

Essendo l'uso del fax espressamente previsto dalla lex specialis di gara ed avendo una partecipante indicato all'Amministrazione il proprio numero di fax per la ricezione di comunicazioni inerenti la gara, non può esservi dubbio sul fatto che la conosca

Autore: Lazzini Sonia

In: Diritto civile e commerciale

Sull'uso del fax quale strumento di comunicazione in una procedura ad evidenza pubblica, merita di riportare il pensiero espresso dal Consiglio di Stato con la decisione numero 2951 del 4 giugno 2007:

<Inoltre, il fax rappresenta uno dei modi in cui può concretamente svolgersi la cooperazione tra i soggetti, in quanto essa viene attuata mediante l'utilizzo di un sistema basato su linee di trasmissione di dati ed apparecchiature che consentono di poter documentare sia la partenza del messaggio dall'apparato trasmittente che, attraverso il cosiddetto rapporto di trasmissione, la ricezione del medesimo in quello ricevente.

Tali modalità, garantite da protocolli universalmente accettati, indubbiamente ne fanno uno strumento idoneo a garantire l'effettività della comunicazione.

In tal senso, infatti, si muove la normativa più recente (d.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445) che consente un uso generalizzato del fax nel corso dell'istruttoria, sia per la presentazione di istanze e dichiarazioni da parte dei privati (articolo 38, comma 1) che per l'acquisizione d'ufficio da parte dell'amministrazione di certezze giuridiche (articolo 43, comma 3).

Tanto è vero che "i documenti trasmessi da chiunque ad una pubblica amministrazione tramite fax, o un

altro mezzo telematico o informatico idoneo ad accertarne la fonte di provenienza, soddisfano il requisito della forma scritta e la loro trasmissione non deve essere seguita da quella del documento originale." (articolo 43, comma 6).

Posto quindi che gli accorgimenti tecnici che caratterizzano il sistema garantiscono, in via generale, una sufficiente certezza circa la ricezione del messaggio, ne consegue non solo l'idoneità del mezzo a far decorrere termini perentori, ma anche che un fax deve presumersi giunto al destinatario quando il rapporto di trasmissione indica che questa è avvenuta regolarmente, senza che colui che ha inviato il messaggio debba fornire alcuna ulteriore prova.

Semmai la prova contraria può solo concernere la funzionalità dell'apparecchio ricevente; ma questa non può che essere fornita da chi afferma la mancata ricezione del messaggio>

A cura di *****

REPUBBLICA ITALIANA IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta) ha pronunciato la seguente

DECISIONE

Sui ricorsi in appello:

a) n. 6118/2006, proposto dal MINISTERO DELL'INTERNO rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale dello Stato presso i cui uffici in Roma Via dei Portoghesi 12 ha legale domicilio;

contro

DITTA ALFA S.P.A., costituitasi in giudizio, rappresentata e difeso dall'Avv. ***** con domicilio eletto presso lo studio di quest'ultimo in Roma, Vicolo Orbitelli, 31;

e nei confronti di

DITTA BETA S.P.A. e DITTA GAMMA S.R.L., in proprio ed in qualità, rispettivamente, di mandante e mandataria dell'R.T.I. tra le stesse costituito, costituitesi in giudizio, rappresentate e difese dagli ***** , ***** e ***** con domicilio eletto in Roma, Via Gregoriana, 5, presso l'avv. *****;

b) n. 6330/2006, proposto da DITTA BETA S.P.A. e DITTA GAMMA S.R.L., in proprio ed in qualità, rispettivamente, di mandante e mandataria dell'R.T.I. tra le stesse costituito, costituitesi in giudizio, rappresentate e difese dagli ***** , ***** e ***** , con domicilio eletto in Roma, Via Gregoriana, 5, presso l'avv. *****;

contro

MINISTERO DELL'INTERNO, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale dello Stato, presso i cui uffici in Roma, via dei Portoghesi, 12 ha legale domicilio;

