

Pubblicato il 02/11/2016

N. 02798/2016 REG.PROV.COLL.

N. 00766/2016 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 staccata di Catania (Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 766 del 2016, integrato da motivi aggiunti,
proposto da:

Consorzio Stabile **Olimpo**, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato
e difeso dagli avvocati Giovanni Barraja C.F. BRRGNN81S12G273X e
Massimiliano Mangano C.F. MNGMSM63H24G273X, con domicilio eletto
presso avv. Davide Alfredo Luigi Negretti in Catania, via Giuffrida 23;

contro

Comune di Ragusa, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso
dall'avvocato Sergio Boncoraglio C.F. BNCSR58M22H163M, domiciliato ex art.
25 cpa presso la Segreteria del Tribunale in Catania, via Milano 42a;

nei confronti di

Poste Italiane S.p.A., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dagli avvocati Marco Filippetto C.F. FLPMRC55H18H501U, Angela Diolosà C.F. DLSNGL68M52C351E, Alberto Affatigato C.F. FF'LTRT62P25G273A, con domicilio eletto presso Direzione Affari Legali di Poste Italiane - in Catania, via Etnea, 215;

per l'annullamento

quanto al ricorso principale:

- del Bando di gara del Comune di Ragusa adottato il 25.03.2015 - i cui estremi di pubblicazione all'Albo del Comune sono ignoti e pubblicato per estratto sulla GURS n. 13 del 01.04.2016 e in pari data sul sito internet del Comune insieme ai suoi allegati Capitolato Speciale d'Appalto e Istanza di partecipazione, tutti aventi ad oggetto: "Appalto triennale per il servizio postalizzazione e notifica degli atti inerenti l'attività della Polizia Municipale, ed altri servizi connessi, collegati o dipendenti";

ove occorra:

- della determinazione dirigenziale n. 131 del 01.02.2016, richiamata dal punto 2 del Bando di Gara.

- dei verbali e di ogni altro atto adottato dalla S.A. i cui estremi non sono conosciuti.

quanto al ricorso per motivi aggiunti:

- della Determinazione Dirigenziale n. reg. gen. 972 del 6.06.2016 del Comune di Ragusa –Settore IX, in pari data pubblicata nel sito dell'amministrazione comunale e notificata presso il domicilio eletto dalla ricorrente avente ad oggetto: "Determinazione n. 131 del 01.02.2016 – postalizzazione verbali CdS. Integrazione giusta ordinanza Tar Catania n. 415/2016" con la quale l'amministrazione comunale ha integrato gli atti di gara esponendo, per la prima volta, le ragioni dell'affidamento diretto del servizio nella fase della notifica a Poste Italiane S.p.a..

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Ragusa e di Poste Italiane S.p.A.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 6 ottobre 2016 il dott. Pancrazio Maria Savasta e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Ricorso principale.

Il **Consorzio** Stabile **Olimpo** ha per oggetto sociale: “1. La partecipazione in esclusiva reciproca e in forma congiunta in nome proprio, ma per conto e nell’interesse di tutti o di parte dei consorziati, come di seguito specificato, a tutte le gare pubbliche indette per l’affidamento di appalti pubblici e/o concessioni indette sul territorio nazionale ... B: Del servizio di gestione e di notificazione, degli atti derivanti dall’attività della Polizia Municipale, delle violazioni del Codice della Strada, leggi collegate e regolamenti comunali e leggi speciali, comprensivo dei servizi accessori, in ogni sua fase, incluse tutte le attività necessarie, accessorie e complementari al perfezionamento del procedimento ivi comprese le attività di rendicontazione, acquisizione ottica e cartacea dei documenti” e inoltre: “per quanto attiene il territorio della Regione Sicilia il **consorzio** parteciperà in esclusiva reciproca ed in forma congiunta a gare di pubblica evidenza aventi ad oggetto oltre a tutte le suindicate attività indicate all’art. 1 ... anche le attività di stampa degli atti quale fase propedeutica del procedimento”.

Con Bando datato 25.03.16, in GURS n. 13 del 01.04.2016 Parte II - Serie Speciale - Gare e Appalti, il Comune di Ragusa – Settore IX, ai sensi dell’art. 55 del D.lgs. n.

163/06 s.m.i., ha indetto una gara avente ad oggetto: “Appalto triennale per il servizio postalizzazione e notifica degli atti inerenti l’attività della Polizia Municipale, ed altri servizi connessi, collegati o dipendenti”.

La *lex specialis* della gara, al punto 2, richiama la determina a contrarre, ovvero, la determinazione dirigenziale n. 131 del 01.02.2016, con la quale l’amministrazione comunale ha determinato, ai sensi degli artt. 55 e 11, comma 2, del D.lgs. 163/2006 (e 192 TUEL), l’impegno di spesa previsto per la remunerazione dell’appalto.

Nella stessa, inoltre, oltre al riferimento a una Convenzione con Poste Italiane, in scadenza a giugno del 2016, si riferisce della necessità di indire una nuova gara per l’affidamento del servizio di postalizzazione e notifica dei verbali per violazione del C.d.S..

In ultimo, è stato approvato il Capitolato Speciale d’Appalto, richiamato anch’esso dal Bando al punto 5).

La gara prevede un importo a base d’asta pari ad Euro 131.670,00 oltre IVA, per una durata contrattuale pari a 36 mesi, individuata dall’art. 2 del Capitolato Speciale d’Appalto, nel periodo compreso tra il 2.06.2016 e il 2.06.2019.

Il criterio di aggiudicazione dell’appalto è quello del prezzo più basso previsto dall’art. 82 del D.lgs. 163/06 s.m.i..

Asserisce parte ricorrente che, come ricavabile dall’art.1 del Capitolato Speciale, sebbene l’oggetto della gara bandita dall’amministrazione comunale sia individuato nel “servizio di postalizzazione e notifica degli atti sanzionatori della Polizia Municipale di Ragusa”, l’attività di notifica dei verbali non sarebbe stata inserita nella gara.

