

pubblicato il 07/12/2020

N. 02726/2020 REG.PROV.COLL.

N. 01023/2020 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 Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia

(Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1023 del 2020, proposto da OMISSIS, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Umberto Cossu e Antonio Toullier, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Comune di Palermo, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Daniela Bartolone e Sergio Palesano, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

OMISSIS, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Massimiliano Mangano e Giovanni Barraja, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

a) della determinazione dirigenziale del Comune di Palermo- Vice Segreteria Generale- staff del Vice Segretario Generale- servizio approvvigionamenti n° 5619 del 15/6/2020, portante l'aggiudicazione del servizio di recapito di corrispondenza ordinaria e raccomandata a ora e data certa del Comune di Palermo in favore del OMISSIS (doc. n° 3);

b) ove occorrere possa, del capitolato d'oneri per l'affidamento del servizio di recapito corrispondenza ordinaria e raccomandata ad ora e data certa del Comune di Palermo (CIG. 82786069C8), limitatamente alla parte in cui non ha previsto, quale causa di esclusione dalla procedura, l'essere l'affidatario uscente del servizio oggetto di gara (doc. n° 2).

c) di ogni altro atto presupposto o conseguente, comunque connesso;

e per - la declaratoria d'inefficacia del contratto d'appalto eventualmente stipulato per effetto degli atti precedentemente indicati dal Comune di Palermo con l'aggiudicatario OMISSIS, contratto di cui la ricorrente OMISSIS S.r.l. dichiara sin da ora il suo interesse all'esecuzione e al subentro;

- il riconoscimento del diritto della ricorrente OMISSIS s.r.l. all'aggiudicazione dell'appalto per cui è causa, in qualità di prima classificata della procedura di gara;

- la condanna del Comune di Palermo al risarcimento dei danni in favore della ricorrente OMISSIS S.r.l., in forma specifica mediante l'aggiudicazione della procedura per cui è causa, ovvero per equivalente mediante il pagamento del 10% dell'importo stabilito a base d'asta o della diversa somma, minore o maggiore, che risulterà dovuta in corso di causa.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Palermo e del OMISSIS;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 13 ottobre 2020 la dott.ssa Maria Cristina Quiligotti e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Con il ricorso in trattazione la società ricorrente ha impugnato la determinazione dirigenziale del Comune di Palermo avente a oggetto l'aggiudicazione del servizio di recapito di corrispondenza ordinaria e raccomandata a ora e data certa del Comune di Palermo in favore del OMISSIS nonché ove occorrere possa, il capitolato d'oneri, limitatamente alla parte in cui non ha previsto, quale causa di esclusione dalla procedura, l'essere l'affidatario uscente del servizio oggetto di gara.

Ne ha dedotto l'illegittimità per i seguenti profili di censura:

- *“1. Violazione dell'art. 97 D.Lgs. n. 50/2016. Violazione della normativa inderogabile sul costo della manodopera. Incertezza assoluta dell'offerta e sua insostenibilità. Omessa verifica dell'anomalia”*, in quanto:

-- il costo della manodopera e la sua relativa incidenza sull'offerta finale rappresentano il punto decisivo dell'incongruenza e insanabile anomalia dell'offerta dell'aggiudicataria;

-- l'odierna ricorrente aveva rivolto specifico quesito alla stazione appaltante in ordine ai costi della manodopera, al fine di ottenere precise indicazioni rispetto alla generica indicazione degli stessi nella lexspecialis, dove erano individuati nella misura di € 80.000 e, dall'esame della risposta pervenuta dalla Stazione appaltante, sotto forma di documento formato excel, si desumeva che il valore di € 80.000 era da intendersi come valore riferito ad un singolo anno;

-- conseguentemente la stazione appaltante riteneva che la base dei costi della manodopera fosse da stimare complessivamente per i due anni in € 160.000,00, pari all'80% della base d'asta biennale, pari a € 204.001,22;

