



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Liguria

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 577 del 2011, proposto da:
Impresa Podestà Amedeo, rappresentato e difeso dall'avv. Giuseppe Inglese, con
domicilio eletto presso Giuseppe Inglese in Genova, via Porta D'Archi 3;

contro

Provincia di Savona, rappresentato e difeso dagli avv. Gianluca Ercole, Roberto
Massa, con domicilio eletto presso Antonello Negro in Genova, via Colombo,
12/14;

nei confronti di

Servizi e Costruzioni Srl, rappresentato e difeso dagli avv. Paolo Gaggero, Andrea
Michetti, Alberto Quaglia, con domicilio eletto presso Mario Alberto Quaglia in
Genova, via Roma 3/9;

per l'annullamento

AGGIUDICAZIONE APPALTO PER LAVORI DI ADEGUAMENTO
IDRAULICO E FUNZIONALE DEL PONTE DENOMINATO "DELLE
FABBRICHE"

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Provincia di Savona e di Servizi e Costruzioni Srl;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 19 maggio 2011 il dott. Oreste Mario Caputo e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

La società ricorrente ha impugnato l'aggiudicazione definitiva disposta dalla provincia di Savona in favore dell'impresa controinteressata del contratto avente ad oggetto i "lavori di adeguamento idraulico e funzionale del ponte denominato delle fabbriche e del corpo stradale in località del comune di Calizzano".

L'importo complessivo dei lavori, posto a base della procedura di gara aperta con ribasso sull'elenco prezzi, disciplinata ai sensi dell'art. 82, comma 2 letta) del codice dei contratti pubblici, ammontava a 736.326,00 euro.

Cumulativamente, la ricorrente ha chiesto la declaratoria d'inefficacia del contratto, oltre il risarcimento dei danni.

A fondamento del gravame ha dedotto la violazione del combinato disposto di cui agli artt. 86, comma 1 e 122, comma 9, d.lgs. n. 163/2006 poiché la stazione appaltante, in presenza di due offerte recanti lo stesso ribasso percentuale (pari al 23,23%) poste a cavallo dell'ala, contraddicendo l'orientamento consolidato del Consiglio di Stato, ne ha esclusa solo una, sì da alterare la media aritmetica dei ribassi: la modificazione della soglia d'anomalia, conclude la ricorrente, avrebbe compromesso l'aggiudicazione del contratto in suo favore.

La provincia di Savona e l'impresa aggiudicataria si sono costituiti in giudizio eccependo in limine l'irricevibilità del ricorso, instando nel merito per la sua infondatezza.

Alla Camera di consiglio del 19.05.2011 deputata per la cognizione della domanda incidentale di sospensione dell'esecuzione dell'atto impugnato, il Collegio, rese edotte le parti della possibile definizione della vertenza nel merito, nulla esse opponendo, ha trattenuto la causa in decisione.

DIRITTO

È impugnata l'aggiudicazione definitiva disposta dalla provincia di Savona in favore dell'impresa controinteressata del contratto avente ad oggetto lavori di adeguamento idraulico e funzionale.

Cumulativamente all'azione d'annullamento, la ricorrente ha proposto domanda d'accertamento giudiziale d'inefficacia del contratto d'appalto nel frattempo stipulato.

In limine sull'eccezione d'irricevibilità del gravame sollevata sia dall'amministrazione resistente che dall'aggiudicataria sul rilievo che l'aggiudicazione definitiva, avvenuta il 21 dicembre 2010, sarebbe stata formalmente comunicata via fax alla ricorrente fin dal 23.12.2010: sicché, deducono le eccipienti, il gravame, notificato il 3 maggio 2011, sarebbe stato proposto ben oltre il termine di decadenza dell'impugnazione scadente il 22 gennaio 2011.

Precisano inoltre che l'utilizzo del fax è stato espressamente autorizzato dalla ricorrente laddove ha indicato il numero "al quale va inviata ogni eventuale comunicazione" (cfr., istanza d'ammissione alla gara lett.z, sub ai): ossia lo stesso numero a cui ha fatto riferimento la stazione appaltante (cfr. rapporto di

trasmissione in atti) per comunicarle l'avvenuta aggiudicazione definitiva del contratto.

L'eccezione è fondata.

È consolidato l'orientamento giurisprudenziale che, valorizzando l'art. 79, comma 5, d.lgs. n. 163/2006 disciplinante tale tipo di comunicazione, afferma che, in presenza d'espressa previsione della *lex specialis* di gara e dell'adesione dell'offerente manifestata mediante l'indicazione del proprio numero telefonico abilitato alla ricezione, la conoscenza dell'aggiudicazione acquisita a mezzo del fax è idonea a fare decorrere il termine per impugnare (*ex plurimis*, Cons. St., sez. V, 19 giugno 2009 n. 4032).