In definitiva, gli atti di gara adottati dall’amministrazione comunale sarebbero finalizzati ad affidare in modo diretto e senza gara l’attività nella fase di notifica dei verbali a Poste Italiane e, per tale motivo, sarebbero illegittimi.

Con ricorso passato per la notifica il 26.4.2016 e depositato il 3.5.2016, il ricorrente ha impugnato siffatti atti, affidandosi alle seguenti censure:

I. Violazione e errata applicazione degli articoli 20 e 21 del codice degli appalti - Violazione e errata applicazione dell'art. 27 del codice degli appalti - Violazione e falsa applicazione dell'art. 1 d.lgs. n. 261/1999 s.m.i; violazione e errata applicazione dell'art. 4 d.lgs. n. 261/1999 s.m.i. - Violazione ed errata applicazione dell'art. 201, comma 3, del d. lgs. 285/1992 (c.d.s.) – Violazione e errata applicazione degli articoli 137 e s.s. c.p.c. - Violazione dell'art. 3 della legge 241 /1990; eccesso di potere per carenza assoluta di motivazione del bando e del capitolato; violazione dei principi di concorrenza e massima partecipazione; violazione dei principi di imparzialità, buon andamento; violazione degli artt. 41 e 97 Cost..

Premette il ricorrente che il suo interesse all'impugnazione degli atti summenzionati deriva dalla rappresentata circostanza secondo la quale, come risulta dalle clausole dell'art. 1 del Capitolato, il Comune di Ragusa ha predisposto la gara limitando l'appalto all'affidamento delle fasi propedeutiche ed accessorie all'attività di notificazione degli atti sanzionatori ivi indicati (Verbali di contravvenzione per violazione del C.d.S.), prevedendo, asseritamente senza alcuna motivazione in ordine alla scelta effettuata, l'affidamento diretto a Poste Italiane del servizio nella fase di notifica dei Verbali di contravvenzione alle norme del Codice della Strada.

Per altro, come ricavabile dall'art.1 del Capitolato Speciale, la gara indetta con il Bando impugnato, non ha ad oggetto i “Servizi postali per la corrispondenza”, ma solo i servizi accessori e connessi (stampa, postalizzazione data entry etc.) al servizio di notifica dei Verbali di contravvenzione per violazione delle norme del Codice della Strada.

In altri termini, con il ricorso in esame si sostiene che l'attività di notifica avrebbe dovuto essere sottoposta a procedura competitiva, alla quale, l'odierna ricorrente avrebbe titolo e interesse a partecipare, con riguardo alla parte più rilevante (e

remunerativa) del servizio, ovvero le notificazioni da effettuarsi tramite messo comunale e a mani all'interno del territorio del Comune di Ragusa, altrimenti, invece, affidate alla sola notifica postale direttamente a Poste Italiane s.p.a..

Pertanto, in assenza di un bando rivolto agli operatori che svolgono attività di notifica a mani e tramite messo comunale, il **Consorzio** ricorrente non potrebbe presentare un'idonea istanza di partecipazione alla gara.

Ciò posto, asserisce parte ricorrente che i servizi di notifica degli atti sanzionatori "infra-comunali" - esclusi dalla procedura di gara oggetto di censura - rientrano tra quelli indicati dall'Allegato II-B al D.lgs. 163/2006 (altri servizi).

Pertanto, nel caso in esame, pur essendo il servizio di notifica riconducibile ai servizi di cui all'art. 20 e 21 del D.lgs. 163/06 - per i quali troverebbero applicazione le norme espressamente indicate dal predetto articolo (artt. 65, 68 e 225), nonché le norme del Codice degli Appalti espressamente richiamate dal bando e dai suoi allegati, l'Amministrazione non avrebbe potuto obliterare la procedura competitiva per individuare, sul mercato libero, il miglior soggetto notificatore.

L'"esclusiva" prevista nel Bando e nel Capitolato impone ai concorrenti di servirsi del servizio postale, precludendo ai medesimi la possibilità di formulare un'offerta. Infatti, l'art. 23, comma 2, del D.lgs. n. 261/99 e il D.M. applicativo 17.04.2000 stabilisce che Poste Italiane S.p.a. è il fornitore del servizio postale universale le cui attività, in esclusiva, sono tassativamente elencate dall'art. 4 del medesimo D.lgs. n. 261/99 s.m.i. e tale ultima disposizione contempla "b) i servizi inerenti le notificazioni a mezzo posta di cui all'articolo 201 del decreto legislativo 30 aprile 1992, n. 285" (Codice della Strada).

Poste Italiane non sarebbe l'unico soggetto che può effettuare l'attività della notifica o legittimato a notificare in esclusiva i Verbali per violazioni alle norme del C.d.S. e altri atti di competenza della Polizia Municipale.

La norma suindicata, infatti, stabilirebbe soltanto che Poste Italiane S.p.a. è l'unico soggetto che possa notificare con il mezzo della posta in plico chiuso:

- atti giudiziari e relative comunicazioni al riguardo (in materia di giustizia civile, penale e amministrativa);
- atti sanzionatori per violazione delle norme del Codice della Strada.

L'art. 201, comma 3, del D.lgs. 285/92 (Codice della Strada), rubricato: "Notifica delle Violazioni", invece, prevede: "Alla notificazione si provvede a mezzo degli organi indicati nell'art. 12, dei messi comunali o di un funzionario dell'amministrazione che ha accertato la violazione, con le modalità previste dal codice di procedura civile, *ovvero, a mezzo della posta*, secondo le norme sulle notificazioni a mezzo del servizio postale.

Nelle medesime forme si effettua la notificazione dei provvedimenti di revisione, sospensione e revoca della patente di guida e di sospensione della carta di circolazione".

Pertanto, in materia di violazioni delle norme del Codice della Strada, la disposizione da ultimo citata, prevederebbe che il servizio di notifica può essere legittimamente effettuato:

- dagli Agenti (dei Corpi di Polizia, Arma dei Carabinieri, Nucleo Guardia di Finanza, Corpo Polizia Penitenziaria) indicati all' art. 12 cit.) o da un funzionario dell'amministrazione comunale;
- *a mezzo messo comunale (che pacificamente può essere dipendente dell'aggiudicatario appositamente nominato dall'amministrazione comunale) tramite consegna a mani;*
- a mezzo della posta in plico chiuso e sigillato.