-- la stazione appaltante ha previsto una capacità di consegna tripla rispetto a quella media stabilita dall'A.N.A.C., nella sua deliberazione n. 3/2014, che ha dettato le linee guida per gli appalti nel settore postale, poi successivamente confermate in decisioni anche recenti (deliberazione A.N.A.C. n. 1351/2017);

-- la stazione appaltante richiede il recapito "a data e ora certa", che comporta l'utilizzo di tecnologia sul posto per "marcare" i pezzi consegnati e consentirne la geolocalizzazione e la rendicontazione in tempo reale e ciò comporta una tempistica di espletamento della consegna

comunque più lunga, dunque anch'essa incidente sulla capacità di consegna globale degli operatori;

-- nell'offerta dell'aggiudicatario sono contenuti valori che si discostano in via irrimediabilmente negativa dalle pur ottimistiche previsioni della stazione appaltante;

-- l'aggiudicataria, infatti, nella sua nota di risposta alla richiesta di giustificativi, afferma di poter effettuare il servizio impiegando una risorsa in meno (tredici in luogo di quattordici operatori di consegna), soprattutto riducendo il tempo di consegna di 1/3 (quaranta minuti pro die in luogo di sessanta minuti);

-- emerge in modo inequivocabile la complessiva inattendibilità dell'offerta presentata dall'aggiudicatario;

- *"2. Violazione dell'art. 83 del D.Lgs. n°50/2016 e della lexspecialis sotto il profilo della mancata ottemperanza al soccorso istruttorio. Violazione della lexspecialis e della par condicio sotto il profilo della carenza di requisito di partecipazione richiesto a pena di esclusione. Eccesso di*

potere per omessa istruttoria, per disparità di trattamento.", in quanto:

-- l'art. 3 del capitolato d'oneri prevedeva, tra gli altri, il possesso del seguente requisito obbligatorio per i concorrenti: "Autorizzazione generale ministeriale, di cui all'art. 6 del D. Lgs 261/99 e all'art. 1 del decreto delle Comunicazioni n.75 del 4/02/2000, con estensione del servizio a data e ora certa";

-- L' "autorizzazione generale" di cui sopra comprende uno o più servizi determinati rientranti in un elenco che l'operatore postale inoltra all'atto della richiesta, barrando le voci che lo interessano e, tra questi, il servizio "a data e ora certa" è un servizio particolare che richiede l'uso di una tecnologia di hardware e software dedicati che, attraverso la geolocalizzazione e strumenti di trasmissione telematica, consentono di monitorare tutte le fasi del servizio di consegna;

-- la sanzione espulsiva relativa agli adempimenti richiesti ai concorrenti era espressamente indicata nello stesso art. 3 del capitolato d'oneri;

-- in sede di esame della documentazione di gara la Stazione Appaltante, accertato che agli atti erano del tutto omesse le produzioni dei documenti relativi alle consorziate indicate da OMISSIS quali esecutrici del servizio, richiedeva espressamente alle consorziate stesse, in corretta applicazione del soccorso istruttorio previsto nella lexspecialis, di produrre tutti i documenti richiesti, tra i quali la fondamentale dichiarazione prevista dal capitolato d'oneri all'art. 4;

-- rimesse in corsa dall'istituto del soccorso istruttorio, le consorziate rendevano le dichiarazioni, ma, da un esame delle stesse, emerge icu oculi che tre di esse, segnatamente la OMOSSIS s.r.l., la OMISSIS s.r.l. e la OMISSIS s.r.l., hanno artatamente modificato la dichiarazione di cui all'art. 3 del modello sopra riportato, cassando la parte relativa all'estensione dell'autorizzazione generale, al servizio data e ora certa, evidentemente non in possesso dei predetti consorziati concorrenti;

