

**N. 00722/2012REG.PROV.COLL.
N. 08538/2011 REG.RIC.**



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 74 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 8538 del 2011, proposto da:

Impresa Podestà Amedeo S.r.l., rappresentata e difesa dagli avvocati Giuseppe Inglese, Stefano Vinti e Paola Chirulli,
con domicilio eletto presso Stefano Vinti in Roma, via Emilia 88;

contro

la Provincia di Savona, rappresentata e difesa dagli avvocati Gianluca Contaldi e Gianluca Ercole, con domicilio eletto
presso Gianluca Contaldi in Roma, via Pierluigi Da Palestrina, 63;

nei confronti di

Servizi e Costruzioni S.r.l., rappresentata e difesa dall'avv. Mario Alberto Quaglia, presso il quale è elettivamente domiciliata in Roma, via Giosuè Carducci, 4;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. LIGURIA - GENOVA: SEZIONE II n. 00864/2011, resa tra le parti, concernente AFFIDAMENTO LAVORI DI ADEGUAMENTO IDRAULICO E FUNZIONALE DEL PONTE DENOMINATO "DELLE FABBRICHE" - (RISARCIMENTO DANNI)

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Provincia di Savona e della Servizi e Costruzioni S.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 22 novembre 2011 il Consigliere Doris Durante;

Uditi per le parti gli avvocati Inglese, Contaldi e Quaglia;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. - Con disciplinare di gara del 19 novembre 2010, la Provincia di Savona, indiceva una gara mediante procedura aperta per l'aggiudicazione dei "lavori di adeguamento idraulico e funzionale del ponte denominato delle fabbriche e del corpo stradale in località Caragna in Comune di Calizzano", da aggiudicarsi ai sensi dell'art. 82, comma 2, del d.

lgv. n. 163 del 2006 secondo il criterio del prezzo più basso sull'elenco prezzi.

La gara veniva aggiudicata alla Servizi e Costruzioni S.r.l., che aveva offerto la migliore offerta tra le imprese rimaste in gara, con il ribasso percentuale del 21,12%.

Nel rispetto dei termini di legge, interveniva l'aggiudicazione definitiva, la stipula del contratto e la consegna dei lavori.

Dell'intervenuta aggiudicazione definitiva, veniva data comunicazione dalla stazione appaltante a tutti i concorrenti con nota del 22 dicembre 2010.

2.- Con ricorso notificato nel maggio 2011, la società Podestà Amedeo s.r.l., la cui offerta era stata esclusa perché ritenuta anomala, impugnava davanti al TAR Liguria l'aggiudicazione dell'appalto in favore della Servizi e Costruzioni S.r.l., assumendo che la soglia dell'anomalia non fosse stata individuata correttamente.

3.- Il TAR Liguria con sentenza n. 864 del 31 maggio 2011 dichiarava il ricorso inammissibile, accogliendo l'eccezione di tardività del gravame formulata dall'aggiudicataria e dalla Provincia di Savona, avendo constatato che la ricorrente aveva avuto conoscenza dell'aggiudicazione definitiva già dal 23 dicembre 2010, data in cui la stazione appaltante aveva comunicato via fax l'esito della procedura.

4.- Podestà Amedeo s.r.l., con l'atto di appello in esame, ha impugnato la sentenza di cui chiede l'annullamento o la riforma, con conseguente annullamento dell'aggiudicazione e declaratoria giudiziale di inefficacia del contratto a suo tempo stipulato.

Essa appellante assume l'erroneità della sentenza del TAR, in quanto il rapporto di trasmissione fax non sarebbe idoneo a dimostrare l'effettivo invio dell'atto di aggiudicazione, non recando indicazioni circa il contenuto del documento trasmesso; deduce la violazione della l. n. 241 del 1990, perché, comunque, la comunicazione non

indicherebbe l'autorità alla quale presentare ricorso ed i termini per ricorrere e ripropone la censura di erroneo calcolo della soglia di anomalia.

5.- Si sono costituite in giudizio la Provincia di Savona e la Servizi e Costruzioni S.r.l. che hanno chiesto il rigetto dell'appello.

6.- Le parti hanno scambiato memorie difensive e, alla camera di consiglio fissata per la trattazione dell'istanza cautelare di sospensione dell'efficacia della sentenza appellata, le parti sono state avvisate circa la possibilità di definire il giudizio con sentenza in forma semplificata .

7.- L'appello è infondato e va rigettato.

7.1- In base alla più recente normativa (d.p.r. 28 dicembre 2000, n. 445) il fax è strumento ordinario di comunicazione di atti e documenti, in quanto 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.

In materia di procedure ad evidenza pubblica, l'art. 77 del d. lgv. n. 163 del 2006 stabilisce che è in facoltà delle stazioni appaltanti e degli operatori economici inviare le comunicazioni via telefax, purché di ciò si dia comunicazione nel bando o nell'invito.

Sulla scorta della normativa citata, la giurisprudenza ha ritenuto che il rapporto di trasmissione via fax è strumento idoneo a garantire con sufficiente certezza l'effettività della comunicazione e, quindi, a far decorrere i termini di impugnativa, senza che il soggetto che ha trasmesso il fax debba fornire ulteriore prova oltre quella risultante dal rapporto di trasmissione che indichi le regolari avvenute trasmissione e ricezione. Grava, invece, sul ricevente che assume la mancata ricezione fornirne la prova contraria (Cons. Stato, sez. V, 18 agosto 2010, n. 5845; 24 aprile 2002,

n. 2202).