A tale ultima norma (art. 201, comma 3), il bando e il Capitolato avrebbero dovuto fare prioritario riferimento, sottoponendo ad evidenza pubblica anche le attività relative al servizio di notifica degli atti sanzionatori per violazione delle norme del Codice della Strada relativi alla notifiche da effettuarsi nel territorio del Comune di

Ragusa, garantendo in tal modo all'odierna ricorrente di presentare un offerta per la gestione dell'intero servizio compresa la prestazione dei servizi di notifica a mani e a mezzo messo.

In altri termini, il ricorrente non assume l'inesistenza, in favore di Poste Italiane, dell'esclusiva del servizio di notifica a mezzo posta (degli atti giudiziari e) degli atti verbali per violazioni delle norme del Codice della Strada, ma, a monte, contesta l'affidamento diretto e immotivato della notifica dei Verbali in argomento alla controinteressata Poste Italiane con le modalità "a mezzo posta e in plico chiuso", senza, invece, una previa gara e senza alcuna motivazione del servizio di notifica degli atti sanzionatori amministrativi per violazione delle norme del Codice della Strada in favore di Poste Italiane, obbligando i concorrenti a servirsi unicamente del servizio postale.

Solo in sede di selezione pubblica sarebbe possibile evidenziare l'economicità del ricorso alle procedure alternative.

Assume, inoltre, pare ricorrente che la gara sarebbe illegittima anche nella parte in cui il Capitolato prevede, tra le prestazioni richieste ai concorrenti all'art 1: la notifica di atti amministrativi derivanti dall'attività di Polizia Municipale intestati a soggetti residenti nel Comune di Ragusa da effettuarsi con le modalità previste dagli articoli 137-138-139-140-141-142-143-144-145-146-147-148 e 149-bis del Codice di Procedure Civile, che, a seguito di precedente invio a mezzo del servizio postale, non siano stati recapitati per irreperibilità del destinatario in quanto trasferito, sconosciuto, deceduto ecc, con soggetti dipendenti del soggetto aggiudicatario del servizio nominati messi comunali dal Comune di Ragusa.

Tale clausola del Capitolato sembrerebbe abilitare l'aggiudicatario ad effettuare la notifica a mezzo messo.

Tuttavia, così come sarebbe illegittima la volontà di affidare direttamente e in esclusiva la notifica dei verbali a Poste Italiane, allo stesso modo, un clausola che

prevede la: “notifica di atti amministrativi ... a seguito di precedente invio a mezzo del servizio postale” determinerebbe un ulteriore privilegio in favore di Poste Italiane.

Per altro, quella che viene definita attività di notifica dell’aggiudicatario tramite messi autorizzati non è la notifica a mani prevista dall’art. 201, comma 3, del C.d.S. ma, sarebbe una attività che l’aggiudicatario presterebbe alla stazione appaltante nel caso in cui Poste Italiane non abbia effettuato la consegna a mezzo posta a causa di irreperibilità, avviandosi successivamente ed eventualmente la notifica a mezzo messo.

II. Sotto altro profilo: violazione e errata applicazione dell’art. 27 del codice degli appalti – Violazione ed errata applicazione dell’art. 4 d. lgs. n. 261/1999 s.m.i. - Violazione ed errata applicazione dell’art. 201, comma 3, del d. lgs. 285/1992 (c.d.s.) - Violazione dell’art. 3 della legge 241/1990 s.m.i. per carenza assoluta di motivazione; eccesso di potere per carenza di motivazione del bando e del capitolato; violazione dei principi di concorrenza e massima partecipazione; violazione dei principi di imparzialità, buon andamento; violazione degli artt. 41 e 97 Cost..

Asserisce parte ricorrente che la volontà dell’amministrazione comunale di servirsi unicamente e direttamente per il servizio di notifica del mezzo postale, precludendo ad altri concorrenti diversi da Poste Italiane, la possibilità di presentare un’offerta comprensiva della prestazione della notifica nei modi consentiti dall’art. 201, comma 3, del C.d.S. (a mezzo messo e tramite consegna a mani) e quindi, la volontà di limitare il confronto concorrenziale, avrebbe potuto essere eventualmente giustificata da un’adeguata motivazione in ordine alla scelta in tal senso effettuata e che la stessa avrebbe dovuto essere palesata nella *lex specialis*.

Nel caso di specie, né il Bando di Gara, né il Capitolato Speciale recherebbero alcuna motivazione in ordine alla scelta di affidare direttamente e senza gara l'attività di notifica dei Verbali a Poste Italiane Spa.

Né l'onere motivazionale sarebbe stato assolto mediante le premesse riportate nella determinazione dirigenziale n. 131 del 01.02.2016, richiamata nel Bando al Punto 2. Costitutosi, il Comune intimato ha concluso per l'inammissibilità e l'infondatezza del ricorso.

Ad analoghe conclusioni si è affidata Poste Italiane S.p.A..

Con Ordinanza n. 415/16, la Sezione ha accolto la domanda di sospensione cautelare dei provvedimenti impugnati.

Ricorso per motivi aggiunti.

Di seguito all'Ordinanza n. 415/16 resa questa Sezione, il Comune di Ragusa, a integrazione della determina n. 131 del 01.02.2016 impugnata, ha adottato la determina dirigenziale n. 972 del 6 giugno 2016, con la quale sarebbe stata introdotta, per la prima volta, la motivazione nella *lex specialis*, però, in data successiva all'indizione della gara.

