

La documentazione allegata non va inviata anche a mezzo e-mail o telefax

Domanda di partecipazione - Presentazione mediante e-mail o telefax - La documentazione allegata non va inviata anche a mezzo e-mail o telefax (Consiglio di Stato, Sentenza 5 marzo 2003 n. 1218)

Consiglio di Stato, Sentenza 5 marzo 2003 n. 1218

FATTO

La Full Service International, s.r.l., in proprio e quale mandataria dell'A.T.I. con la Tecnogest, s.r.l., la Global by Flight, S.p.A., la Cooperativa Europa a r.l., la Videografica, s.r.l. con il ricorso n. 3577/2002, in epigrafe indicato, propone opposizione di terzo avverso la decisione di questa Sezione del 5.2.2002, n. 1088, pronunciata ai sensi dell'art. 23, bis e dell'art. 26, comma quarto, della legge 6.12.1971, n. 1034, introdotti dalla legge 21.7.2000, n. 205.

Con la decisione ora indicata, la Sezione ha confermato la sentenza del 5.12.2001, n. 2149, resa anch'essa in forma semplificata, con la quale la II Sezione del T.A.R. per la Calabria, Sede di Catanzaro, su ricorso della Datel, S.p.A., aveva annullato il provvedimento del 17.10.2001 di esclusione della ricorrente dall'appalto concorso indetto dall'Azienda Ospedaliera "A. Pugliese - G. Ciaccio" per l'affidamento "in service" del "servizio di custodia, stoccaggio, riordino archivistico, gestione dinamica e informatizzata, archiviazione ottica e dell'archivio delle cartelle cliniche".

Con il ricorso in opposizione, la Full Service International ha proposto anche appello incidentale, sostenendo che la Datel non doveva essere ammessa alla gara per motivi diversi da quelli rilevati dall'Azienda Ospedaliera "A. Pugliese - G. Ciaccio".

2.- Con il ricorso in appello n.8042/2992, la Full Service International impugna la sentenza del 30.7.2002, n. 1834, della II Sezione del T.A.R. per la Calabria, Sede di Catanzaro, con la quale è stato respinto il suo ricorso per l'annullamento del provvedimento del Direttore generale dell'Azienda Ospedaliera "A. Pugliese - G. Ciaccio" del 29.4.2002, n. 284, concernente "presa d'atto della sentenza del T.A.R. Calabria n. 2049 del 2001 e sentenza Consiglio di Stato, n. 1088/2002 - provvedimenti consequenziali".

3.- Si sono costituiti nei due giudizi l'Azienda Ospedaliera "A. Pugliese - G. Ciaccio" e la Datel, S.p.A.

Alla pubblica udienza del 12.11.2002 i due ricorsi sono stati ritenuti

per la decisione.

DIRITTO

1.- I due ricorsi in epigrafe possono essere trattati unitariamente e definiti con un'unica decisione, in quanto connessi per i soggetti, per l'oggetto e per le questioni giuridiche prospettate.

2.- Con il primo dei due ricorsi (n. 3577/2002), la Full Service International, s.r.l., in proprio e quale mandataria dell'A.T.I. con la Tecnogest, s.r.l., la Global by Flight, S.p.A., la Cooperativa Europa a r.l., la Videografica, s.r.l. propone opposizione di terzo avverso la decisione di questa Sezione del 5.2.2002, n. 1088, pronunciata ai sensi dell'art. 23, bis e dell'art. 26, comma quarto, della legge 6.12.1971, n. 1034, introdotti dalla legge 21.7.2000, n. 205.

Con tale decisione, la Sezione ha confermato la sentenza del 5.12.2001, n. 2149, resa anch'essa in forma semplificata, con la quale il T.A.R. per la Calabria, Sede di Catanzaro, II Sezione, su ricorso della Datel, S.p.A., ha annullato il provvedimento del 17.10.2001 di esclusione della ricorrente dall'appalto concorso indetto dall'Azienda Ospedaliera "A. Pugliese - G. Ciaccio" per l'affidamento "in service" del "servizio di custodia, stoccaggio, riordino archivistico, gestione dinamica e informatizzata, archiviazione ottica e dell'archivio delle cartelle cliniche".

Il ricorso è infondato.

Il bando di gara, al punto 10, concernente "Termine di ricezione delle domande di partecipazione", testualmente dispone: "Le richieste di partecipazione ... dovranno pervenire entro il 25.9.2001 e possono essere inoltrate per lettera, telegramma, telefax o per e-mail...Quando si scelga una delle forme sopra indicate, diversa dalla lettera, la domanda di partecipazione deve essere confermata per lettera da spedirsi non oltre il termine sopraindicato".

Al punto 14, lett. C), il bando prevede l'allegazione alla domanda di partecipazione alla gara di referenze bancarie.