Né in contrario è utilmente invocabile, come invece suppone la ricorrente, l'astratta ed indefinita possibilità che tale conoscenza non si sia di fatto concretata per un eventuale e supposto errore di trasmissione commesso dal soggetto comunicante.

Dal fatto che, ad eccezione del caso che ne occupa, in (quasi) tutti i rapporti di trasmissione, riguardanti la comunicazione via fax alle altre imprese concorrenti, è stata allegata la pagina effettivamente trasmessa contenente la comunicazione dell'avvenuta aggiudicazione, la ricorrente deduce che non sarebbe stata fornita la prova della piena conoscenza, utile ai fini del decorso del termine d'impugnazione. Va al riguardo rilevato che in realtà l'utilizzo del fax risponde ad una funzione strumentale: è un mezzo per portare a conoscenza del destinatario un fatto, un atto o una dichiarazione.

Sicché comunicazione da parte (nel caso in esame) della stazione appaltante e ricezione in capo al destinatario, diversamente ad esempio dal procedimento di notificazione giudiziaria di un atto, sono unitariamente considerati. In presenza del rapporto di trasmissione, la comunicazione via fax, materialmente e seppure per una frazione di tempo infinitesimale cronologicamente distinta dalla ricezione, non

è da essa scindibile, o, almeno ai sensi della disciplina normativa di cui al richiamato art. 79, comma 5, d.lgs n. 163/2006, non rileva giuridicamente.

La norma infatti fonda sul rapporto causa/effetto, tipico di ogni mezzo o strumento, l'utilizzo del fax: alla comunicazione fa seguito la ricezione in capo al destinatario.

L'effetto ulteriore, quello decisivo che qui più rileva, ossia lo stato gnoseologico del destinatario, per sua natura d'incerta dimostrazione attingendo un requisito psichico o comunque immateriale, è invece espressamente preso in considerazione dal legislatore in via generale.

Ogni dichiarazione, diretta ad una determinata persona si reputa conosciuta nel momento in cui giunge all'indirizzo del destinatario, se questi non prova di essere stato senza sua colpa, nell'impossibilità di averne notizia: così recita l'art. 1335 c.c.

Sicché l'utilizzo del fax è disciplinato da un duplice regime: per un verso, la regola fa riferimento ad un criterio di normalità – ossia riproduce (sul piano dell'essere) il rapporto di (regolarità e) causalità materiale causa/effetto – relativamente alla comunicazione della dichiarazione e all'effetto gnoseologico ad essa riferibile prodotto nei riguardi del destinatario che l'ha ricevuta; per l'altro, prescrive invece (sul piano precettivo del dovere essere) che all'onere di colui che comunica fa riscontro la valutazione del comportamento del ricevente che, per sovvertire la regola di regolarità causale, deve provare d'essere caduto in errore scusabile, ossia immune da colpa.

In definitiva, la ricorrente, in luogo di limitarsi a dedurre che la mancata allegazione della copia dell'atto trasmesso, è indice presuntivo da cui dedurre la non piena conoscenza dell'aggiudicazione, avrebbe dovuto provare che, ricevuta (in ipotesi) la pagina bianca trasmessa via fax dalla stazione appaltante, si è infruttuosamente attivata per acquisire la conoscenza dell'atto.

D'altra parte è senz'altro censurabile, e manifesta un comportamento non collaborativo che la norma richiamata accolla in capo al destinatario della dichiarazione o dell'atto, l'atteggiamento di chi, ricevuta una comunicazione, attesa ed espressamente autorizzata, (per ipotesi) incompleta o addirittura palesemente carente di contenuto informativo, per di più proveniente dall'eventuale controparte contrattuale, si limiti a registrarne acriticamente la ricezione.

Sicché deve ritenersi che fin dal 23.12.2010 la ricorrente è venuta a conoscenza dell'aggiudicazione definitiva, impugnata, oltre il termine di decadenza, con ricorso notificato il 3.05.2011: conclusivamente il ricorso è irricevibile.

La (prima facie) fondatezza nel merito del gravame giustifica la compensazione delle spese di lite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Liguria (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando, dichiara il ricorso irricevibile.

Spese compensate.

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

Così deciso in Genova nella camera di consiglio del giorno 19 maggio 2011 con l'intervento dei magistrati:

Enzo Di Sciascio, Presidente

Raffaele Prospero, Consigliere

Oreste Mario Caputo, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 31/05/2011

IL SEGRETARIO

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