

Legittimo l'utilizzo del fax per le comunicazioni in una procedura ad evidenza pubblica (anche per il sorteggio dei requisiti di ordine speciale la cui perentorietà del termine non è stata una scelta discrezionale dell'amministrazione ma trae la sua radi

Autore: Lazzini Sonia

In: Diritto civile e commerciale

E' da condividere un ricorso per il quale potrebbe esistere la violazione dell'articolo 10, comma 1 quater, della legge n. 109 del 1994 (ora articolo 48 del codice dei contratti), sotto il profilo del mancato rispetto del termine di dieci giorni stabilito la norma:il presupposto da cui muove la censura è che la stazione appaltante non avrebbe fornito la prova della effettiva ricezione del fax, e che, comunque, tale mezzo di comunicazione non sarebbe idoneo a far decorrere termini perentori.

Nel caso di specie, le norme contenute negli atti di gara stabilivano che la richiesta ai "concorrenti sorteggiati" di comprovare il possesso dei requisiti richiesti nel bando di gara ed autodichiarati sarebbe stata "inviata a mezzo fax o telegramma e confermata in pari data a mezzo del servizio postale". Chiarivano poi che "la medesima verifica verrà effettuata, concluse le operazioni di gara, anche relativamente all'aggiudicatario e al concorrente che segue in graduatoria". L'assunto quindi del ricorso non può essere condiviso. Ciò non solo perché l'utilizzo del fax era esplicitamente previsto dalle norme di gara, che non sono state, neppure tardivamente, impugnate dalla ricorrente. Ma anche perché la natura di atto recettizio dell'invito a presentare la documentazione non esclude affatto che la comunicazione possa avvenire attraverso tale strumento.

Ed invero, laddove la legge non preveda una forma particolare per la notificazione degli atti amministrativi (come quella contenuta nel regio decreto 17 agosto 1907, n. 642, ai fini della decorrenza del termine per l'impugnativa, da parte dei soggetti direttamente contemplati, degli atti conclusivi nel procedimento), compete all'amministrazione procedente dettare le regole da seguire nella comunicazione degli atti endoprocedimentali. Specie quando si tratti di disciplinare la partecipazione delle parti all'istruttoria, giacché in questo caso la funzione della regola è anche quella di fornire ai diversi soggetti pubblici privati uno strumento comunicativo che consenta loro di cooperare in vista del fine comune di un adeguato e sollecito svolgimento dell'istruttoria medesima. _Ora, in quest'ordine di idee, 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).

Sul legittimo utilizzo del fax e sul termine perentorio per la presentazione della documentazione comprovante i requisiti di ordine speciale, di cui all'attuale articolo 48 del codice dei contratti (già articolo 10 comma 1 quater della Merloni) merita di essere segnalata la decisione numero 2207 del 24 aprile 2002, emessa dal Consiglio di Stato

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.>

E ancora

Il secondo motivo di appello concerne la perentorietà del termine. Sostiene l'appellante che la perentorietà del termine sarebbe prevista solo nel caso dei controlli a campione e non anche in quello dell'inoltro della documentazione da parte dell'aggiudicatario e del secondo classificato. La tesi non può

essere condivisa, in primo luogo perché sfugge la ragione di una simile differenziazione non ricavabile dalla lettera della norma. In secondo luogo perché le ragioni di speditezza procedimentale e di garanzia dei terzi (in particolare del secondo classificato) sono evidenti in entrambe le ipotesi disciplinate dal legislatore.

A cura di *****

N. 2207/02 REG.DEC.

N. 4896 REG.RIC.

ANNO 2001

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il
Consiglio
di
Stato
in
sede
giurisdizionale

Quinta
Sezione

ha pronunciato la seguente

decisione

sul ricorso in appello n.4896 del 2001,
proposto dalla ALFA Srl, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa
dall'avv. *****, con domicilio eletto in Roma, Via G. Mercalli n. 15 presso lo stesso;

CONTRO

Il Comune di Finale Emilia, in persona del Sindaco pro tempore, rappresentato e difeso dagli avv.
***** e *****, presso gli stessi elettivamente domiciliato in Roma, Via G. Mercalli n.
13;