La Datel è stata esclusa dalla gara, con la deliberazione del Direttore generale del 17.10.2001, n. 1091, con la seguente motivazione: "perché la domanda di partecipazione, pervenuta nei termini per mezzo di e-mail risulta priva della prescritta documentazione, in violazione dell'obbligo recato dalla lettera c) del punto 14 del bando di gara (documentazione bancaria). Non sana il suddetto vizio il fatto che, in data 27.9.01, oltre la scadenza dei

termini, la suddetta documentazione sia pervenuta per lettera raccomandata, allegata alla domanda originale. Infatti, il mezzo della lettera raccomandata, previsto esplicitamente dalla normativa vigente come momento di conferma di quanto anticipato per via telematica, convalida solo le domande regolarmente prodotte e non già quelle incomplete di documentazione come nel caso di specie".

La illegittimità della esclusione della Datel è palese.

Il bando consente di presentare la domanda di partecipazione alla gara, oltre che per lettera, anche per telegramma, telefax o e-mail (secondo la formula di cui all'art. 7, commi 7 e ss., del D.Lgs. 24.7.1992, n. 358, che consente di presentare la domanda anche per telefono o per consequenz).

E' evidente che la scelta, consentita dal bando di gara, di utilizzare un mezzo diverso dalla lettera, quali il telegramma e l'e-mail, comporta che la documentazione attestante i requisiti di partecipazione alla gara debba essere trasmessa alla stazione appaltante con la lettera di conferma, con il mezzo, cioè, che, in tali casi, deve necessariamente intervenire ad integrare la fattispecie prefigurata dal bando per la richiesta di partecipazione alla gara (telefax più lettera di conferma, e-mail più lettera di conferma, ecc.). Pertanto, la Datel, che aveva inoltrato la domanda sia per telefax che per e-mail e che, nel termine del 25.9.2001, stabilito dal bando per la spedizione della lettera di conferma, aveva inoltrato la documentazione richiesta al punto 14, lett. C), del bando, non doveva essere esclusa dalla gara.

Le contrarie deduzioni opposte dalla società ricorrente si rivelano prive di fondamento.

Si sostiene da parte della società ricorrente che non tutti i mezzi diversi dalla lettera impediscono l'invio contestuale della documentazione richiesta. In particolare, non lo impedirebbe l'inoltro della domanda tramite telefax o per e-mail.

Per la Datel, cioè per una impresa di informatica, non sarebbe stato difficile tradurre con uno scanner la documentazione richiesta dal bando in un file fotografico, trasmissibile tramite e-mail.

Più facilmente con il telefax è possibile trasmettere i documenti tradotti in copia fotostatica.

D'altra parte, sostiene ancora la società appellante, finché la regola, desumibile anche dalla normativa contenuta nel D.Lgs. n. 358 del 1992, dell'inoltro contestuale della domanda e dei documenti può

operare, essa deve trovare applicazione.

Il rilievo è capzioso, in quanto va oltre una logica e comune interpretazione dei punti 10 e 14 del bando di gara prefigurando oneri, per gli aspiranti a partecipare alla gara, non previsti dalle predette disposizioni e neppure necessari.

Chi utilizza i mezzi di trasmissione diversi dalla lettera, ha l'onere di "spedire" alla stazione appaltante, "entro la data stabilita dal bando per la ricezione delle domande di partecipazione" anche una domanda scritta a conferma di quella già effettuata per telefax o per e-mail.

Considerato che tale lettera di conferma, come si è già rilevato, completa la domanda di partecipazione alla gara, non si vede il motivo per cui non si debba con essa provvedere anche alla trasmissione dei documenti (in originale). Deve inoltre aggiungersi, per contestare altro profilo consequenziale della società appellante, che la possibilità di trasmettere con la lettera di conferma i documenti richiesti dal bando vale per tutti le domande e non solo per quelle inoltrate telefonicamente o per telegramma che materialmente non consentono alcun allegato.

La disposizione del bando, infatti, dispone che la conferma per lettera è dovuta quando si scelga "una" delle forme diverse dalla lettera.

Quanto, infine, alla configurabilità, adombrata dalla società appellante, di una disuguaglianza rilevante sotto il profilo della violazione dell'art. 3 della Costituzione, tra la posizione di chi, avendo trasmesso la domanda per lettera, è tenuto a presentare contestualmente anche la documentazione richiesta per la partecipazione alla gara, e chi, invece, presentando la domanda con gli altri mezzi indicati dal bando, è esentato da tale obbligo, non può non rilevarsi la incongruenza. E' evidente - a tacer d'altro - che l'utilizzazione di una delle modalità di presentazione della domanda di partecipazione alla gara diverse dalla lettera è rimessa esclusivamente ad una scelta dell'interessato.