Con ricorso passato per la notifica il 6.7.2016 e depositato il 21.7.2016, parte ricorrente ha impugnato anche detto ulteriore provvedimento, affidandosi alle seguenti censure:

I. Ag.) Violazione ed errata applicazione degli articoli 20 e 21 del codice degli appalti - violazione ed errata applicazione dell'art. 27 del codice degli appalti - violazione dell'art. 1 d.lgs. n. 261/1999 s.m.i; violazione e errata applicazione dell'art. 4 d. lgs. n. 261/1999 s.m.i. - violazione e errata applicazione dell'art. 201, comma 3, del d. lgs. 285/1992 (c.d.s.) – violazione e errata applicazione degli articoli 137 e s.s. c.p.c. - violazione dell'art. 3 della legge 241 /1990; eccesso di potere per carenza assoluta di motivazione del bando e del capitolato; violazione dei principi di concorrenza e

massima partecipazione; violazione dei principi di imparzialità, buon andamento; violazione degli artt. 41 e 97 Cost..

Parte ricorrente con la censura caladata reitera i rilievi già espressi con il primo motivo del ricorso introduttivo

II. Ag.) Violazione ed errata applicazione dell'art. 27 del codice degli appalti – violazione ed errata applicazione dell'art. 4 d. lgs. n. 261/1999 s.m.i. - violazione ed errata applicazione dell'art. 201, comma 3, del d. lgs. 285/1992 (c.d.s.) violazione dell'art. 3 della legge 241/1990 s.m.i. per carenza assoluta di motivazione; eccesso di potere per carenza di motivazione del bando e del capitolato; violazione dei principi di concorrenza e massima partecipazione; violazione dei principi di imparzialità, buon andamento; violazione degli artt. 41 e 97 Cost..

L'integrazione motivazionale espressa dal provvedimento impugnato, per un verso, sarebbe tardiva, dall'altro, certificherebbe la fondatezza del secondo motivo di ricorso principale, con il quale è stata, appunto, censurata la carenza di motivazione degli atti presupposti.

III. Violazione e errata applicazione dell'art. 4 d. lgs. n. 261/1999 s.m.i. - violazione ed errata applicazione dell'art. 201, comma 3, del d. lgs. 285/1992 (c.d.s.) violazione dell'art. 3 della legge 241/1990 s.m.i. per carenza assoluta di motivazione; eccesso di potere per carenza di motivazione del bando e del capitolato; violazione dei principi di concorrenza e massima partecipazione; violazione dei principi di imparzialità, buon andamento; violazione degli artt. 41 e 97 cost. sotto ulteriore aspetto; integrazione postuma della motivazione.

Parte ricorrente con la rubricata censura ha sostanzialmente approfondito quanto già sostenuto con il motivo precedente.

IV. Violazione ed errata applicazione dell'art. 4 d. Lgs. N. 261/1999 s.m.i. - violazione ed errata applicazione dell'art. 201, comma 3, del d. Lgs. 285/1992 (c.d.s.) – violazione ed errata applicazione degli articoli 137 e s.s. c.p.c. - violazione dell'art.

3 della legge 241 /1990; eccesso di potere per carenza assoluta di motivazione; violazione dei principi di concorrenza e massima partecipazione; violazione dei principi di imparzialità, buon andamento; violazione degli artt. 41 e 97 cost; eccesso di potere per difetto di istruttoria, illogicità manifesta.

Assume, comunque, parte ricorrente che le tardive motivazioni espresse nel provvedimento impugnato sarebbero non condivisibili.

Alla Pubblica Udienza del 6.10.2016, dopo il rinvio intervenuto il 23.6.2016 per l'imminenza della notifica del ricorso per motivi aggiunti, i ricorsi sono stati trattenuti in decisione.

DIRITTO

Va preliminarmente esaminata l'eccezione con la quale parti resistenti assumono che il **Consorzio** ricorrente non avrebbe interesse a coltivare il ricorso (Poste italiane S.p.A.) ovvero, quanto meno, a censurare il difetto di motivazione del bando (Comune intimato), non avendo partecipato alla procedura di gara.

Sul punto, il Collegio condivide la giurisprudenza di questo Tribunale formatasi su analoga questione e con il medesimo ricorrente (cfr. T.A.R. Catania, sez. III, 11/02/2016, n. 401), che ha condiviso, a sua volta, l'arresto della Sede Centrale (cfr. T.A.R. Sicilia, Palermo, III, 9/04/2013, n. 801), <<non riformat(o), sul punto, in appello>>, secondo il quale <<il **Consorzio** Stabile **Olimpo** non aspira ad aggiudicarsi il servizio bandito dall'Amministrazione ("di gestione di procedure sanzionatorie relative ad infrazioni del Codice della strada")>>, ma <<si duole dell'illegittimità della determinazione dell'Amministrazione di vincolare il futuro aggiudicatario del predetto servizio a tenere nell'espletamento dello stesso una successiva condotta - la notificazione dei verbali a mezzo Poste Italiane - asseritamente lesiva del proprio interesse a partecipare a delle procedure pubbliche per l'affidamento di tale altro e differente servizio posto a valle del primo. Dal

momento che la determinazione asseritamente lesiva è contenuta nel bando di gara e nel suo disciplinare relativi all'affidamento del servizio posto a monte, bene ha fatto il ricorrente a procedere alla loro impugnazione".

<<Si veda anche Consiglio di Stato, sezione V, decisione del 27 agosto 2014 numero 4371, ove si afferma, tra l'altro, che la regola secondo la quale in materia di gara pubblica la legittimazione al ricorso è correlata ad una posizione differenziata conseguente alla partecipazione alla stessa subisce alcune deroghe, tra le quali l'ipotesi in cui parte ricorrente contrasti in radice la scelta della stazione appaltante di indire la gara ovvero dell'operatore economico di settore che contesti l'affidamento diretto dell'appalto (fattispecie del tutto assimilabile al caso in questione, ove si contesta l'affidamento diretto al fornitore del servizio postale universale di un segmento del servizio andato in gara, la fase di notificazione degli atti sanzionatori)>>.

Il detto principio della necessità di partecipazione alla gara ai fini del riconoscimento di un interesse al ricorso, è stato ribadito dal Giudice di seconde cure (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 25/03/2016, n. 1242), poiché il ricorrente sarebbe in questo caso <<titolare di un mero interesse di fatto (cfr. Consiglio di Stato, Ad. Pl., 7 aprile 2011, n. 4)>>.