Il Consorzio BETA srl, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avv.
***** e *****, presso quest'ultimo elettivamente domiciliato in Roma Via Ugo *****, 3;

per l'annullamento

della sentenza del TAR dell' Emilia e Romagna, - Bologna - sez. II, 7 marzo 2001, n.193;

Visto il ricorso in appello con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio delle parti appellate;

Esaminate le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

Vista l'ordinanza n. 3108/01 con la quale è stata respinta la richiesta di sospensione della esecuzione della
sentenza appellata;

Visti tutti gli atti di causa;

Relatore alla pubblica udienza del 27 novembre 2001
il Consigliere *****;

Uditi per le parti l'Avv. *****E, l'Avv. PISELLI (su delega dell'Avv. *****) e l'Avv. QUINTO (su delega
dell'Avv. *****);

Visto il dispositivo di decisione n. 617 del 30 novembre 2001;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO

L'impresa ALFA Srl, aggiudicataria provvisoria dell'asta pubblica indetta dal Comune di Finale Emilia per l'affidamento dei lavori di ampliamento del cimitero, è stata esclusa dalla gara per non aver fatto pervenire entro il termine prefissato (4 dicembre 2000) i documenti richiesti a dimostrazione dei requisiti da lei precedentemente dichiarati. Dopo la nuova formulazione della graduatoria, la gara è stata aggiudicata al Consorzio BETA Srl.

L'ALFA ha impugnato gli atti in parola davanti al Tar per l'Emilia Romagna, il quale ha respinto il ricorso, con sentenza n. 193 del 7 marzo 2001, giudicando infondati i motivi prospettati dalla ricorrente.

L'impresa, con il presente appello, ripropone le censure di legittimità disattese dal primo giudice. In particolare, dopo aver affermato di non aver ricevuto il fax contenente la richiesta di presentazione della documentazione, denuncia la violazione dell'articolo 10, comma 1 quater, della legge n. 109 del 1994, sotto i profili dell'inidoneità di tale tipo di comunicazione a far decorrere un termine perentorio e comunque della non perentorietà del termine in questione, nonché l'eccesso di potere sotto i profili del difetto di motivazione, dell'illogicità manifesta e dello sviamento.

Conclude quindi chiedendo, previa riforma della sentenza appellata, l'annullamento degli atti impugnati in primo grado.

Resiste all'appello il Comune di Finale Emilia, il quale rileva la tardività delle censure rivolte contro il bando di gara e controbatte le tesi avversarie, concludendo per il rigetto della domanda giudiziale.

È altresì costituito il Consorzio BETA, il quale osserva come la decisione della stazione appaltante di attribuire carattere perentorio al termine in questione è connessa all'esigenza della celere realizzazione dei lavori. Conclude quindi per il rigetto dell'appello.

Le parti hanno scambiato memorie per illustrare ulteriormente le rispettive tesi difensive.

DIRITTO

L'appello proposto dall'impresa ALFA Srl è infondato.

L'articolo 10, comma 1 quater, della legge 11 febbraio 1994, n. 109, aggiunto dall'art. 3, legge 18 novembre 1998, n. 415, ha introdotto una complessa procedura in base alla quale le stazioni appaltanti, prima di procedere all'apertura delle buste delle offerte presentate, richiedono ad un numero di offerenti non inferiore al 10 per cento delle offerte presentate, scelti con sorteggio pubblico, di comprovare, entro dieci giorni dalla data della richiesta medesima, il possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa, eventualmente richiesti nel bando di gara, presentando la documentazione indicata in detto bando o nella lettera di invito. La norma aggiunge poi che " la suddetta richiesta è, altresì, inoltrata, entro dieci giorni dalla conclusione delle operazioni di gara, anche all'aggiudicatario e al concorrente che segue in graduatoria, qualora gli stessi non siano compresi fra i concorrenti sorteggiati, e nel caso in cui essi non forniscano la prova o non confermino le loro dichiarazioni ... si procede alla determinazione della nuova soglia di anomalia dell'offerta ed alla conseguente eventuale nuova aggiudicazione".