Da respingere è anche il rilievo secondo cui la sentenza appellata risulterebbe erronea nel profilo in cui ha affermato che l'annullamento della illegittima esclusione della Datel dalla gara comporta la caducazione anche del successivo provvedimento di aggiudicazione.

Secondo la Full Service International, la illegittima esclusione della Datel, come atto presupposto, avrebbe solo effetti invalidanti sul

successivo provvedimento di aggiudicazione.

Pertanto, contrariamente alle affermazioni contenute nella sentenza opposta, l'aggiudicazione non poteva ritenersi caducata per via dell'annullamento della illegittima esclusione.

La Sezione non condivide la tesi formulata dalla società appellante. In via del tutto preliminare, sarebbe da rilevare che non rientrano nel decisum osservazioni relative agli effetti della pronuncia, non espressamente statuiti dal dispositivo.

Non dipende, infatti, da tali osservazioni il verificarsi degli effetti. La sentenza opposta, pertanto, non sarebbe sindacabile nel profilo prospettato dalla società appellante.

Il rilievo, comunque, non è condivisibile nella sostanza.

Deve in contrario osservarsi, infatti, che l'ammissione dei concorrenti alla gara costituisce una fase necessaria dell'unico procedimento diretto alla scelta del futuro contraente. L'illegittima esclusione di un concorrente, pertanto, si pone come vizio strutturale dell'intero procedimento di gara. L'intero procedimento, pertanto, è destinato a cadere, travolgendo conseguenzialmente anche l'atto terminale di aggiudicazione della gara, automaticamente, de iure, senza bisogno di un'autonoma impugnativa.

Non può essere condiviso, infine, neppure l'ulteriore profilo di contestazione della sentenza appellata diretto a sostenere implicitamente la inopponibilità della sentenza di annullamento della procedura concorsuale al contratto già stipulato dalla società appellante con l'Azienda Ospedaliera "A. Pugliese - G. Ciaccio".

Ed invero, in primo luogo, si osserva che il contratto è stato stipulato il 14.1.2002 (Rep. N. 357/02), successivamente, quindi, alla sentenza del T.A.R., datata 5.12.2001 (n. 2149).

La procedura concorsuale, pertanto, era stata posta nel nulla già prima della conclusione del contratto. L'Azienda Ospedaliera, quindi, non risultando sospesa l'efficacia della predetta sentenza, non avrebbe dovuto stipulare il contratto con la Full International.

Va poi rilevato che la stessa Azienda Ospedaliera, con la deliberazione del Direttore generale del 29.4.2002, n. 284, ha provveduto a porre nel nulla il contratto stipulato con la Full International.

3. - Con l'atto relativo al ricorso in opposizione, la Full

International ha formulato anche due censure, prospettate come motivi d'impugnazione in via incidentale della deliberazione del Direttore generale del 17.10.2001, n. 1091, con la quale la Datel era stata esclusa dalla gara.

La Full International deduce che la Datel avrebbe dovuto comunque essere esclusa alla gara, indicando due motivi per tale esclusione.

Le due censure sono infondate.

La Sezione, pertanto, non si sofferma sulle questioni in rito proposte da tale parte del ricorso.

In ordine alla prima, secondo cui la Datel non avrebbe potuto concorrere alla gara, in quanto nella sua attività non sarebbero comprese prestazioni coincidenti con quelle di "custodia", "stoccaggio", "gestione" ed "archiviazione" dei documenti, richieste dal capitolato tecnico di gara, si osserva che le prestazioni indicate dall'appellante ineriscono necessariamente, in quanto propedeutiche o accessorie, all'attività di "trattazione dei dati aziendali di altre imprese" e a quella di "elaborazione dati, anche su supporti informatici e multimediali", che sono comprese fra le attività della Datel. Le anzidette prestazioni sono addirittura quelle basilari nell'attività di "organizzazione di centri servizi amministrativi", cioè della principale attività della Datel.

Anche l'altra censura, secondo cui la partecipazione della Datel alla gara sarebbe stata preclusa dall'art. 5 del capitolato tecnico, si rivela priva di fondamento.

La citata clausola di capitolato dispone l'esclusione automatica dalla gara "della ditta che tra le attività enunciate dal certificato camerale non annoveri anche l'attività di trasporto per conto terzi". Ciò, "in armonia con la legge n. 675 del 1995 e s.m., in base alla quale è vietato affidare l'attività di trasporto dei documenti sanitari di questa Azienda a terzi".

A parte la congruenza di tale disposizione del bando, per la quale, da un lato, si afferma che i documenti sanitari non possono essere affidati a terzi e, dall'altro, chiede che i concorrenti abbiano nella loro attività anche quella di trasporto, va osservato che, nell'oggetto sociale della Datel, secondo il certificato camerale, è previsto l'esercizio di "attività di trasporto, di qualsiasi tipo, per conto terzi".