MINISTERO DELL'INTERNO-DIPARTIMENTO PER GLI AFFARI INTERNI E TERRITORIALI DIREZ. CENTR. RIS. FIN. E *****, UFF. IV S.I.A., non costituito;

e nei confronti di

DITTA ALFA S.P.A., rappresentata e difesa dall'Avv. *****, con domicilio eletto presso lo studio di quest'ultimo in Roma Vicolo Orbitelli, 31;

per la riforma

della sentenza del TAR LAZIO - ROMA Sezione I TER n. 5362/2006 del 3 luglio 2006;

Visto gli atti di appello con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio, per il ricorso n. 6118/06, di DITTA ALFA s.p.a., di DITTA BETA s.p.a. e di DITTA GAMMA s.r.l., e, per il ricorso n. 6330/06, del Ministero dell'Interno e di DITTA ALFA s.p.a.

Visto l'appello incidentale proposto da DITTA ALFA;

Viste le memorie difensive;

Visti gli atti tutti della causa;

Visto l'art. 23-bis comma sesto della legge 6 dicembre 1971, n. 1034, introdotto dalla legge 21 luglio 2000,

n.205;

Alla pubblica udienza del 30 Marzo 2007, relatore il Consigliere Cons. ***** ed uditi, altresì, gli avvocati *****, ***** e l'Avv.to dello Stato *****;

ritenuto e considerato quanto segue.

FATTO E DIRITTO

1. Vengono in decisione gli appelli n. 6118/2006 e n. 6330/2006 (già riuniti nella fase cautelare con l'ordinanza del 28 luglio 2006, n. 4026), proposti rispettivamente dal Ministero dell'Interno e da DITTA BETA s.p.a. e DITTA GAMMA s.r.l. (in proprio e in qualità rispettivamente di mandataria e mandante del R.T.I. tra le stesse costituito) per la riforma della sentenza del T.a.r. per il Lazio, sez. I ter, n. 5362/2006.

2. La sentenza di primo grado ha accolto il ricorso proposto da DITTA ALFA s.p.a. (DITTA ALFA) e, per l'effetto, ha annullato l'aggiudicazione definitiva in favore della R.T.I. DITTA BETA s.p.a. e DITTA GAMMA

s.r.l. della gara a procedura aperta per la “realizzazione e messa in esercizio del sistema informativo per la gestione del sistema sanzionatorio amministrativo per l’accertamento delle infrazioni al codice della strada per la Prefettura-Ufficio territoriale del Governo di Roma”.

Il T.a.r., in particolare, rigettata l’eccezione pregiudiziale di irricevibilità sollevata dal Ministero e dall’R.T.I. aggiudicatario, ha accolto il motivo di ricorso con il quale la DITTA ALFA lamentava la mancata esclusione dell’ aggiudicatario, esclusione che la stazione appaltante avrebbe invece dovuto disporre in quanto l’R.T.I. aggiudicatario ha presentato una polizza fideiussoria intestata solo alla capogruppo DITTA BETA s.p.a. e non anche alla mandante DITTA GAMMA s.r.l.

Secondo il Giudice di primo grado, il raggruppamento aggiudicatario doveva essere escluso dall’Amministrazione alla luce dell’orientamento accolto dall’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 8/2005, in forza del quale la polizza fideiussoria deve essere intestata non solo alla società capogruppo, ma anche alle mandanti individualmente responsabili delle dichiarazioni rese per la partecipazione alle gare di loro comune interesse.

3. Per ottenere la riforma di tale sentenza gli appellanti deducono:

- in via pregiudiziale, che il T.a.r. avrebbe dovuto dichiarare irricevibile il ricorso atteso che il provvedimento di aggiudicazione a favore dell’R.T.I. DITTA BETA e DITTA GAMMA è stato comunicato via

fax alla ricorrente in data 23 gennaio 2006, mentre il ricorso è stato proposto il 30 marzo 2006 e, dunque, dopo il termine di decadenza di sessanta giorni;

- nel merito, che la cauzione provvisoria presentata dalla DITTA BETA per partecipare alla gara doveva considerarsi valida in quanto è lo stesso bando a prevedere che la cauzione provvisoria in caso di R.T.I. debba essere presentata solo dall'impresa mandataria (o designata come mandataria). Né tale previsione del bando, peraltro non impugnata in primo grado, può considerarsi in contrasto con quanto affermato dall'Adunanza Plenaria n. 8/2005, atteso che, nel caso di specie, viene in considerazione un appalto di servizi, nell'ambito del quale la richiesta di presentazione di una cauzione provvisoria a corredo dell'offerta è del tutto facoltativa ai sensi dell'art. 4, lett. b) punto 11 d.lgs. n. 157/1995. Al contrario la decisione della Plenaria si riferiva ad un appalto di lavori in cui la cauzione provvisoria è obbligatoria.

