

N. 06208/2011REG.PROV.COLL.
N. 00509/2011 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 Sesta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 509 del 2011, proposto da:
Università degli Studi di Napoli "L'Orientale", in persona del legale
rappresentante in carica, rappresentato e difeso dalla Avvocatura
generale dello Stato, presso i cui uffici in Roma, Via dei Portoghesi
n. 12, è domiciliato per legge;

contro

Bsk Service s.r.l., in persona del legale rappresentante, rappresentato
e difeso dall'avv. Feliciano Ferrentino, con domicilio eletto presso
Giuseppe Placidi in Roma, via Cosseria, 2;

nei confronti di

Groupama Assicurazioni s.p.a., non costituito in giudizio;

per la riforma

della sentenza breve del T.A.R. della CAMPANIA – Sede di

NAPOLI- SEZIONE I n. 22701/2010, resa tra le parti, concernente
AGGIUDICAZIONE SERVIZIO DI PORTIERATO ED
ASSISTENZA ALLA DIDATTICA

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Bsk Service s.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 25 ottobre 2011 il
Consigliere Fabio Taormina e uditi per le parti l' Avvocato dello
Stato Varrone e l'Avvocato Lentini per delega di Ferrentino;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con la sentenza qui impugnata, il Tribunale amministrativo regionale della Campania– Sede di Napoli - pronunciandosi sul merito in sede di adunanza camerale di delibazione sulla domanda di sospensione degli effetti degli impugnati provvedimenti, ha accolto in parte il ricorso proposto dalla società BSK Service s.r.l. volto ad ottenere l'annullamento della delibera del Consiglio di amministrazione dell'Università degli Studi di Napoli "L'Orientale" del 9 marzo 2010, con cui era stata dichiarata definitiva ed efficace l'aggiudicazione del servizio di portierato ed assistenza alla didattica in favore della S.G.S. s.a.s. e disposta l'esclusione dalla procedura della società odierna appellata per mancata comprova dei requisiti previsti dal bando di

gara, nonché della nota dell'Università degli Studi di Napoli "L'Orientale" prot. n. 5241 del 12 marzo 2010, recante la comunicazione dell'esclusione dalla gara e la richiesta di escussione della cauzione provvisoria.

Il Tribunale amministrativo ha in via preliminare preso atto della circostanza che la domanda giudiziale non era volta a contestare la intervenuta aggiudicazione definitiva alla controinteressata ma unicamente la esclusione della BSK Service s.r.l. dalla procedura selettiva e l'escussione della cauzione provvisoria per mancanza di comprova del possesso dei requisiti richiesti dal bando di gara.

Nel merito - disattesa l'eccezione di inammissibilità del ricorso per omessa impugnazione del bando avanzata dalla stazione appaltante - il giudice ha accolto il ricorso, perché non v'era prova che la originaria ricorrente avesse tempestivamente ricevuto la nota prot. 27253 del 17 dicembre 2009, trasmessa a mezzo fax, con la quale la stazione appaltante l'aveva invitata ad inoltrare idonea documentazione probatoria atta a comprovare il possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e di capacità tecnica di cui ai punti III.2.2) e III.2.3) del bando di gara. Ciò perché la odierna appellata aveva provato il malfunzionamento del fax abilitato alla ricezione delle comunicazioni (producendo tre rapporti di intervento tecnico, stilati dalla ditta Vincenzo Stanzone di Nocera Inferiore, nei quali si attestava che, rispettivamente nelle date del 14, del 17 e del 19 dicembre 2009, la macchina fax in uso alla predetta società non

era funzionante). Ne discendeva che il dimostrato cattivo funzionamento della macchina fax aveva determinato la sostanziale inimputabilità alla medesima del comportamento omissivo ascrittole. Ne doveva quindi conseguire, secondo la sentenza, l'annullamento del provvedimento di esclusione dalla gara (impregiudicata rimanendo l'intervenuta aggiudicazione alla controinteressata) e di incameramento della cauzione, fermo restando il potere dell'amministrazione universitaria di sottoporre la stessa ricorrente a nuovo procedimento di verifica sul possesso dei requisiti ai sensi dell' art. 48 d.lgs. 12 aprile 2006, n.163.

L'Amministrazione soccombente ha impugnato la sentenza chiedendone la riforma.

Essa ha riproposto l'eccezione di inammissibilità del ricorso di primo grado in quanto non notificato alla controinteressata aggiudicataria S.g.S.; ha poi ribadito che tutti i rapporti di consegna dei fax trasmessi dall'appellante attestavano che i messaggi erano regolarmente pervenuti alla appellata e che non appariva credibile che i tre interventi di manutenzione/riparazione del fax dell'appellata (in data 14, 17, e 19 dicembre 2009) non avessero risolto il problema di leggibilità dei messaggi ricevuti.

L'appellata ha depositato due memorie chiedendo la reiezione dell'appello perché inammissibile e comunque infondato, facendo presente che era stata raggiunta la prova (liberamente apprezzabile dal giudice, e comunque idonea a superare la presunzione semplice

di ricezione del fax, ai sensi dell'art. 1335 Cod. civ.) che essa non aveva tempestivamente ricevuto la richiesta del 17 dicembre 2009 proveniente dalla stazione appaltante; il ricorso di primo grado da essa proposto non era inammissibile per omessa impugnazione del bando di gara, in quanto essa non si doleva della circostanza che le comunicazioni della stazione appaltante potessero avvenire a mezzo del fax, ma della mancata ricezione della richiesta del 17 dicembre 2009.

Alla odierna pubblica udienza del 25 ottobre 2011 la causa è stata posta in decisione.

