

N. 04066/2012REG.PROV.COLL.

N. 03559/2012 REG.RIC.

N. 03617/2012 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

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 3559 del 2012, proposto da:
ICSA S.r.l., rappresentata e difesa dagli avvocati Roberto Invernizzi, Massimo Falsanisi e Giovanni Corbyons, con domicilio eletto presso Giovanni Corbyons in Roma, via Maria Cristina, 2;

contro

R.C. Restauro Conservativo S.n.c., rappresentata e difesa dall'avv. Paolo Moroni, con domicilio eletto presso l'avv. Angelo Molinaro in Roma, via Ludovisi, 16;
il Comune di Sesto Calende;

sul ricorso numero di registro generale 3617 del 2012, proposto da:
Comune di Sesto Calende, rappresentato e difeso dagli avvocati Angelo Ravizzoli, Rossana Colombo e Roberto Villani, con domicilio eletto presso Roberto Villani in Roma, via Lucullo, 3;

contro

R.C. Restauro Conservativo S.n.c., rappresentata e difesa dall'avv. Paolo Moroni, con domicilio eletto presso l'avv. Angelo Molinaro in Roma, via Ludovisi, 16;

nei confronti di

Società ICSA S.r.l., rappresentata e difesa dagli avvocati Massimo Falsanisi e Roberto Invernizzi, con domicilio eletto presso l'avv. Giovanni Corbyons in Roma, via Maria Cristina, 2;

per la riforma

della sentenza breve del TAR Lombardia - Milano: Sezione I n. 00884/2012, resa tra le parti, concernente ESCLUSIONE DALLA GARA PER AFFIDAMENTO LAVORI RESTAURO PALAZZO COMUNALE PER OFFERTA TARDIVA

Visti i ricorsi in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di R.C. Restauro Conservativo S.n.c. e di ICSA S.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 12 giugno 2012 il Consigliere Doris Durante;

Uditi per le parti gli avvocati Invernizzi, Ravizzoli e Moroni;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Il Comune di Sesto Calende indiceva una gara per l'appalto dei lavori di restauro del palazzo comunale per l'importo a base d'asta di euro 655.965,33.

Il bando di gara fissava quale termine perentorio per la presentazione dell'offerta il giorno 30 gennaio 2012, alle ore 12,00.

L'appalto veniva aggiudicato a ICSA s.r.l. con il ribasso del 30,622%.

R.C. Restauro Conservativo s.n.c., la cui offerta era stata esclusa perché pervenuta al Comune e protocollata alle ore 16,00 del 30 gennaio 2012, dopo aver attivato la procedura ex art. 243 bis del codice dei contratti pubblici, con ricorso al TAR Lombardia, Milano, impugnava la propria esclusione e l'aggiudicazione in favore di ICSA, deducendo errore di fatto nella decisione di esclusione.

Assumeva che il plico contenente l'offerta per la gara sarebbe stato recapitato a mezzo servizio postale già in data 27 gennaio 2012, alle ore 17,15, come risulterebbe dalla stampa dello stato di notifica e dalla copia dell'attestazione di ricevimento che produceva in giudizio.

Il TAR con sentenza n. 884 del 22 marzo 2012, resa in forma semplificata, accoglieva il ricorso, annullando il provvedimento di esclusione unitamente a tutti gli atti successivi, compresa l'aggiudicazione provvisoria in favore di ICSA, con obbligo del Comune di valutare nuovamente le offerte e quindi anche quella presentata da R.C. Restauro Conservativo.

Il TAR riteneva sussistente la prova della spedizione dell'offerta in data 26 gennaio 2012 e del ricevimento il successivo 27 gennaio, desumendola dallo stato di spedizione risultante dal sito di Poste Italiane che dava esito positivo di consegna in data 27 gennaio 2012.

La sentenza pur dando atto di un quadro problematico che non evidenzerebbe *“pienamente quando e a chi sarebbe stato consegnato il plico in esame”* valorizzava elementi indiziari, concludendo per la tempestiva consegna del plico al Comune che avrebbe protocollato in ritardo, tanto in un quadro di *favor participationis* e perché il Comune non avrebbe assolto l'onere di provare la tardività di presentazione dell'offerta da parte della società.

Il Comune di Sesto Calende e la società ICSA, con separati appelli hanno impugnato la sentenza di cui chiedono l'annullamento o la riforma per erroneità sotto diversi profili.

Si è costituita in giudizio R.C. Restauro Conservativo s.n.c. che ha chiesto il rigetto degli appelli.

Le parti hanno depositato memorie difensive e, alla camera di consiglio del 12 giugno 2012, fissata per la trattazione dell'istanza cautelare di sospensione dell'efficacia delle sentenze appellate, il collegio si è riservato di definire il giudizio con sentenza in forma semplificata, dandone avviso alle parti.

DIRITTO

Va disposta la riunione degli appelli in epigrafe ai sensi dell'art. 96 c.p.a., perché proposti contro la stessa sentenza.