Tuttavia, conformemente a quanto sopra chiarito, la detta decisione ha ribadito che <<il principio sopra esposto, in coerenza con i principi affermati anche in sede comunitaria, può essere derogato riconoscendo la legittimazione a ricorrere anche al non partecipante alla gara, ma solo in tre specifiche ipotesi:

- Quando, a prescindere, dalla partecipazione alla stessa, *il ricorrente abbia specificatamente impugnato la scelta dell'amministrazione di indire la gara;*
- Quando il ricorrente non abbia potuto partecipare alla gara per mancanza della stessa in quanto l'Amministrazione *ha proceduto ad affidamento diretto;*
- Infine, quando il bando di gara contenga clausole escludenti per il ricorrente>>.

Ed invero, nel caso in esame si versa in un'ipotesi di concreto affidamento diretto di una parte del servizio verso il quale parte ricorrente, per statuto, nutre un differenziato interesse.

Tanto è sufficiente per ritenere ammissibile il ricorso e, quindi, anche il secondo motivo del gravame principale, volto a censurare il difetto di motivazione in cui sarebbe incorsa l'Amministrazione nella scelta operata in favore della Società Poste Italiane.

II. Nel merito, la Sezione, con Ordinanza n. 766/16 ha accolto la domanda di sospensione cautelare dei provvedimenti impugnati, << poiché il disciplinare impugnato obbliga i concorrenti a servirsi unicamente del servizio postale per l'effettuazione delle notifiche in contestazione senza un'adeguata motivazione (cfr. Cons. giust. amm. Sicilia, sez. giurisd., 16/12/2013, n. 941), non sembrando potersi rinvenire la stessa nella deliberazione commissariale n. 267 del 28.5.2013>>.

La decisione cautelare va confermata.

La richiamata decisione del Giudice di seconde cure si è diffusamente soffermata su analoga vicenda, avente come ricorrente, anche in questo caso, il **Consorzio Olimpo**.

Le Amministrazioni resistenti muovono dalla preliminare considerazione secondo la quale l'art. 201, comma 3, del d.lgs.vo n. 285/92, in tema di notificazioni delle violazioni del Codice della strada, pone delle ipotesi alternative in ordine alla modalità di esecuzione delle stesse, sicché la scelta, rispetto a ipotesi regolate legislativamente, sarebbe del tutto discrezionale e, come tale, non necessariamente dovrebbe essere preceduta, così come sostiene il ricorrente, da alcuna motivazione. Il detto comma 3 dell'art. 201 così recita:

“alla notificazione si provvede a mezzo degli organi indicati nell'art. 12, dei messi comunali o di un funzionario dell'amministrazione che ha accertato la violazione, con le modalità previste dal codice di procedura civile, ovvero a mezzo della posta, secondo le norme sulle notificazioni a mezzo

del servizio postale. Nelle medesime forme si effettua la notificazione dei provvedimenti di revisione, sospensione e revoca della patente di guida e di sospensione della carta di circolazione. . . . ”.

Anche nel caso esaminato dal CGA per la Sicilia n. 941/13, il **Consorzio** ricorrente <<premessò di essere operatore postale e di avere per oggetto sociale la partecipazione, in nome proprio ma per conto e nell'interesse di tutti i consorziati, alle gare pubbliche indette per l'affidamento di appalti pubblici e concessioni, indette sul territorio nazionale, del servizio di gestione e notificazione degli atti degli enti territoriali, di Polizia municipale e delle violazioni del Codice della strada – contesta(va) essenzialmente la previsione, recata dalla *lex specialis*, di imporre ai concorrenti, e dunque all'aggiudicatario, di servirsi necessariamente del servizio postale per la notifica di tutti gli atti del procedimento sanzionatorio per le violazioni al Codice della strada, ossia non solo di quelli da notificare fuori del territorio comunale, ma anche di quelli che, dovendosi notificare nel comune, potrebbero esserlo a mezzo di messo comunale (dipendente della società aggiudicataria del servizio, investito a tal uopo di detta qualifica).

<<La sentenza gravata>>, continua la detta decisione, <<. . . ha . . . disatteso, nel merito, il ricorso originario, sull'assunto che fosse legittima la scelta dell'affidamento diretto a Poste Italiane del servizio di notificazione dei verbali di accertamento delle infrazioni al C.d.s.; a tale conclusione il giudice di prime cure è pervenuto sulla scorta dell'art. 4 del decreto legislativo 31 marzo 2011, n.58 (recante "attuazione alla direttiva 2008/6/CE che modifica la direttiva 97/67/CE, per quanto riguarda il pieno completamento del mercato interno dei servizi postali della Comunità"), che, novellando l'art. 4 del decreto legislativo 22 luglio 1999, n. 261 (parimenti attuativo di precedente direttiva comunitaria in materia), ha consentito, "Per esigenze di ordine pubblico", che siano "affidati in via esclusiva al fornitore del servizio universale: a) i servizi inerenti le notificazioni di atti a mezzo posta e di comunicazioni a mezzo posta connesse con la notificazione di atti giudiziari di cui

alla legge 20 novembre 1982, n. 890, e successive modificazioni; b) i servizi inerenti le notificazioni a mezzo posta di cui all'articolo 201 del decreto legislativo 30 aprile 1992, n. 285".

<<Sicché, ad avviso del primo giudice, per esigenze di ordine pubblico dovrebbe ritenersi escluso dalla liberalizzazione dei servizi postali il servizio di notifica dei verbali di accertamento di infrazione al Codice della strada, servizio che pertanto legittimamente rimane affidato al fornitore universale Poste Italiane s.p.a..

<<. . . L'unico motivo di appello deduce la violazione e falsa applicazione dell'art. 4 del D.Lgs. 22 luglio 1999, n. 261; e la violazione e falsa applicazione dell'art. 201, comma 3, del Codice della strada (D.Lgs. n. 285/1992).

<<Il motivo è fondato.