-- in sede di soccorso istruttorio, ovviamente, non è più consentita alcuna integrazione o modificazione della documentazione oggetto di soccorso, e le

eventuali carenze della documentazione prodotta non possono più essere sanate, neppure se relative a questioni formali;

-- il OMISSIS sarebbe dovuto essere escluso direttamente in sede di gara, anche qualora avesse fornito già nella documentazione amministrativa le dichiarazioni incomplete;

-- l'aggiudicatario OMISSIS doveva essere comunque escluso dalla gara, una volta accertata l'incompletezza delle dichiarazioni fornite in sede di soccorso istruttorio;

-- né potrebbe farsi luogo ad alcuna sostituzione delle tre imprese prive di requisiti, circostanza esclusa quando le stesse siano carenti dei suddetti requisiti essenziali, morali o di qualificazione;

- *“3. Violazione dell'art. 36 d. lgs. n. 50/2016. Violazione del principio di rotazione”*, in quanto:

-- il OMISSIS, per effetto della determinazione dirigenziale dell'Area amministrativa della riqualificazione urbana e delle infrastrutture del Comune di Palermo n. 141 del 14/2/2017 era stato affidatario del medesimo servizio di recapito della corrispondenza del Comune di Palermo, servizio poi oggetto di successive proroghe fino all'indizione della gara per cui è causa;

-- il servizio di recapito della corrispondenza viene prestato dal OMISSIS dal 2017 alla data odierna senza soluzione di continuità;

-- tale situazione di fatto determina una palese violazione del principio di rotazione degli affidamenti di cui all'art. 36, co. 1, del d. lgs. n. 50/2016;

-- l'Amministrazione, all'atto dell'indizione della procedura oggetto del presente ricorso, aveva *“ritenuto di avvalersi della procedura di scelta di cui all'art. 36, comma 2 lettera b del d. lgs. n° 50/2016”*, senza tuttavia rispettarne le disposizioni, avendo poi proceduto alla pubblicazione della gara sul MEPA, senza procedere a alcuna selezione degli operatori da invitare;

-- pertanto deve trovare applicazione il principio generale di cui al primo comma dell'art. 36, regolante le procedure di affidamento dei contratti sotto soglia, che appunto non limita il rispetto del principio di rotazione ai soli inviti alle procedure, ma lo impone anche per gli affidamenti.

Il Consorzio controinteressato si è costituito in giudizio in data 15.7.2020, depositando documentazione e memoria difensiva in data 17.7.2020.

Il Comune di Palermo si è costituito in giudizio, a sua volta, depositando documentazione e memoria difensiva in data 18.7.2020.

Con l'ordinanza cautelare n. 780/2020 del 22.7.2020 - che non risulta essere stata impugnata - è stata motivatamente respinta l'istanza cautelare.

Il Comune di Palermo ha depositato la memoria conclusiva in data 26.8.2020 e istanza di decisione allo stato degli atti in data 8.10.2020.

La ricorrente ha depositato memoria difensiva in data 26.9.2020 e memoria di replica in data 2.10.2020 e, infine, istanza di decisione allo stato degli atti alla medesima data del 2.10.2020.

Il Consorzio controinteressato ha depositato memoria di replica in data 2.10.2020 e, infine, istanza di decisione allo stato degli atti alla medesima data del 2.10.2020.

Alla pubblica udienza del 13.10.2020 il ricorso è stato trattenuto per la decisione.

Il ricorso è infondato nel merito e deve, pertanto, essere respinto sulla base delle considerazioni che seguono.

