

REPUBBLICA ITALIANA

N. 4032/09 REG.DEC.

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

N. 568 REG.RIC.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, quinta Sezione

ANNO 2008

ha pronunciato la seguente

DECISIONE

Sul ricorso in appello n. 568/2008 del 24/01/2008, proposto dalla DE VIZIA TRANSFER S.P.A., rappresentata e difesa dall'Avv. GIOVANNI CONTU con domicilio eletto in Roma, VIA MASSIMI n. 154 presso lo studio dello stesso;

contro

COMUNE DI SINNAI, rappresentato e difeso dagli Avv.ti MARIA STEFANIA MASINI e UMBERTO PIRODDI con domicilio eletto in Roma, VIA DELLA VITE n.7 presso lo studio del primo;

e nei confronti di

GESENU S.P.A., rappresentata e difesa dagli Avv.ti ANDREA GUARINO, ROSANNA PATTA e. SERGIO SEGNERI con domicilio eletto in Roma, PIAZZA BORGHESE n. 3 presso lo studio del primo;

per la riforma

della sentenza del **TAR SARDEGNA - CAGLIARI - 1^ SEZIONE n.2032/2007**, resa tra le parti, concernente GARA PER INVIDUAZ. SOCIO PRIVATO DI MINORANZA GESTIONE SERVIZI IGIENE URBANA;

Visto l'atto di appello con i relativi allegati;

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

Visti gli atti tutti della causa;

Alla pubblica udienza del 17 Marzo 2009 , relatore il Consigliere Cons. Filoreto D'Agostino ed uditi, altresì, gli avvocati Casertano per delega di Contu, Masini e Patta;

FATTO E DIRITTO

Viene in decisione l'appello avverso la sentenza con la quale il Tribunale amministrativo regionale per la Sardegna ha respinto il ricorso proposto dall'odierna appellante avverso l'esclusione dalla gara indetta dal Comune di Sinnai per l'individuazione del socio privato di minoranza della costituenda società mista per la gestione dei servizi di igiene urbana nei comuni di Sinnai, Selargius e Monserrato.

La decisione del Giudice di prime cure ha statuito sul merito del gravame, ritenendolo infondato, prescindendo conseguentemente dall'eccezione di irricevibilità prospettata sia dall'amministrazione resistente sia dalla controinteressata.

L'eccezione è stata riproposta in grado d'appello e conviene che sulla stessa si pronunci la Sezione.

L'eccezione è fondata.

Si rammenta che l'utilizzo del fax era previsto dalle norme di gara, essendosi precisato nel bando di selezione che la presentazione della domanda di partecipazione alla gara dovesse recare,

all'esterno del plico, non solo una specifica dicitura, ma anche la ragione sociale, l'indirizzo, il telefono ed il fax dell'impresa candidata (pagina 3 bando: doc. 5 di produzione di primo grado del Comune di Sinnai).

Tale richiesta si giustifica solo sul presupposto di conferire allo strumento specifico l'idoneità a dare e ricevere ogni comunicazione inerente la gara.

Essendo l'uso del fax previsto dalla lex specialis di gara ed avendo l'odierna appellante indicato all'Amministrazione il proprio numero telefonico abilitato per la ricezione di comunicazioni inerenti la gara, non può esservi dubbio sul fatto che la conoscenza dell'aggiudicazione acquisita per quel mezzo fosse idonea a far decorrere il termine per impugnare.

Con pronuncia 4 giugno 2007, n. 2951 la Sesta Sezione del Consiglio di Stato ha osservato quanto segue: "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 consen-

te 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).

Le conclusioni appena riportate possono essere ripetute anche nel caso di specie, posto che l'Amministrazione non aveva in alcun modo limitato la propria capacità di comunicazione ad un mezzo

specifico e a modalità particolari come la raccomandata con ricevuta di ritorno.

Tanto premesso in ordine alla utilizzabilità del fax come strumento di comunicazione nella specifica gara, è agevole rilevare come all'odierna appellante sia stata trasmessa via fax il 24 luglio 2006 nota nella quale si comunicava l'esclusione dalla gara con ampia indicazione dei motivi che sorreggevano la determinazione (mancato raggiungimento del punteggio minimo).. È stato prodotto in giudizio il rapporto di trasmissione del fax da cui risulta che lo stesso è stato ricevuto in data 24 luglio 2006.

A controprova si rileva come nella nota in questione fosse indicata la nuova data fissata per il prosieguo delle operazioni di gara e come all'incombente il successivo 31 luglio si presentasse un rappresentante di De Vizia Transfer s.p.a., al quale veniva ripetuto quanto già esposto con il fax.

Si ribadisce, pertanto, come il fax debba 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 una difetto di funzionamento dell'apparecchio.

Tale prova contraria nel caso di specie non è stata fornita. Pertanto il ricorso di primo grado, essendovi la relativa notificazione perfezionata per il notificante in data 14 novembre 2006, va dichiarato irricevibile.

Le spese seguono la soccombenza.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale – Sezione Quinta, pronunciando sull'appello, dichiara irricevibile in ricorso di primo grado e, per l'effetto, annulla senza rinvio l'impugnata sentenza.

Condanna parte appellante alle spese di lite che, comprensive di diritti e onorari, liquida in complessivi euro 2.000,00 (diconsi duemila) a favore di ciascuna delle parti resistenti.

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

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio di 17 marzo 2009 con l'intervento dei Signori:

Stefano Baccharini	Presidente
Filoreto D'Agostino	Consigliere estensore
Claudio Marchitiello	Consigliere
Aniello Cerreto	Consigliere
Carlo Saltelli	Consigliere
L'ESTENSORE	IL PRESIDENTE
f.to Filoreto D'Agostino	f.to Stefano Baccharini

IL SEGRETARIO

f.to Graziano Rosi

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 19/06/09

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

P. IL DIRIGENTE

f.to Livia Patroni Griffi