DIRITTO

1.L'appello è infondato e va respinto.

1.1. Non sussiste alcun vizio di inammissibilità del ricorso di primo grado, atteso che l'odierna appellata ivi si doleva unicamente della propria esclusione e della escussione della cauzione (di guisa che non erano individuabili controinteressati) e non aveva l'onere di impugnare alcuna clausola del bando, posto che non contestava che le comunicazioni indirizzate dalla stazione appaltante potessero avvenire via fax ma, unicamente, rilevava la mancata ricezione della richiesta del 17 dicembre 2009 indirizzata dalla Università e la giustificabilità di tale omessa ricezione.

Peraltro l'utilizzabilità del fax è espressamente prevista dalla legge – come meglio si chiarirà – di guisa che è da escludere che l'appellata avesse l'onere di impugnare il bando di gara.

2. Nel merito, stabilisce l'art. 77 comma 1 d.lgs. 12 aprile 2006, n.163 che tutte le comunicazioni e tutti gli scambi di informazioni tra stazioni appaltanti e operatori economici possono avvenire, a scelta delle stazioni appaltanti, mediante posta, mediante fax, per via elettronica ai sensi dei commi 5 e 6, per telefono nei casi e alle condizioni di cui al comma 7, o mediante una combinazione di tali mezzi. Il mezzo o i mezzi di comunicazione prescelti devono essere indicati nel bando o, ove manchi il bando, nell'invito alla procedura.

La lettura contestuale dei commi che compongono l'articolo consente di affermare che l'utilizzo del fax costituisce modalità "ordinaria" di scambio delle comunicazione tra le stazioni appaltante e le imprese partecipanti alle gare.

Secondo costante giurisprudenza, l'invio tramite fax del provvedimento amministrativo rappresenta uno strumento idoneo - in assenza di espresse prescrizioni che dispongano altrimenti - a determinare la piena conoscenza del provvedimento stesso, in quanto il fax costituisce un sistema basato su linee di trasmissione di dati e su apparecchiature che consentono di documentare sia la partenza del messaggio dall'apparato trasmittente sia -attraverso il c.d rapporto di trasmissione -la ricezione del messaggio in quello ricevente, sicuramente atto a garantire l'effettività della comunicazione. Quindi, posto 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 la presunzione circa l'avvenuta ricezione, senza che colui che dimostra di aver inviato il messaggio debba fornire alcuna ulteriore prova, salva l'eventuale prova contraria concernente la funzionalità dell'apparecchio ricevente fornita, secondo l'ordinaria regola processualistica, da chi afferma la mancata ricezione del messaggio.

La presunzione di conoscenza che consegue all'invio della comunicazione a mezzo fax all'indirizzo corretto (accompagnata dal rapporto di ricezione) non ha quindi natura assoluta.

Può essere fornita la prova contraria, che può solo concernere la funzionalità dell'apparecchio ricevente; essa non può che essere fornita da chi afferma la mancata ricezione del messaggio (es. Cons. di Stato VI, 4 giugno 2007, n. 2951, che fa riferimento a Cons. Stat, V, 24 aprile 2002, n. 2202).

Dunque, nel momento in cui il fax viene trasmesso, e ciò risulti debitamente documentato dal c.d. rapporto di trasmissione, si forma una presunzione della sua ricezione in capo al destinatario, il quale può vincerla solo opponendo la mancata funzionalità dell'apparecchio ricevente.

È evidente che di tale mancata funzionalità deve essere offerta prova rigorosa non potendo evidentemente darsi campo e giustificazione a circostanze impeditive opposte in modo generico e non seriamente documentate.

In applicazione di quanto precede è evidente che il principio

secondo cui la comunicazione mediante telefax rappresenta strumento idoneo - in carenza di espresse previsioni che dispongano altrimenti - a determinare la piena conoscenza di un atto o documento (principio che trae fondamento nell'art. articolo 48 d.lgs. 7 marzo 2005, n. 82 e, in tema di documentazione amministrativa, nel d.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445) non può essere vanificato da semplici dichiarazioni del soggetto destinatario che opponga tout court di non avere ricevuto il fax.

2.1. Nel caso in esame l'appellata società, lungi dal limitarsi ad affermare semplicemente l'omessa ricezione, ha provato il malfunzionamento nel fax nei giorni in cui avrebbe dovuto ricevere le comunicazioni (15, 17, 19 dicembre 2009) depositando il rapporto di intervento dei tecnici e la "causale" di tale malfunzionamento.

Essa ha quindi assolto all'onere della prova contraria prima tratteggiato, né potrebbe provare in altra e più convincente modalità tale circostanza.

L'Amministrazione appellante dubita della veridicità di tale omessa ricezione e solleva dubbi in ordine alla affidabilità delle spiegazioni fornite dall'appellata.

Ma tali assunti vengono svolti unicamente in termini probabilistici e deduttivi, il che non può valere a superare il dato discendente dalla attestazione del mancato funzionamento del fax contenuto nel rapporto di intervento redatto da una ditta terza rispetto alla controversia.

3. Conclusivamente l'appello va respinto.

4. Sussistono le condizioni di legge per disporre la compensazione delle spese di giudizio sostenute dalle parti.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta) definitivamente pronunciando sull'appello, numero di registro generale 509 del 2011 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 25 ottobre 2011 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Severini, Presidente

Rosanna De Nictolis, Consigliere

Roberto Giovagnoli, Consigliere

Fabio Taormina, Consigliere, Estensore

Bernhard Lageder, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 24/11/2011

IL SEGRETARIO

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