1 - Quanto al primo motivo di ricorso:

- si premette che, in relazione al predetto motivo di censura, la ricorrente, con il ricorso introduttivo, si è limitata a richiedere, nelle relative conclusioni, esclusivamente l'annullamento della d.d. di aggiudicazione dell'appalto in favore della controinteressata (nonché del capitolato speciale nella parte indicata) con conseguente declaratoria del proprio diritto all'aggiudicazione e con ulteriore richiesta di declaratoria dell'inefficacia del contratto eventualmente nelle more

stipulato e di subentro e risarcimento dei danni, sulla base della considerazione che i costi della manodopera individuati dalla stazione appaltante non erano stati rispettati da parte dell'aggiudicatario, la cui offerta, peraltro, non era conforme alle indicazioni della *lexspecialis* né economicamente sostenibile; in alcun passaggio del richiamato ricorso, la ricorrente ha, in qualche modo, richiesto o comunque manifestato l'interesse, in via subordinata, all'annullamento dell'intera procedura di gara, di tal che la relativa eccezione di inammissibilità, quanto alla predetta richiesta nuova contenuta soltanto alla pag. 6 della memoria della ricorrente del 26.9.2020 peraltro non notificata, e formulata da parte della controinteressata nella propria ultima memoria di replica del 2.10.2020, coglie pienamente nel segno, con la conseguente declaratoria di inammissibilità della predetta domanda nuova, tardiva e non notificata, finalizzata all'annullamento dell'intera procedura di gara;

- si premette, in punto di fatto, che il Comune, con la nota del 12.6.2020 ha richiesto al Consorzio controinteressato *“Con riferimento ai costi della manodopera indicati nell'offerta economica, ai sensi dell'art. 95, co.10 del Codice”* di presentare *“idonea documentazione a comprova del rispetto di quanto previsto dall'art. 97, co. 5 lettera d) del Codice dei contratti Pubblici”*, cui il Consorzio ha dato riscontro con la nota del 15.6.2020, con la quale ha inoltrato il C.C.N.L. applicato, fornendo il dettaglio del numero delle figure per ciascun livello impegnate e le ore di impiego rapportate alla retribuzione mensile di ciascuna figura;

- la ricorrente sostiene in primo luogo che dal file di EXCEL inviato dal Comune di Palermo in sede di chiarimenti, si ricaverebbe che il servizio appaltato preveda costi della manodopera stimati pari a euro 80.000 l'anno e che quindi, trattandosi di servizio biennale, i costi della manodopera previsti per l'appalto in questione sarebbero pari a euro 160.000,00 stimati;

- come ricavabile dalla lettura dell'art. 1 del Capitolato d'Oneri, i costi della manodopera sono stati quantificati e stimati in 80.000 euro, su un importo complessivo disponibile pari a 204.000,00 euro;
- alla pag. 2 del Capitolato d'Oneri è poi specificato che *“La durata dell'accordo quadro è biennale decorrente dalla data di invio del documento di accettazione dell'offerta tramite la piattaforma del Mercato Elettronico di Consip”*;
- la ricorrente, nonostante la chiara previsione della *lex specialis*, ha voluto basarsi sui chiarimenti della Stazione Appaltante, che, tuttavia, sono *ictu oculi* affetti da un errore materiale riconoscibile atteso che il Capitolato d'Oneri era chiaro nell'indicare l'importo complessivo disponibile di euro 204.000,00 e i costi della manodopera stimati di euro 80.000 nonché la durata biennale del servizio;
- d'altronde, nelle gare pubbliche, è precluso all'Amministrazione a mezzo di chiarimenti auto interpretativi, modificare o integrare la disciplina di gara (cfr., da ultimo, sul punto, Cons. Stato Sez. V, 27/07/2020, n. 4758);
- e il Comune, nelle proprie difese, ha diffusamente esposto i criteri di determinazione del costo della manodopera per il servizio in questione;
- la ricorrente ha, poi, ritenuto che il numero di 13 postini offerti dal Consorzio (rispetto ai 14 stimati dal Comune) sarebbe incongruo, ossia incapace di garantire l'efficienza del servizio di recapito, sulla base dei calcoli esposti in ricorso;
- dai dati riportati nella relazione tecnica della controinteressata, come richiamati nella memoria difensiva, e che non risultano essere stati contestati da analoga relazione tecnica da parte ricorrente, tuttavia, si ricava che:
 - il criterio di calcolo esposto nel ricorso non è pertinente in quanto non è possibile sostenere che il servizio preveda l'invio di recapiti nel numero fisso di 2.347 al giorno, atteso che il servizio prevede, invece, dei “picchi di recapito” e dei mesi in cui l'attività di recapito si riduce fino a essere addirittura pari a zero; e ciò è