Gli appelli sono fondati e vanno accolti.

Una prima questione riguarda la valenza giuridica della protocollazione ai fini di stabilire la data certa di consegna di un atto alla pubblica amministrazione.

Va ribadito, conformemente a consolidata giurisprudenza, che il registro di protocollo è atto accompagnato da fede privilegiata e che pertanto la data nonché la numerazione progressiva che viene attribuita all'atto in esso annotato sono oggetto di una specifica attività certificativa propria del pubblico ufficiale e integrano la connotazione pubblicistica anche di questa scrittura (Cass., sez. V, 9 aprile 2008, n. 240446; 23 gennaio 2004, n. 228752). Costituendo il registro di protocollo prova privilegiata, esso fa fede fino a querela di falso, per la posizione e la responsabilità di cui sono investiti gli addetti alla relativa tenuta (Cons. Stato, sez. VI, 5 ottobre 2010, n. 7309).

Né rileva in alcun modo la settorialità del registro di protocollo poiché, anche se destinato ad un ambito più ristretto del registro generale del Comune, l'annotazione svolge la medesima funzione attestativa che assume interesse pubblico (Cass. penale, sez. V, 22 settembre 2010, n. 39623).

Ne consegue che non è contestabile la data di ricezione di un atto da parte di un'amministrazione, ove questa risulti dal protocollo, se nei confronti dell'amministrazione non venga proposta querela di falso.

Nel caso di specie, in cui il bando stabiliva che *“i soggetti che intendono partecipare alla gara devono far pervenire all'Ufficio Protocollo di questo Comune i plichi contenenti l'offerta e la documentazione, pena l'esclusione dalla gara, entro il termine perentorio delle ore 12,00 del 30 gennaio 2012”*, aggiungendo, quanto all'invio a mezzo il servizio postale, che *“il recapito tempestiva dei plichi rimane ad esclusivo rischio del mittente”*, l'amministrazione non poteva che escludere dalla gara le offerte che, secondo la data e ora di protocollazione, risultavano pervenute in ritardo.

Il TAR, invero, nella ricostruzione dei fatti, prescinde dalla valenza giuridica della protocollazione dell'offerta della controinteressata da parte dell'ufficio protocollo, privilegiando altri elementi, quali lo stato di spedizione del plico risultante dal sito “poste italiane” e l'avviso di ricezione del plico.

Assume il TAR che non rileverebbero *“le dichiarazioni rese dal personale dell'ufficio protocollo, posto che esse danno esclusivamente atto delle operazioni svoltesi in quell'occasione...”* e che andrebbe condivisa *“..la diversa attestazione resa da Poste Italiane, nonché la veridicità della copia dell'.. avviso fatta avere alla ricorrente e prodotta in giudizio”*.

Il TAR perviene a tale conclusione sulla base di una ricostruzione che valorizza dati privi di valore giuridico a discapito della data di protocollazione, avente fede privilegiata.

Invero, gli elementi indiziari, cui il TAR attribuisce significato nella ricostruzione dei fatti, cioè il modulo di accettazione del pacco “postacelere plus” depositato dalla S.C. Restauro Conservativo, sul quale è apposta una sigla e riportata quale data di consegna quella del 27 gennaio 2012, ore 17,15 e l'attestazione di consegna del servizio monitoraggio della corrispondenza nel sito internet delle poste italiane, non sono documenti dotati di fede privilegiata.

Entrambi questi documenti, non avendo valore di prova legale, non possono in via di principio, prevalere sulla data di protocollazione che ha, invece, valore legale.

Quanto al modulo di ricevimento di posta celere, esso non ha funzione certificativa di per sé ed ancora di più nel caso in esame in quanto non accompagnato da alcuna contestuale sottoscrizione dell'addetto postale.

In ordine, poi, alla segnalazione di consegna risultante dal sito delle Poste, essa è meramente indicativa (tutte le segnalazioni sulla consegna degli atti giudiziari traibili dal sito delle Poste, recano, infatti, la dicitura “*Attenzione: la data di consegna della raccomandata è quella che risulta dal timbro postale. Quella indicata dal sistema doveequando è solo indicativa*”).

Né ha pregio il richiamo della controinteressata alla disposizione dell'art. 55, comma 6, c.p.a., che nell'ambito del giudizio cautelare, consente al ricorrente, se la notificazione è avvenuta a mezzo del servizio postale, ed esso ricorrente non è ancora in possesso dell'avviso di ricevimento, di provare la data di perfezionamento della notificazione producendo copia dell'attestazione di consegna del servizio monitoraggio della corrispondenza nel sito internet delle poste.

Tale facoltà, di natura eccezionale, espressione del *favor iudicii* nel processo cautelare caratterizzato da motivi di urgenza, non implica attribuzione di fede privilegiata alle risultanze del monitoraggio del sito di poste italiane, tant'è che la norma fa salva la prova contraria.