Tale dato, ad avviso della Sezione, è sufficiente a legittimare la partecipazione della Datel alla gara, se si considera che non esiste

una specializzazione per il trasporto dei documenti sanitari (per il quale non è quindi richiesta un'organizzazione e un'attività imprenditoriale ad hoc).

Non può ritenersi preclusiva della partecipazione alla gara della Datel, quindi, contrariamente a quanto si sostiene dalla Full International, la mancata menzione, tra le attività da essa in atto esercitate, di quella del trasporto dei documenti sanitari. La verifica della idoneità della Datel ad effettuare tale tipo di trasporto (come, del resto, per tutte le imprese concorrenti) deve ritenersi rimessa, data la particolarità del requisito in questione, esclusivamente alle valutazioni dall'amministrazione sulla base dei requisiti concretamente richiesti in sede di gara.

4. Con il secondo ricorso (n. 8042/2002), la Full International appella la sentenza del del 30.7.2002, n. 1834, della II Sezione del T.A.R. per la Calabria, Sede di Catanzaro, con la quale è stato respinto il suo ricorso per l'annullamento del provvedimento del Direttore generale dell'Azienda Ospedaliera "A. Pugliese - G. Ciaccio" del 29.4.2002, n. 284, concernente "presa d'atto della sentenza del T.A.R. Calabria n. 2049 del 2001 e sentenza Consiglio di Stato, n. 1088/2002 - provvedimenti consequenziali".

La società appellante lamenta, innanzitutto, che la predetta deliberazione non ha preso in considerazione i rilievi mossi dalla stessa società appellante con la nota del 22.3.2002, con violazione, quindi, dell'art. 10 della legge n. 241 del 1990 che "fa obbligo all'amministrazione di valutare le memorie e documenti" presentati dagli interessati intervenuti nei procedimenti che li riguardano.

La censura è infondata perché nella deliberazione impugnata si fa specificamente riferimento alle osservazioni formulate dall'appellante con citata la nota del 22.3.2002. Tali osservazioni sono state disattese, ma sono state valutate.

Non sussiste, quindi, la denunciata violazione dell'art. 10 della legge n. 241 del 1990, per il quale si chiede che i rilievi mossi dai partecipanti al procedimento debbano essere considerati e non che debbano essere anche accolti.

La censura non spiega, poi, perché sarebbe illegittima la motivazione, con la quale l'amministrazione ha ritenuto di non accogliere i rilievi mossi dall'interessata e di uniformarsi al giudicato formatosi sulla sentenza di questa Sezione del 5.2.2002, n. 1088, in attesa della pronuncia di questa Sezione sull'opposizione di terzo azionata dalla stessa società interessata. Le osservazioni formulate dall'appellante in sede amministrativa ripetono le censure già mosse con il ricorso di

cui al precedente punto 3 secondo le quali la Datel non doveva essere ammessa a partecipare alla gara. Su tali censure, dichiarate inammissibili con la sentenza del T.A.R. oggetto del presente appello, la Sezione si è già pronunciata nel merito allo stesso punto 3, respingendole.

La reiezione nel merito di dette censure supera l'esame della loro ammissibilità che può, quindi, ritenersi assorbito.

L'ultimo rilievo è diretto a contestare che l'annullamento della procedura di gara possa determinare l'effetto di porre nel nulla anche il contratto stipulato con il soggetto aggiudicatario della gara.

La questione è stata prospettata dalla società appellante già nel ricorso esaminato al precedente punto 3 e in parte è stata già confutata.

Deve solo aggiungersi che l'argomento tratto dalla Full International dall'art. 2909 cod. civ., secondo cui il giudicato formatosi sull'annullamento della procedura di gara e i conseguenti effetti di tale annullamento non le sarebbero opponibili per non avere partecipato al relativo giudizio, non è pertinente, giacché la caducazione del contratto, nel caso in esame, è conseguente al suo stato di nullità - e non di annullabilità - essendosi violate le norme attinenti alla fase di scelta del contraente che nei procedimenti di formazione dei contratti ad evidenza pubblica è regolata da norme di diritto pubblico e, pertanto, imperative, con la conseguente attrazione del contratto nell'ambito di operatività dell'art. 1418, primo comma, cod. civ.

5. - In conclusione, i due ricorsi riuniti devono essere respinti.

Le spese, sia del giudizio per opposizione di terzo che del secondo grado del giudizio di cui al ricorso di appello n.8042/2002, tuttavia, sussistendo giusti motivi, possono compensarsi fra le parti.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Quinta Sezione, riunisce per connessione i ricorsi in epigrafe e li respinge.

Compensa le spese.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'Autorità Amministrativa. Così deciso, in Roma, in Camera di Consiglio, il 12.11.2002