<<Questo Consiglio si è già pronunciato, con sentenza 2 marzo 2009, n. 96, su una vicenda del tutto analoga a quella odierna: si trattava, in quel caso, dell'appalto del servizio di "gestione degli atti sanzionatori della polizia municipale del Comune di Palermo" e del relativo capitolato speciale d'appalto, che era stato impugnato dallo stesso **Consorzio** qui appellante, e per gli stessi motivi.

<<In quel caso - sebbene non si sia giunti a una sentenza di merito, avendo il Comune di Palermo revocato in autotutela il bando di gara impugnato nelle more del giudizio - si procedette "alla regolazione delle spese del doppio grado del giudizio... in base al principio della soccombenza virtuale", affermandosi che essa gravasse "sul Comune di Palermo, che nell'adozione degli atti impugnati in prime cure e poi revocati ha pretermesso di considerare che la norma cui avrebbe dovuto fare prioritario riferimento è costituita dall'art. 203, comma 3 (rectius: 201, comma 3), del codice della strada, approvato con D.Lgs. 30 aprile 1992, n. 285, a tenore del quale "alla notificazione si provvede a mezzo degli organi indicati nell'art. 12, dei messi comunali o di un funzionario dell'amministrazione che ha accertato la

violazione, con le modalità previste dal codice di procedura civile, ovvero a mezzo della posta, secondo le norme sulle notificazioni a mezzo del servizio postale"".

<<Da tale proprio orientamento questo Consiglio non ritiene vi sia ragione alcuna per discostarsi.

<<Ed invero, la norma fondamentale cui deve farsi riferimento è, nella vicenda in esame, proprio l'art. 201, comma 3, del Codice della strada - il quale, per la materia di cui qui trattasi, è speciale e prevalente anche rispetto all'art. 10 della legge 3 agosto 1999, n. 265: che peraltro, come risulta dal relativo comma 2, concerne non già le notificazioni effettuate dai comuni, bensì quelle richieste da altre amministrazioni ai messi comunali - e non invece l'art. 4 del D.Lgs. 22 luglio 1999, n. 261.

<<Quest'ultimo, infatti, disciplina una tematica sostanzialmente diversa, ossia l'affidamento "in via esclusiva al fornitore del servizio universale" (cioè a Poste italiane, anziché agli altri soggetti che gestiscono lo stesso servizi in ambiti particolari una volta superata l'originaria situazione di monopolio) della notificazione di atti a mezzo posta, tanto se effettuata ai sensi della legge 20 novembre 1982, n. 890, quanto se effettuata (la notificazione a mezzo posta) ai sensi dell'articolo 201 del Codice della strada.

<<Ma, evidentemente, tale art. 4 nulla dice in ordine alla facoltà di scelta, prevista dal comma 3 del cit. art. 201, della modalità di esecuzione della notificazione, che può effettuarsi a mezzo degli agenti di cui all'art. 12, ovvero a mezzo dei messi o funzionari comunali, ovvero infine a mezzo posta: solo a valle di una scelta operata in quest'ultimo senso, viene in rilievo la previsione del cit. art. 4.

<<Qui, invece, si tratta di vagliare la legittimità di un bando di gara che preveda l'obbligo di effettuare tutte le notifiche a mezzo posta, sicché in questo scrutinio l'art. 4 è palesemente inconferente.

<<Orbene, a fronte di una pluralità di modalità con cui la norma di riferimento (art. 201, cit.) consente di effettuare la notificazione delle violazioni stradali, il bando di

gara qui impugnato non poteva legittimamente obbligare i concorrenti a servirsi unicamente del servizio postale per l'effettuazione di tutte le notifiche - o, *quantomeno, non avrebbe potuto farlo senza un'adeguata motivazione, ove ciò possa eventualmente ammettersi* - ma avrebbe dovuto rimettere ai concorrenti, in *alternativa all'opzione per il servizio postale, di avvalersi di ogni altra modalità di effettuazione della notifica consentita dalla legge (nella specie, per le notificazioni intracomunali, quella a mezzo di un messo all'uopo autorizzato): in guisa di preconstituire le condizioni per la massima riduzione del costo del servizio, nell'interesse non solo dell'amministrazione comunale appaltante* (sicché non coglie nel segno la difesa secondo cui il costo della notificazione sarebbe irrilevante, perché interamente scaricato sul contravventore destinatario di essa), ma anche della collettività e, in ultima analisi, dello stesso trasgressore (cui la sanzione applicabile è quella prevista dal Codice della strada, non incrementabile ad libitum da parte della stazione appaltante il servizio in questione).

<<Assume l'appellante che le notifiche a mezzo messo comunale (tale in sostanza potendo diventare il dipendente dell'aggiudicatario che sia autorizzato dal Sindaco) costino mediamente circa la metà di quelle effettuate a mezzo del servizio postale: sebbene tale assunto sia stato in buona parte documentato, non è questa la sede in cui ciò vada accertato, *perché la maggiore o minore economicità dell'una o dell'altra modalità deve essere valutata dalla stazione appaltante in sede di esame comparativo della vantaggiosità delle offerte formulate dai concorrenti*. Ma, proprio per questo, *precondizione di legittimità del bando di gara è che esso non operi una pregiudiziale ed immotivata opzione definitiva per l'una o per l'altra modalità di effettuazione delle notificazioni, tra quelle consentite dalla legge, perché in tal modo si limita il confronto concorrenziale tra le offerte che gli operatori del settore, anche in funzione delle proprie peculiari professionalità ed attitudini, sarebbero in grado di offrire*>>.

Le dette argomentazioni, condivise dal Collegio, *mutatis mutandis* applicabili al caso in esame, consentono di ritenere fondato, così come chiarito in sede cautelare, il

motivo di ricorso con il quale parte ricorrente si è doluto dell'insussistenza della preliminare motivazione rispetto alla scelta operata.