Invero, solo la cartolina di ricevimento della raccomandata (atto diverso sia dalla suddetta attestazione che dal modulo di accettazione del servizio postacelere plus) assume natura di atto pubblico ed ha il medesimo valore certificatorio della relata di notifica redatta direttamente dall'Ufficiale giudiziario sempre che l'attività dell'addetto postale avvenga con le modalità di cui alla l. n. 890 del 1982.

Invero, atto pubblico, con valore certificativo, è ai sensi dell'art. 2699 c.c., solo il documento redatto con le richieste formalità da un notaio o altro pubblico ufficiale autorizzato ad attribuirgli pubblica fede.

Evidente a tal punto la dedotta artificiosità della ricostruzione delle operazioni di consegna del plico effettuate dal TAR che, come già detto, ha presunto l'avvenuta consegna del plico alle ore 17,15 del 27 gennaio 2012, sul presupposto che l'avviso di ricezione recante tale data e una sigla fosse unito al plico e che fosse stato staccato al momento della consegna del plico agli uffici comunali che avrebbero poi protocollato la consegna successivamente e a termine scaduto.

Tale ricostruzione, peraltro, prettamente indiziaria, fondata su fatti privi di valenza certificativa o valore legale, configurandosi un'ipotesi di *presunto de presunto*, non ha nemmeno considerato che il 27 gennaio 2012, essendo un venerdì, gli uffici comunali, compreso l'ufficio protocollo, chiudevano alle ore 13,00 (la circostanza era anche indicata nel bando di gara, in cui erano precisati gli orari dell'ufficio protocollo) ed è stata ribadita dalla difesa del Comune, né che nessun altro impiegato del comune, compresi quelli dell'ufficio dei servizi sociali (unico ufficio comunale aperto venerdì 27 gennaio 2012, alle ore 17,15) ha riconosciuto come propria la sigla apposta sull'avviso di ricezione.

Privo di pregio è, dunque, l'assunto del TAR, secondo cui l'offerta di R.C. Restauro sarebbe "*transitata*" tempestivamente "*nella disponibilità del Comune di Sesto Calendè*".

Quanto sin qui esposto toglie pregio anche alla circostanza pure evidenziata in sentenza, che il TAR non avrebbe fornito la prova della tardiva consegna, attesa la prova legale ex art. 2700 c.c. degli atti del protocollo comunale e le dichiarazioni degli impiegati comunali presenti nell'ufficio comunale il giorno venerdì 27 gennaio 2012, ore 17,15 che hanno negato di aver mai ricevuto alcun plico da poste italiane e che hanno disconosciuto come propria la sigla apposta sull'avviso di ricezione

(da indagini successive condotte dalla Polizia giudiziaria è emerso che il corriere incaricato della consegna, ha apposto la propria sigla sul plico e le ragioni sono facilmente immaginabili, attesa la responsabilità connessa al servizio di cui trattasi). Fermo tanto, quanto alla questione se incomba all'amministrazione l'onere di ritirare il plico presso l'ufficio postale ex art. 36 del d.p.r. n. 655 del 1982, va osservato che tale onere ricorre solo allorché la *lex* di gara disponga che l'offerta debba pervenire esclusivamente a mezzo posta.

Nel caso di specie, la *lex* di gara non indicava che le offerte dovessero pervenire a mezzo posta, esigendo al contrario, la consegna all'ufficio comunale.

Peraltro, nell'utilizzo del servizio posta celere, a differenza di quanto avviene con l'ordinario servizio di posta ordinaria, non incombe al destinatario l'onere di attivarsi per il prelievo della corrispondenza, vigendo la regola del recapito del plico al domicilio del destinatario.

In ordine al principio del *favor participationis*, pure richiamato dal TAR, esso recede a fronte di regole tassative da osservarsi a pena di esclusione, in favore della *par condicio*.

Per le ragioni esposte gli appelli vanno accolti e, per l'effetto, in riforma della sentenza appellata, va respinto il ricorso di primo grado di R.C. Restauro Conservativo s.n.c.

Le spese seguono la soccombenza nell'importo indicato in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta) definitivamente pronunciando sugli appelli, come in epigrafe proposti, così provvede:
riunisce gli appelli e li accoglie e, per l'effetto, in riforma della sentenza appellata, respinge il ricorso di primo grado di R.C. Restauro Conservativo s.n.c.

Condanna R.C. Restauro Conservativo s.n.c. al pagamento delle spese di giudizio nella misura di euro 3.000,00 in favore di ICSA s.r.l. e di euro 3.000,00 in favore del Comune di Sesto Calende.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 12 giugno 2012 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Caringella, Presidente FF

Manfredo Atzeni, Consigliere

Antonio Amicuzzi, Consigliere

Doris Durante, Consigliere, Estensore

Fabio Franconiero, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 10/07/2012

IL SEGRETARIO

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