. 53/2010, pur se inapplicabili ratione temporis alla controversia de qua) . La previsione da parte della lex specialis di tale mezzo di trasmissione rende, pertanto, idonea la comunicazione via fax anche dell'atto di esclusione ai fini della piena cognizione del contenuto del provvedimento e risulta rispettosa dell'art. 77 d. lgs n. 163 .

8.Quanto all'esistenza di due rapporti di ricezione , non si ritiene che la circostanza di aver ripetuto, a distanza di un minimo lasso di tempo nel corso della stessa giornata, la trasmissione possa far dubitare della ricezione o dimostri il cattivo funzionamento dell'apparecchio – unica prova contraria ammissibile oltre , evidentemente, alla trasmissione ad un numero diverso da quello indicato dal destinatario - né che la mancata conferma da parte del destinatario escluda l' avvenuta ricezione, non essendo prevista dalla legge di gara la necessità di conferma.

9.Anche la successiva spedizione di lettera raccomandata con avviso di ricevimento non priva di efficacia la comunicazione già effettuata nei modi consentiti dal disciplinare, dovendosi escludere l'effetto di far ricominciare a decorrere il termine decadenziale.

10. Non sussiste poi il lamentato error in procedendo, consistente nell'aver il Tar emesso la pronuncia in forma semplificata in assenza del requisito della manifesta infondatezza del ricorso.

Invero, l'immediata rilevazione e la natura assorbente della tardività del ricorso hanno impedito l'esame delle complesse questioni sollevate mediante il ricorso, così dando piena giustificazione alla decisione di emettere la sentenza in forma semplificata e di disporre la conseguente condanna alle spese.

La presentazione di ampi motivi di appello sulla pronuncia di irricevibilità ha, nel presente grado di giudizio, permesso peraltro una integrazione della motivazione della decisione reiettiva.

11. La conferma della sentenza impugnata in rito rende superfluo l'esame dei motivi di appello riproduttivi delle doglianze proposte in primo grado.

12. Sussistono tuttavia giusti motivi per compensare le spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, sezione Quinta, definitivamente pronunciando, respinge l'appello come da motivazione.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 4 giugno 2010 con l'intervento dei Signori:

Gianpiero Paolo Cirillo, Presidente FF

Filoreto D'Agostino, Consigliere

Nicola Russo, Consigliere

Eugenio Mele, Consigliere

Francesca Quadri, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

Il Segretario

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 18/08/2010

(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)

Il Dirigente della Sezione