Va solo precisato che è vero che l'art. 201, comma 3, del d.lgs.vo n. 285/92 pone delle ipotesi alternative in ordine alla modalità di esecuzione delle notificazioni, ma, diversamente da quanto sostenuto dalle parti resistenti, solo quella di affidamento "interno" del servizio rientra nell'ampia discrezionalità amministrativa, non censurabile da questo Giudice.

Ove, invece, si addivenga alla scelta dell'esternalizzazione del servizio, (di fatto, mettendolo "sul mercato") secondo le ulteriori alternative "esterne" (messi o servizio postale), la stessa va previamente motivata, così come diffusamente argomentato dal Giudice di seconde cure nella decisione n. 941/13.

Le Amministrazioni deducono, inoltre, che la motivazione fosse presente sin dall'origine, sia pure *per relationem*.

Il Comune deduce, in particolare, che la determinazione dirigenziale n. 131/2016, espressamente richiamata al punto 2 del bando gara (atti ambedue principalmente impugnati), richiama la n. 768 del 3.6.2013, che, a sua volta, rinvia alla n. 267 del 28.5.2013.

L'eccezione non può essere condivisa.

La determinazione n. 131/2016 dell'1.2.2016 si limita a dare atto che "con determinazione n. 768 del 03/06/2013, in esecuzione della deliberazione commissariale n. 267 del 28.5.2013, il servizio di inserimento e postalizzazione relativo ai verbali di contestazione al codice della strada è stato affidato a Poste Italiane s.p.a. per la durata di anni 3 (tre) – alla data del 02/06/2016;

" attesa la necessità di procedere senza indugio ad indire una nuova procedura di gara per l'affidamento del servizio di cui sopra sino al 1 giugno 2019 decorrere dalla data di stipulazione del contratto o dell'eventuale provvisorio affidamento del servizio in pendenza di contratto".

Conseguentemente ha disposto, essendo in scadenza la pregressa gara, di indirne una nuova.

Dall'uso della terminologia utilizzata non vi è alcun riferimento motivazionale alle deliberazioni pregresse, sia pure in effetti citate, poiché il provvedimento impugnato si è limitato a descrivere un fatto storico, l'imminente scadenza del triennio contrattuale cui far conseguire una nuova procedura di gara.

La motivazione "per relationem" può considerarsi tale, solo ove il richiamo ad altro individuato provvedimento sia posto a fondamento di quello "rinviante", circostanza, questa, assolutamente non verificabile nel caso di specie.

Invero, l'art. 3 della l.n. 241/90 stabilisce che "ogni provvedimento amministrativo, compresi quelli concernenti l'organizzazione amministrativa, lo svolgimento dei pubblici concorsi ed il personale, deve essere motivato, salvo che nelle ipotesi previste dal comma 2. La motivazione deve indicare i presupposti di fatto e le ragioni giuridiche che hanno determinato la decisione dell'amministrazione, in relazione alle risultanze dell'istruttoria.

omissis

3. Se le ragioni della decisione risultano da altro atto dell'amministrazione richiamato dalla decisione stessa, insieme alla comunicazione di quest'ultima deve essere indicato e reso disponibile, a norma della presente legge, anche l'atto cui essa si richiama".

La decisione del provvedimento di nuova indizione della gara, diversamente da quanto previsto dal citato comma 3, non richiama i presupposti di fatto e le ragioni giuridiche contenuti in altro atto, limitandosi a richiamare i precedenti provvedimenti con i quali era stato affidato il servizio a Poste italiane S.p.A., obliterando, così, di enucleare la motivazione della nuova selezione.

Se così è, il ricorso è fondato, proprio perché l'Amministrazione, diversamente da quanto condivisibilmente ritenuto dal CGA per la Sicilia con la sentenza n. 941/13

più volte citata, non ha preliminarmente giustificato anche le ragioni economiche e di opportunità poste a fondamento di una scelta, diversa da quella certamente possibile di utilizzare personale proprio, alternativa tra l'affidamento a Poste Italiane e l'utilizzo di messi all'uopo autorizzati.

E di tanto è consapevole la stessa Amministrazione, che, con il provvedimento n. 972/2016, oggetto di ricorso per motivi aggiunti, ritenendo di dare esecuzione alla predetta Ordinanza di questo Tribunale, riferendosi proprio alla delibera commissariale n. 267 del 28.5.2013, non ha mancato di "dare atto che i contenuti dei precitati atti anche se non materialmente trascritti fanno parte integrante e sostanziale della presente determinazione anche ai fini della cd. motivazione per *relationem*", con il che conclamando, in assenza di un previo simile riferimento nella deliberazione n. 131/2016 impugnata con il ricorso principale, il difetto di motivazione originario.

Ricorso per motivi aggiunti.

L'Amministrazione, di seguito all'Ordinanza di accoglimento n. 415/16, che, è bene precisare, non ha disposto alcun *remand* (né avrebbe potuto farlo), piuttosto che rideterminarsi con una selezione che desse conto delle ragioni poste a suo fondamento (posto, per altro, che l'accoglimento del ricorso principale determina l'annullamento anche della procedura di gara), ha emanato una deliberazione integrativa della n. 131/2016, con ampie ed esaustive motivazioni (a prescindere dalla loro correttezza).

Tuttavia, in questo caso, per quanto premesso in ordine al ricorso principale, si tratta di motivazione postuma.

In tal senso, occorre rammentare (cfr. T.A.R. Potenza, sez. I, 23/04/2016, n. 431) che "la motivazione del provvedimento costituisce l'essenza e il contenuto insostituibile della decisione amministrativa, anche in ipotesi di attività vincolata, e non può certo essere emendata o integrata, quasi fosse una formula vuota o una

pagina bianca, da una successiva motivazione postuma, prospettata ad hoc dall'Amministrazione resistente nel corso del giudizio. [...] Questa Sezione ha già avuto modo di osservare, al riguardo, che il difetto di motivazione nel provvedimento impugnato non può essere in alcun modo assimilato alla violazione di norme procedurali o ai vizi di forma, costituendo la motivazione del provvedimento il presupposto, il fondamento, il baricentro e l'essenza stessa del legittimo esercizio del potere amministrativo (art. 3 della l. 241/1990) e, per questo, un presidio di legalità sostanziale insostituibile, nemmeno mediante il ragionamento ipotetico che fa salvo, ai sensi dell'art. 21-octies, comma 2, della l. 241/1990, il provvedimento affetto dai c.d. vizi non invalidanti" (in termini, C.d.S, sez. III, 30 aprile 2014, n. 2247; nello stesso senso, ex multis, T.A.R. Basilicata, 12 marzo 2016, n. 244; C.d.S., sez. V, 27 marzo 2013, n. 1808).