4. Si è costituita in giudizio la DITTA ALFA (DITTA ALFA) chiedendo il rigetto degli appelli e riponendo, con appello incidentale, le censure, assorbite in primo grado.

4.1. In primo luogo, secondo la DITTA ALFA, il provvedimento di aggiudicazione sarebbe illegittimo anche perché l'Amministrazione, dopo aver richiesto nel disciplinare di gara, tra i prodotti hardware, una stampante digitale in grado di supportare, quanto al formato carta, "fino al formato A3 plus compreso", avrebbe, successivamente, deciso di prescindere da tale requisito sull'erronea convinzione che nessuna delle offerte presentate fosse in grado di soddisfarlo;

4.2. In secondo luogo, la DITTA ALFA lamenta la violazione del principio della pubblicità delle sedute di gara, sostenendo che la Commissione ha proceduto a valutare le offerte tecniche presentare senza dare atto in seduta pubblica del luogo e del momento dell'avvenuta apertura delle buste B che le contenevano, nonché del loro contenuto e della loro necessaria conformità a quanto prescritto nella disciplina di gara. Oltretutto, sostiene l'appellante incidentale, anche la specificazione dei criteri sarebbe avvenuta dopo l'apertura delle medesime buste B.

5. All'udienza del 30 marzo 2007, su richiesta delle parti, la causa è stata trattenuta per la decisione e in data 2 aprile 2007 è stato pubblicato il dispositivo della decisione ai sensi dell'art. 23 bis, comma sesto, legge n. 1034/1971.

6. L'appello è fondato.

7. Deve essere accolta l'eccezione di irricevibilità del ricorso sollevata in primo grado dall'R.T.I. aggiudicatario e dal Ministero dell'Interno e dagli stessi riproposta con il ricorso in appello.

Il T.a.r. ha rigettato tale eccezione ritenendo la comunicazione via fax dell'aggiudicazione non idonea a fare decorrere il termine decadenziale previsto dall'art. 21 legge n. 1034/1971.

Il T.a.r., in particolare, pur riconoscendo che il fax fosse stato ricevuto dalla ricorrente, ha, tuttavia, considerato, tale strumento inidoneo a far decorrere il termine per impugnare.

L'assunto non può essere condiviso.

7.1. Innanzitutto, giova evidenziare che l'utilizzo del fax era previsto dalle norme di gara. L'allegato G punto n. 14 del disciplinare di gara prevedeva, infatti, l'inserimento nell'offerta presentata dalle imprese delle seguente dichiarazione: "Per la ricezione di ogni eventuale comunicazione inerente la gara in oggetto e/o richieste di chiarimento si elegge domicilio in ...via ... tel... fax...".

Adeguandosi a tale previsione, la DITTA ALFA ha indicato alla stazione appaltante il proprio numero di fax, proprio al fine di ricevere di "ogni comunicazione inerente la gara in oggetto".

Essendo l'uso del fax espressamente previsto dalla lex specialis di gara ed avendo la DITTA ALFA indicato all'Amministrazione il proprio numero di fax per la ricezione di comunicazioni inerenti la gara, non può esservi dubbio sul fatto che la conoscenza dell'aggiudicazione acquisita via fax fosse idonea a far

decorrere il termine per impugnare.

