

Publicato il 09/04/2018

N. 00429/2018 REG.PROV.COLL.
N. 00628/2017 REG.RIC.

 logo

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 il Piemonte

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 628 del 2017, proposto da:

Poste Italiane S.p.A., in persona del legale rappresentante p.t.,
rappresentata e difesa dall'avvocato Angelo Clarizia, con domicilio
eletto presso lo studio dell'avv. Rossana Cataldi in Torino, corso
Tazzoli N. 235/4;

contro

Regione Piemonte, in persona del legale rappresentante p.t.,
rappresentata e difesa dall'avvocato Chiara Candiollo, con domicilio
eletto presso la sede dell'Avvocatura regionale, in Torino, c.so
Regina Margherita, 174;

nei confronti

Smmart Post S.r.l., in persona del legale rappresentante p.t.,
rappresentata e difesa dall'avvocato Marco Comaschi, con domicilio
eletto presso lo studio dell'avv. Camilla Allasia in Torino, c.so Re
Umberto N. 5;

per l'annullamento

- della Determinazione della Regione Piemonte n. 154 del 19 giugno 2017 recante la non aggiudicazione all'A.T.I. Poste Italiane S.p.a. – Defendini Logistica S.r.g. – Postel S.p.a., l'aggiudicazione definitiva alla Società SMMART POST S.r.l. del Servizio di stampa, imbustamento e postalizzazione della corrispondenza ordinaria della Direzione Risorse Finanziarie – Settore Politiche Fiscali della Regione Piemonte, con Codice CIG 69926315A5, nonché la decisione di procedere alla stipula del contratto ed all'esecuzione anticipata del servizio;
- della comunicazione di adozione della suddetta Determina;
- delle note della Regione Piemonte n. prot. 6461/A1305A del 7.6.2017 n. prot. 18198 del 9.06.2017, di contenuto sconosciuto;
- all'occorrenza, del Bando, del Disciplinare, del C.S.A., e di tutti i documenti facenti parte della lex specialis di gara, nonché dei verbali di gara e dei chiarimenti pubblicati;
- di ogni altro atto connesso e/o conseguente e/o presupposto nonché
- per la declaratoria di nullità, invalidità ed inefficacia del contratto di appalto eventualmente stipulato con SMMART POST S.r.l.;
- per il conseguimento dell'aggiudicazione e per il subentro nel contratto di appalto eventualmente stipulato;
- in via subordinata, per la condanna al risarcimento del danno per equivalente monetario.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Regione Piemonte e di Smmart Post S.r.l.;

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 24 gennaio 2018 la dott.ssa Silvana Bini e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con Bando spedito il 23.02.2017, la Regione Piemonte ha indetto una procedura aperta per l'affidamento del Servizio di stampa, imbustamento e postalizzazione della corrispondenza ordinaria della Direzione Risorse Finanziarie – Settore Politiche Fiscali, per l'importo complessivo di € 5.500.000,00, IVA esclusa, da aggiudicarsi con il criterio del prezzo più basso.

Alla gara hanno partecipato tre concorrenti: l'ATI capeggiata dalla odierna ricorrente, (d'ora innanzi Poste o ATI Poste), l'ATI Nexive S.c.a.r.l. – Nexive S.p.a., nonché la società SMMART POST S.r.l.

Nella seduta pubblica del giorno 12.04.2017, la stazione appaltante, dopo aver aperto e valutato le buste contenenti la documentazione amministrativa e l'offerta economica, stilava la graduatoria provvisoria, che vedeva collocarsi al primo posto l'ATI Poste, che aveva offerto il prezzo più basso, seguita dalla SMMART POST S.r.l. ed in ultima posizione dalla ATI Nexive.

Nella stessa seduta l'ATI Nexive formulava alcune contestazioni in ordine alla partecipazione dell'ATI Poste (con particolare riferimento alla preclusione alla partecipazione in gara di ATI di tipo verticale ed alla carenza delle licenze ministeriali per l'esercizio dell'attività

postale in capo alla mandante Postel). A seguito di verifiche, aperta una fase di contraddittorio, con Determinazione n. 154 del 19 giugno 2017, la Regione Piemonte disponeva la non aggiudicazione all'A.T.I. Poste Italiane S.p.a. – Defendini Logistica S.r.g. – Postel S.p.a. e l'aggiudicazione definitiva alla seconda classificata, cioè SMMART POST S.r.l.