Ed ancora (cfr. Consiglio di Stato, sez. VI, 09/04/2015, n. 1794) una motivazione successiva <<potrebbe invero risultare compatibile con l'orientamento (peraltro non pacifico) secondo cui l'inammissibilità della integrazione postuma della motivazione di un provvedimento amministrativo in giudizio rinvia un limite, alla luce del disposto dell'articolo 21-octies della legge n. 241/1990, nei casi in cui gli esiti del procedimento non avrebbero comunque potuto essere diversi nonché nell'esigenza di economicità dell'azione amministrativa, cosicché il vizio di motivazione viene correttamente dequotato ogniqualvolta l'integrazione non abbia leso il diritto di difesa dell'interessato, per essere state in fase endoprocedimentale pienamente percepibili le ragioni sottese all'emissione del provvedimento impugnato (in tal senso: Cons. Stato, IV, 7 luglio 2014, n. 3417; id., IV, 4 marzo 2014, n. 1018; id., V, 20 agosto 2013, n. 4194)>>.

Secondo decisioni meno restrittive (cfr. Consiglio di Stato, Sez. IV - 4 marzo 2014, n.1018) <<è infatti insegnamento tradizionale e consolidato quello in base al quale, nel processo amministrativo la motivazione deve precedere e non seguire il

provvedimento, a tutela oltre che del buon andamento e dell'esigenza di delimitazione del controllo giudiziario degli stessi principi di parità delle parti e giusto processo (art. 2 c.p.a.) e di pienezza della tutela secondo il diritto Europeo (art. 1 c.p.a.) i quali convergono nella centralità della motivazione quale presidio del diritto costituzionale di difesa.

<<Nella citata decisione è stato condivisibilmente posto in luce che (si riporta un breve passaggio motivazionale della stessa) “il divieto di integrazione giudiziale della motivazione non ha carattere assoluto, in quanto non sempre i chiarimenti resi nel corso del giudizio valgono quale inammissibile integrazione postuma della motivazione: è il caso degli atti di natura vincolata di cui all'art. 21-octies L. n. 241 del 1990, nei quali l'Amministrazione può dare anche successivamente l'effettiva dimostrazione in giudizio dell'impossibilità di un diverso contenuto dispositivo dell'atto, oppure quello concernente la possibilità di una successiva indicazione di una fonte normativa non prima menzionata nel provvedimento, quando questa, per la sua notorietà, ben avrebbe potuto e dovuto essere conosciuta da un operatore professionale (cfr. Consiglio di Stato, sez. IV, 9 ottobre 2012, n. 5257).

<<Infatti, sebbene il divieto di motivazione postuma, costantemente affermato dalla giurisprudenza amministrativa, meriti di essere confermato, rappresentando l'obbligo di motivazione il presidio essenziale del diritto di difesa, non può ritenersi che l'Amministrazione incorra nel vizio di difetto di motivazione quando le ragioni del provvedimento siano chiaramente intuibili sulla base della parte dispositiva del provvedimento impugnato o si verta in ipotesi di attività vincolata (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 27 agosto 2012, n. 4610 e sez. IV, 7 giugno 2012, n. 3376).

<<Inoltre, ed in particolare, la facoltà dell'Amministrazione di dare l'effettiva dimostrazione dell'impossibilità di un diverso contenuto dispositivo dell'atto, nel caso di atti vincolati, esclude in sede processuale che l'argomentazione difensiva dell'Amministrazione, tesa ad assolvere all'onere della prova, possa essere qualificato

come illegittima integrazione postuma della motivazione sostanziale, cioè come un'indebita integrazione in sede giustiziale della motivazione stessa.

<<Pertanto, alla luce dell'attuale assetto normativo, devono essere attenuate le conseguenze del principio del divieto di integrazione postuma, dequotando il relativo vizio tutte le volte in cui l'omissione di motivazione successivamente esternata:

- non abbia leso il diritto di difesa dell'interessato;
- nei casi in cui, in fase infraprocedimentale, risultano percepibili le ragioni sottese all'emissione del provvedimento gravato;
- nei casi di atti vincolati.”>>.

Nel caso di specie, per quanto chiarito, non vi era nessuna originaria motivazione (neanche percepibile negli atti infraprocedimentali), né si versa in attività vincolata, sicché il provvedimento impugnato, lungi dall'assumere una mera funzione interpretativa di un atto comunque motivato, come tale si pone quale presupposto (inammissibilmente) successivo di una procedura selettiva le cui ragioni avrebbero dovuto precedere e non seguire la stessa.

Consegue l'accoglimento anche del ricorso per motivi aggiunti.

Le spese di giudizio seguono la soccombenza e vanno liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia - Sezione staccata di Catania (Sezione Quarta) - definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, li accoglie e, per l'effetto, annulla i provvedimenti impugnati.

Condanna l'Amministrazione resistente alle spese di giudizio, che, in ragione delle varie oscillazioni in materia va limitata in ragione di € 1.000,00, oltre spese e accessori di legge, ivi compreso il contributo unificato.

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

Così deciso in Catania nella camera di consiglio del giorno 6 ottobre 2016 con l'intervento dei magistrati:

Giancarlo Pennetti, Presidente

Pancrazio Maria Savasta, Consigliere, Estensore

Francesco Bruno, Consigliere

L'ESTENSORE
Pancrazio Maria Savasta

IL PRESIDENTE
Giancarlo Pennetti

IL SEGRETARIO

Sezioni del sito (piè di pagina)

- [Torna su](#)