7.2. Inoltre, il fax rappresenta uno dei modi in cui può concretamente svolgersi la cooperazione tra i soggetti, in quanto essa viene attuata mediante l'utilizzo di un sistema basato su linee di trasmissione di dati ed apparecchiature che consentono di poter documentare sia la partenza del messaggio dall'apparato trasmittente che, attraverso il cosiddetto rapporto di trasmissione, la ricezione del medesimo in quello ricevente. Tali modalità, garantite da protocolli universalmente accettati, indubbiamente ne fanno uno strumento idoneo a garantire l'effettività della comunicazione. In tal senso, infatti, si muove la normativa più recente (d.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445) che consente un uso generalizzato del fax nel corso dell'istruttoria, sia per la presentazione di istanze e dichiarazioni da parte dei privati (articolo 38, comma 1) che per l'acquisizione d'ufficio da parte dell'amministrazione di certezze giuridiche (articolo 43, comma 3). Tanto è vero che "i documenti trasmessi da chiunque ad una pubblica amministrazione tramite fax, o un altro mezzo telematico o informatico idoneo ad accertarne la fonte di provenienza, soddisfano il requisito della forma scritta e la loro trasmissione non deve essere seguita da quella del documento originale." (articolo 43, comma 6).

Posto quindi che gli accorgimenti tecnici che caratterizzano il sistema garantiscono, in via generale, una sufficiente certezza circa la ricezione del messaggio, ne consegue non solo l'idoneità del mezzo a far decorrere termini perentori, ma anche che un fax deve presumersi giunto al destinatario quando il rapporto di trasmissione indica che questa è avvenuta regolarmente, senza che colui che ha inviato il messaggio debba fornire alcuna ulteriore prova.

Semmai la prova contraria può solo concernere la funzionalità dell'apparecchio ricevente; ma questa non può che essere fornita da chi afferma la mancata ricezione del messaggio. (cfr. in tal senso Cons. Stato, sez. V, 24.4.2002, n. 2202).

7.3. Né in senso contrario varrebbe richiamare Cons. Stato, sez. IV, 27 dicembre 2006, n. 7935: nel caso esaminato V Sezione nella sentenza appena citata, l'affermazione in ordine alla inidoneità del fax a far decorrere il termine di impugnazione trovava la sua giustificazione nell'esistenza, nel bando di gara, di una clausola del seguente tenore "l'Amministrazione aggiudicatrice comunicherà a ciascun concorrente l'esito della gara a mezzo raccomandata con avviso di ricevimento". Nella fattispecie sottoposta al vaglio della V Sezione, dunque, non solo non vi era nel bando alcuna clausola che prevedesse il fax come strumento di comunicazione, ma, al contrario, tale strumento era espressamente escluso per la comunicazione dell'esito della gara, comunicazione per la quale il bando prescriveva la raccomandata con avviso di ricevimento.

Ben diverso è il caso oggetto del presente giudizio in cui, come si è detto, la lex specialis della gara richiedeva alle imprese partecipanti di fornire all'Amministrazione anche il numero di fax al fine, appunto, di ricevere, tramite tale strumento, le comunicazioni inerenti al gara.

7.4. Appurato che la comunicazione avvenuta via fax era strumento idoneo (anche alla luce delle previsioni del bando) a far decorrere il termine per impugnare, occorre ora verificare se possa ritenersi provata la ricezione del predetto fax da parte della DITTA ALFA

Al quesito deve darsi risposta positiva.

E' stato prodotto in giudizio, infatti, il rapporto di trasmissione del fax da cui risulta che lo stesso è stato ricevuto in data 23.1.2006.

Come sopra ricordato, il fax deve presumersi giunto al destinatario quando il rapporto di trasmissione indica che questa è avvenuta regolarmente, senza che colui che ha inviato il messaggio debba fornire alcuna ulteriore prova, spettando semmai al destinatario l'onere di provare la mancata ricezione del fax a causa di un difetto di funzionamento dell'apparecchio.

Tale prova contraria nel caso di specie non è stata fornita, non potendosi ritenere a tal fine sufficiente la ricevuta di un intervento di manutenzione che sarebbe avvenuto (secondo la tesi della DITTA ALFA) "proprio nei giorni in cui si afferma essere inviata la comunicazione".

Tale documento, peraltro privo di data certa e proveniente da un soggetto di fiducia dell'DITTA ALFA, non fornisce la richiesta prova contraria, perché non dimostra che l'apparecchio fosse guasto proprio nella giornata e nell'orario in cui è avvenuta la comunicazione.