dovuto al fatto che, solo in alcuni mesi dell'anno, l'appaltatore è onerato nella consegna della posta prioritaria della TARI e della TOSAP nonché delle comunicazioni della RAP, società di gestione dei rifiuti, e di alcuni atti provenienti dall'Ufficio Eletturato;

-- la posta da recapitare viene consegnata presso la sede dell'appaltatore, suddivisa secondo CAP, indirizzo e numero civico peraltro progressivo, velocizzandosi notevolmente la procedura di affidamento ai vari postini e il relativo recapito;

-- il recapito relativo ai n. 541.000 invii ha a oggetto posta prioritaria fino a 250 gr e non raccomandate, con la conseguenza che le formalità di consegna si riducono al minimo in

quanto non vi è posta da firmare né avvisi di ricevimento da restituire al postino;

-- il Comune di Palermo ha una densità abitativa doppia rispetto ad altre realtà comunali e tale circostanza rende ancor più agevole lo spostamento per le consegne dei recapiti ai destinatari;

- quanto poi alle Linee Guida A.N.A.C. n. 3/2014, *“Linee guida per l'affidamento degli appalti pubblici di servizi postali”*, depositate in copia in atti da parte della medesima ricorrente, queste al paragrafo 8, *“Requisiti di partecipazione”*, prima di indicare il *“rapporto personale addetto/ n. di recapiti annui”* stimato, ha precisato che *“Nel corso del tavolo tecnico è stato proposto che l'organico minimo debba rispettare la seguente proporzione (naturalmente l'amministrazione aggiudicatrice potrà indicare valori differenti a seguito di un'analisi delle caratteristiche del servizio e del territorio da coprire)”* e, quindi, si tratta, pacificamente, di indicazioni di massima e non di parametri rigidi.

2 - Quanto al secondo motivo di ricorso:

- l'impresa aggiudicataria è un consorzio stabile e i consorzi stabili hanno una propria qualificazione, diversa e autonoma dalle imprese consorziate, che consente ai medesimi di

partecipare alle gare pubbliche, con la conseguenza che essi assumono su di sé e con le qualificazioni possedute, l'onere della esecuzione delle prestazioni contrattuali ed è pertanto irrilevante che una consorziata possa non essere in possesso delle qualificazioni necessarie, essendo la prestazione in toto ricadente sul medesimo consorzio stabile, che potrà provvedervi o direttamente o per il tramite di un'altra impresa consorziata (cfr., da ultimo, Cons. Stato Sez. V, 30/09/2020, n. 5742, che ha specificato che *“Nell'ambito di una procedura ad evidenza pubblica i requisiti di idoneità tecnica e finanziaria di un consorzio stabile devono essere riferiti al consorzio medesimo, ex art. 35 del D.Lgs. n. 163/2006, mentre quelli generali di partecipazione alla procedura previsti dall'art. 38 dello stesso D.Lgs. n. 163/2006 devono essere posseduti anche dalle singole imprese consorziate che eseguono le prestazioni, atteso che, in caso contrario, il consorzio potrebbe agevolmente diventare uno schermo di copertura consentendo la partecipazione di consorziati privi dei requisiti richiesti dalla legge.”*);

- il consorzio aggiudicatario è in possesso del prescritto requisito di autorizzazione generale a data e ora certa giusta autorizzazione Generale Ministeriale n. 75 del 4.2.2000;