Nel caso di specie, le norme contenute negli atti di gara, concernenti l'asta pubblica per l'appalto dei lavori di ampliamento del cimitero del Comune di Finale Emilia, stabilivano che la richiesta ai "concorrenti sorteggiati" di comprovare il possesso dei requisiti richiesti nel bando di gara ed autodichiarati sarebbe stata "inviata a mezzo fax o telegramma e confermata in pari data a mezzo del servizio postale". Chiarivano poi che "la medesima verifica verrà effettuata, concluse le operazioni di gara, anche relativamente all'aggiudicatario e al concorrente che segue in graduatoria".

L'appellante, aggiudicataria provvisoria, è stata esclusa dalla gara per non aver fatto pervenire i documenti richiesti mediante fax trasmesso in data 24 novembre 2000, confermato con lettera raccomandata ricevuta il 28 novembre 2000, entro il termine perentorio del 4 dicembre 2000.

L'appellante ribadisce, in questa sede, i motivi di ricorso disattesi dal Tar. In primo luogo, la violazione dell'articolo 10, comma 1 quater, della legge n. 109 del 1994, sotto il profilo del mancato rispetto del termine di dieci giorni stabilito la norma. Il presupposto da cui muove la censura è che la stazione appaltante non avrebbe fornito la prova della effettiva ricezione del fax, e che, comunque, tale mezzo di comunicazione non sarebbe idoneo a far decorrere termini perentori.

L'assunto non può essere condiviso. Ciò non solo perché l'utilizzo del fax era esplicitamente previsto dalle norme di gara, che non sono state, neppure tardivamente, impugnate dalla ALFA. Ma anche perché la natura di atto recettizio dell'invito a presentare la documentazione non esclude affatto che la comunicazione possa avvenire attraverso tale strumento.

Ed invero, laddove la legge non preveda una forma particolare per la notificazione degli atti amministrativi (come quella contenuta nel regio decreto 17 agosto 1907, n. 642, ai fini della decorrenza del termine per l'impugnativa, da parte dei soggetti direttamente contemplati, degli atti conclusivi nel procedimento), compete all'amministrazione procedente dettare le regole da seguire nella comunicazione degli atti endoprocedimentali. Specie quando si tratti di disciplinare la partecipazione delle parti all'istruttoria, giacché in questo caso la funzione della regola è anche quella di fornire ai diversi soggetti pubblici privati uno strumento comunicativo che consenta loro di cooperare in vista del fine comune di un

adeguato e sollecito svolgimento dell'istruttoria medesima.

Ora, in quest'ordine di idee, 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.

Il secondo motivo di appello concerne la perentorietà del termine. Sostiene l'appellante che la perentorietà del termine sarebbe prevista solo nel caso dei controlli a campione e non anche in quello dell'inoltro della documentazione da parte dell'aggiudicatario e del secondo classificato. La tesi non può essere condivisa, in primo luogo perché sfugge la ragione di una simile differenziazione non ricavabile dalla lettera della norma. In secondo luogo perché le ragioni di speditezza procedimentale e di garanzia dei terzi (in particolare del secondo classificato) sono evidenti in entrambe le ipotesi disciplinate dal legislatore.

Anche il terzo motivo di appello, con il quale viene prospettato il vizio di eccesso di potere sotto i profili del difetto di motivazione, dell'illogicità manifesta e dello sviamento, è privo di consistenza giuridica. Infatti, come si è visto, la perentorietà del termine non è stata una scelta discrezionale dell'amministrazione ma trae la sua radice direttamente nella legge.

Per questi motivi il ricorso in appello deve essere respinto.

Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate nel dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione quinta, respinge il ricorso in epigrafe.

Condanna l'appellante al pagamento delle spese, che liquida in complessive £.4.000.000, in favore delle controparti costituite.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del 27 novembre 2001, con l'intervento dei signori:

*****, Presidente

*****, Consigliere

*****, Consigliere estensore

*****, Consigliere

*****, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

f.to *****

f.to *****

IL SEGRETARIO

f.to *****

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

il..... 24/04/2002.....

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

**IL
DIRIGENTE**

f.to *****

<https://www.diritto.it/legittimo-l-utilizzo-del-fax-per-le-comunicazioni-in-una-procedura-ad-evidenza-pubblica-anche-per-il-sorteggio-dei-requisiti-di-ordine-speciale-la-cui-perentorieta-del-termine-non-e-stata-una-scelta/>