7.5. L'DITTA ALFA ha anche eccepito l'inammissibilità della produzione del rapporto di trasmissione in

quanto avvenuta solo in appello.

L'eccezione non è fondata.

Il Collegio non ignora che le Sezioni Unite della Corte di Cassazione (Cass. Sez. Un. 20.4.2005, n. 8203), risolvendo il contrasto sorto circa l'applicabilità ai documenti del divieto di nuove prove di cui all'art. 345, comma 3, c.p.c., hanno optato per la tesi che nega la libera producibilità dei documenti in appello.

Le Sezioni Unite hanno affermato che il divieto di produrre nuove prove in appello vale anche per le c.d. prove precostituite, come i documenti, la cui produzione, pertanto, è subordinata, al pari delle prove costituenti, alla verifica della sussistenza di una causa non imputabile ovvero alla valutazione della loro indispensabilità.

Nel caso di specie è proprio l'indispensabilità del documento a consentirne la produzione direttamente in appello.

Il rapporto di ricezione è certamente una prova indispensabile in quanto si tratta di un documento determinante per la ricostruzione di una circostanza di fatto (il giorno in cui è avvenuta conoscenza del provvedimento impugnato) decisiva ai fini della decisione sulla tardività o meno del ricorso di primo grado.

Anche a voler riconoscere che le prove indispensabili di cui all'art. 345, comma 3, c.p.c. siano soltanto quelle che abbiano una influenza causale più incisiva, quanto alla decisione della controversia, rispetto alle prove meramente rilevanti, non può, tuttavia, esservi dubbio sul fatto che, nella fattispecie, il carattere della indispensabilità debba certamente essere riconosciuto: il rapporto di trasmissione, infatti, dimostrando la tardività del ricorso, conduce ad un rovesciamento delle statuizioni contenute nella sentenza di primo grado.

Ammettere, nel presente giudizio di appello, la produzione del rapporto di ricezione del fax è, pertanto, perfettamente coerente con la ratio dell'art. 345, comma 3, c.p.c., il quale, laddove prevede, in deroga al divieto dei nova in appello, l'ammissibilità delle prove indispensabili, esprime un forte bisogno di aderenza al vero della decisione di gravame. In tale ottica, debbono ritenersi "prove indispensabili" senz'altro le "prove cruciali", quelle cioè il cui esito possa, come nel caso in esame, denotare l'ingiustizia della prima sentenza e condurre a rovesciarne le statuizioni.

7.6. Del resto, giova ancora rilevare che l'eccezione di tardività del ricorso di primo grado è una eccezione rilevabile d'ufficio, proponibile, come tale, anche direttamente in appello (cfr. art. 345, comma 2, c.p.c.).

Si tratta di un dato non irrilevante ai fini di valutare l'ammissibilità della produzione documentale in contestazione. Il Collegio condivide, infatti, la tesi secondo cui l'ammissibilità in appello di una eccezione non può non comportare anche la possibilità di allegare - e, per quel che più conta in questa sede, di provare - i fatti ad essa sottostanti. Avrebbe poco senso, infatti, consentire la proposizione di nuove eccezioni, senza però dare alle parti la possibilità di provare i fatti su cui tali eccezioni si fondano (in tal senso, cfr. Cass. Sez. Un. 25 maggio 2001, n. 226).

7.7. Alla luce delle considerazioni che precedono, deve ritenersi ammissibile la produzione in appello del rapporto di ricezione del fax inviato dal Ministero dell'Interno alla DITTA ALFA in data 23.1.2006.

Tale rapporto dimostra che l'DITTA ALFA ha avuto conoscenza del provvedimento di aggiudicazione definitiva a favore dell'R.T.I. appellante, in data 23. gennaio 2006.

Ne consegue che il ricorso di primo grado, portato alla notifica in data 30 marzo 2006, deve ritenersi

tardivo perché proposto oltre il termine di decadenza di sessanta giorni.

7.8. L'appello va, pertanto, accolto e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, il ricorso va dichiarato irricevibile.