7.2 - Nel caso di specie, la comunicazione via fax è avvenuta in conformità di espressa previsione del bando di gara.

Quanto al suo perfezionamento, esso risulta dal rapporto di trasmissione datato 23 dicembre 2010, depositato in giudizio dalla Provincia di Savona, attestante l'invio a mezzo fax della nota 22 dicembre 2010 prot. n. 9373 recante comunicazione dell'aggiudicazione definitiva.

Dal rapporto emerge, infatti, con evidenza che la comunicazione dell'aggiudicazione definitiva è stata inviata tramite via fax a diverse imprese tra le quali la Podestà Amedeo s.r.l., alla quale l'invio è avvenuto alle ore 12,49 del 23 dicembre 2010.

Trattasi, invero, di rapporto cumulativo (cioè attestante l'invio della medesima comunicazione ad una pluralità di imprese tra cui anche la podestà Amedeo s.r.l.), determinato dal fatto che, in considerazione del numero elevato dei destinatari, l'invio del documento è stato effettuato a mezzo l'ausilio di un programma informatico (il software Zetafax che consente l'invio massivo di fax direttamente da personal computer), programma della cui funzionalità non v'è ragione di dubitare, atteso che nel rapporto generato da tale sistema sono presenti tutti gli elementi identificativi della comunicazione effettuata via fax, cioè il mittente, l'oggetto, il nome o la denominazione dell'impresa destinataria; la data e l'ora di invio; l'esito della trasmissione (inviato, tentato, fallito).

Tali elementi, contrariamente a quanto asserisce l'appellante, danno la prova dell'avvenuta trasmissione con esito positivo della comunicazione di aggiudicazione, sicché essa appellante, era a conoscenza dell'aggiudicazione definitiva sin dal 23 dicembre 2010 ed il ricorso proposto nel mese di maggio è tardivo.

7.3- Pretestuosa è la obiezione dell'appellante circa l'incertezza del documento trasmesso, mancando la relativa fotografia, in quanto la riproduzione della prima pagina è solo un'opzione del sistema, la cui assenza non condiziona

la validità della comunicazione allo stesso modo in cui sono provate le comunicazioni a mezzo servizio postale, malgrado non sia noto il contenuto del documento trasmesso.

7.4- Quanto poi, alla presenza nel documento di trasmissione della dicitura “fallito”, essa si riferisce agli invii non andati a buon fine e non già a quelli cui corrisponde sulla stessa linea, come per l’appellante, la dicitura “inviato”.

Ad ogni buon conto, la prova del perfezionamento della trasmissione via fax avvenuta il 23 dicembre 2010, risulta comprovata dalla Provincia di Savona, malgrado non fosse suo onere, mediante deposito in giudizio delle note di ricevimento del documento di altre imprese comprese nello stesso rapporto di trasmissione in cui compare l’impresa appellante.

7.4- In conclusione, deve ritenersi che la trasmissione via fax, nel caso in esame, era mezzo idoneo di comunicazione degli atti della procedura concorsuale; che la trasmissione con modalità Zetafax è sistema idoneo alla stregua del fax tradizionale; che v’è prova in atti dell’avvenuta ricezione da parte dell’appellante della comunicazione di aggiudicazione sin dal 23 dicembre 2010; che l’impresa appellante non ha fornito alcuna prova circa la mancata ricezione della suddetta comunicazione.

Ne consegue l’irricevibilità del ricorso di primo grado notificato a distanza di 4 mesi dalla conoscenza dell’aggiudicazione definitiva, con conseguente inammissibilità del ricorso, correttamente dichiarata dal TAR Liguria.

8.- La censura posta in via subordinata dall’appellante, relativa alla circostanza che la comunicazione inviata dalla Provincia di Savona mancherebbe, comunque, del termine e dell’Autorità cui proporre ricorso, costituendo domanda nuova, perché non proposta in primo grado, è inammissibile per il divieto dello *ius novorum* e, comunque, infondata alla stregua di giurisprudenza consolidata secondo la quale l’omessa indicazione del termine entro cui ricorrere non è evenienza di per sé sufficiente a giustificare l’inosservanza del predetto termine, tanto più laddove il destinatario sia un

professionista per sua natura avveduto circa le conseguenze derivanti dalla piena conoscenza di un atto ritenuto lesivo.

9.- Per quanto esposto, risultando inammissibile il ricorso di primo grado, l'appello non può che essere respinto con conferma della sentenza di primo grado, cui consegue la preclusione dell'esame delle censure di merito non esaminate dal giudice di primo grado e riproposte con l'atto di appello.

10.- Quanto alle spese del grado di giudizio, sussistono giusti motivi, per disporre la compensazione tra le parti.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 22 novembre 2011 con l'intervento dei magistrati:

Pier Giorgio Trovato, Presidente

Francesco Caringella, Consigliere

Carlo Saltelli, Consigliere

Francesca Quadri, Consigliere

Doris Durante, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 14/02/2012

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)