- la circostanza che alcune delle consorziate designate esecutrici posseggano l'autorizzazione generale ma non “a data e ora certa” non può incidere sulla sussistenza del predetto requisito, in possesso del concorrente consorzio stabile;

- è, pertanto, irrilevante il possesso o meno del citato requisito da parte delle altre imprese consorziate designate esecutrici;

- né la previsione di cui all'art. 3, punto n. 4), del Capitolato d'Oneri e la richiesta di soccorso istruttorio alle consorziate riferita a rendere le dichiarazioni di cui all'art. 4, punto 1), del Capitolato d'Oneri - tra cui rientra anche il possesso della predetta autorizzazione a data e ora certa - possono

essere lette nel senso di onerare i consorziati, per i quali il consorzio stabile concorre alla gara, del possesso del requisito dell'autorizzazione in questione, a pena di esclusione;

- l'art. 83, comma 9, del d.lgs. n. 50/2016 esclude il soccorso istruttorio soltanto con riferimento all'offerta tecnica e a quella economica, e, invece, nel caso in esame, il soccorso istruttorio ha avuto a oggetto irregolarità sanabili, di tal che la stazione appaltante non ha permesso l'integrazione dell'offerta, con conseguente alterazione della *par condicio*, ma ha, invece, semplicemente consentito, in omaggio al *favor participationis*, l'integrazione delle dichiarazioni relative ai requisiti generali e di qualificazione delle ditte esecutrici, non potendo le stesse essere reperite dalla Stazione Appaltante direttamente sul portale ME.PA.

3 - Quanto al terzo motivo di ricorso:

- il principio di rotazione non è applicabile laddove il nuovo affidamento avvenga tramite procedure nelle quali la stazione appaltante non operi alcuna limitazione in ordine al numero di operatori economici tra i quali effettuare la selezione;

- il predetto principio, pertanto, non opera nelle procedure MEPA senza limitazione degli inviti;

- nella procedura in esame - come previsto nella determinazione a contrarre e come indicato all'art.2 del Capitolato d'Oneri nonché come si evince dal Riepilogo DATI RDO - la Stazione Appaltante non ha proceduto a inviare alcun invito agli operatori economici, ma ha pubblicato una "*Richiesta di Offerta aperta*" sul portale ME.PA specificando, altresì, che "*l'invito è rivolto a tutti i fornitori e pertanto la Richiesta di Offerta, i suoi dettagli e la documentazione allegata, è visibile su www.acquistinretepa.it e potrà sottoscrivere l'offerta qualunque concorrente che consegua le necessarie abilitazioni alla categoria oggetto della R.d.O entro i termini di presentazione dell'offerta*".

Conclusivamente il ricorso è infondato nel merito e deve, pertanto, essere respinto per tutte le considerazioni che precedono.

Le spese seguono la soccombenza e, ferme le spese relative alla fase cautelare già liquidate in ordinanza, sono liquidate come da dispositivo che segue in favore del Comune di Palermo e del OMISSIS, ai sensi del D.M. n. 55/2014, tenuto conto del valore della controversia e della complessità media della maggior parte delle questioni trattate, avendo riguardo ai minimi tariffari relativamente alla fase studio e alla fase introduttiva e decisionale; non si procede alla liquidazione della fase istruttoria in quanto non è stata concretamente svolta.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge. Condanna la società ricorrente al pagamento in favore del Comune di Palermo e della società controinteressata OMISSIS delle spese del presente giudizio che si liquidano in complessivi euro 3.775,00 (tremilasettecentosettantacinque/00) ciascuno, oltre accessori di legge, se dovuti.

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

Così deciso in Palermo nella camera di consiglio del giorno 13 ottobre 2020 con l'intervento dei magistrati:

Maria Cristina Quiligotti, Presidente, Estensore

Maria Cappellano, Consigliere

Bartolo Salone, Referendario

IL PRESIDENTE, ESTENSORE
Maria Cristina Quiligotti

IL SEGRETARIO