8. L'accoglimento del primo motivo di gravame comporta l'assorbimento degli altri motivi di appello.

9. Al riguardo, va, tuttavia, precisato che la sentenza del T.a.r. è erronea anche laddove ha ritenuto che l'R.T.I. aggiudicatario, avendo presentato una polizza fideiussoria intestata solo alla capogruppo, doveva essere escluso

9.1. Tale conclusione non considera che, nella fattispecie, era lo stesso disciplinare di gara a prevedere che la cauzione provvisoria dovesse essere presentata, in caso di R.T.I., solo dall'impresa mandataria (o designata tale).

Né tale previsione di gara può essere considerata illegittima sulla base del principio espresso dall'Adunanza Plenaria con la decisione n. 8/2005 (in base al quale negli appalti di lavori la polizza fideiussoria deve essere intestata anche alle mandanti).

Occorre considerare, infatti, che nel caso oggetto del presente giudizio viene, in considerazione un appalto (non di lavori ma) di servizi, il che implica che la stazione appaltante avesse la mera facoltà e non l'obbligo di chiedere ai concorrenti la presentazione di una cauzione provvisoria a corredo dell'offerta.

Se, dunque, in materia di appalti di servizi è certamente consentito (a differenza che negli appalti di lavori) alla stazione appaltante di non richiedere alcuna cauzione provvisoria ai concorrenti, deve ritenersi consentita, a fortiori, la richiesta di una cauzione provvisoria alla sola mandataria di un R.T.I.

Anche sotto questo profilo, quindi, la sentenza di primo grado giunge a conclusioni errate.

10. Infondate sono, invece, le censure proposte dalla DITTA ALFA con l'appello incidentale.

10.1. La decisione dell'Amministrazione di prescindere, per la stampante, dal requisito del formato di carta "A3 Plus" è motivata in ragione del fatto che il formato "A3 Plus" non è uno standard riconosciuto a livello internazionale, ma un semplice nome commerciale il cui significato, peraltro, non è univoco (con l'espressione "A3 plus" vengono indicati, infatti, formati di carta di diverse dimensioni).

E' appena il caso di aggiungere che il formato di carta che la stampante offerta dai concorrenti è in grado di supportare rappresenta un elemento marginale nella valutazione delle offerte, alla luce del ben più ampio oggetto dell'appalto, concernente la "realizzazione e messa in esercizio del sistema informativo per la gestione del sistema sanzionatorio amministrativo per l'accertamento delle infrazioni al codice della strada per la Prefettura - Ufficio Territoriale del Governo di Roma".

10.2. Del tutto sfornito di prova è, infine, il motivo di appello incidentale con cui si denuncia la violazione del principio di pubblicità delle sedute di gara e la fissazione dei criteri di valutazione dopo l'apertura delle buste B concernenti le offerte tecniche.

Anche se non fosse stato tardivo, quindi, il ricorso di primo grado, avrebbe dovuto essere rigettato nel merito.

11. Quanto alle spese, il Collegio ritiene che sussistano giusti motivi per disporre la compensazione delle spese del doppio grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Sesta, definitivamente pronunciando sui ricorsi in epigrafe li accoglie e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata dichiara irricevibile il ricorso di primo grado.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma, dal Consiglio di Stato, in sede giurisdizionale - Sez. VI - nella Camera di Consiglio del 30 marzo 2007, con l'intervento dei Signori:

Presidente

Consigliere

Consigliere

Consigliere

Consigliere Est.

Presidente

Consigliere

Segretario

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

il....04/06/2007

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

Il Direttore della Sezione

CONSIGLIO DI STATO

In Sede Giurisdizionale (Sezione Sesta)

Addì.....copia conforme alla presente è stata trasmessa

al Ministero.....

a norma dell'art. 87 del Regolamento di Procedura 17 agosto 1907 n.642

Il Direttore della Segreteria

N.R.G. 6118-6330/2006

<https://www.diritto.it/essendo-l-uso-del-fax-espressamente-previsto-dalla-lex-specialis-di-gara-ed-avendo-una-partecipante-indicato-all-amministrazione-il-proprio-numero-di-fax-per-la-ricezione-di-comunicazioni-inerenti-l-2/>