Poste Italiane S.p.a., in proprio e nella qualità di capogruppo mandatario del costituendo raggruppamento temporaneo con le società Defendini Logistica S.r.l. e Postel S.p.a., con ricorso notificato e depositato il 30 giugno 2017, ha articolato i seguenti motivi di illegittimità:

1) violazione e falsa applicazione degli artt. 48 D.Lgs. 50/2016. Violazione e falsa applicazione della lex specialis. Violazione di ogni norma e principio in tema di par condicio e favor participationis. Violazione degli artt. 19 e 58 Direttiva UE 24/2014. Violazione della sentenza della Corte di giustizia C-27/15 e dell'Ordinanza della Corte di giustizia C-697/15. Violazione di legge. Eccesso di potere; illogicità manifesta; contraddittorietà; difetto di istruttoria; perplessità: l'esclusione, qualificata come “non aggiudicazione” della ricorrente, risulta senz'altro illegittima sotto diversi profili. Secondo la lex specislis, e in particolare il punto 6 del Disciplinare, sono ammessi tutti gli “Operatori economici singoli o raggruppati italiani e stabiliti nei Paesi U.E ex artt. 45 e 48 D.Lgs.50/16”; in base al bando, sez. III, il concorrente deve possedere i seguenti requisiti di qualificazione:

“III.1.1) Abilitazione all'esercizio dell'attività professionale: possesso, al momento della pubblicazione del bando, di regolare autorizzazione ministeriale

ad operare nel settore postale, nonché la titolarità delle licenze postali previste dalla vigente normativa.

III.1.2) Capacità economica e finanziaria: aver eseguito nel triennio di riferimento (2014,2015, 2016) servizi di postalizzazione presso “amministrazioni pubbliche”, così come definite dall’art. 1 comma 2 del D.Lgs 165/01 s.m.i. e/o enti privati per un importo pari ad € 5.500.000,00 I.V.A. esclusa.

III.1.3) Capacità professionale e tecnica: precedente punto III.1.1)”.

In tale quadro il Disciplinare richiede, al punto 8.5.6), di presentare una dichiarazione attestante:

“1) il possesso, al momento della pubblicazione del bando, di regolare autorizzazione ministeriale ad operare nel settore postale, nonché la titolarità delle licenze postali previste dalla vigente normativa;

2) di aver eseguito nel triennio di riferimento (2014, 2015, 2016) servizi di postalizzazione presso “amministrazioni pubbliche”, così come definite dall’art. 1 comma 2 del D.Lgs. 165/01 s.m.i. e/o enti privati per un importo pari ad € 5.500.000,00 I.V.A. esclusa.

In ordine alla partecipazione dei costituenti raggruppamenti temporanei di imprese, il punto 16 del Disciplinare precisa che, per questi, va indicato:

“1) l’Operatore Economico qualificato come futuro Capogruppo;

2) l’impegno che, in caso di aggiudicazione della gara, gli stessi Operatori Economici conferiranno nelle forme di legge mandato collettivo speciale con rappresentanza al Capogruppo, il quale stipulerà il contratto in nome e per conto proprio e dei mandanti;

3) l’impegno che gli stessi Operatori Economici si conformeranno alla disciplina prevista dall’art. 48 D.Lgs. 50/2016 s.m.i.;

4) la specificazione delle parti del servizio che saranno eseguite dai singoli Operatori Economici facenti parte del costituendo Raggruppamento, ai sensi dell'art. 48, comma 4, del D.Lgs. 50/2016 s.m.i.”.

In base al quadro normativo sopra delineato, risulta ammessa qualsiasi forma di raggruppamento temporaneo (orizzontale, verticale, misto), senza previsione di specifiche forme giuridiche di partecipazione (previsioni che peraltro si porrebbero in palese violazione dell'art. 19, co. 2 della Direttiva UE 24/2014). Non è altresì previsto da alcuna disposizione della lex specialis, che i requisiti di qualificazione siano infrazionabili e/o non suscettibili di possesso cumulativo nell'ambito dell'ATI. Si eccepisce anche la genericità dei requisiti, con particolare riferimento alla richiesta del “possesso, al momento della pubblicazione del bando, di regolare autorizzazione ministeriale ad operare nel settore postale, nonché la titolarità delle licenze postali previste dalla vigente normativa”, senza alcuna specificazione in ordine al tipo di autorizzazione/licenza richiesta.

Ne consegue l'illegittimità della non aggiudicazione, perché l'ATI ha partecipato alla gara in forma “mista”, specificando le seguenti parti e quote nell'ambito del raggruppamento:

- Poste Italiane S.p.A. (Mandataria): recapito con contest4 con rendicontazione di tutti gli invii ad eccezione di quelli destinati all'interno dell'area metropolitana di Torino. Quota di partecipazione all'ATI pari al 79,6 %;
- Defendini Logistica S.r.l. (Mandante): recapito all'interno dell'area metropolitana di Torino. Quota di partecipazione all'ATI pari al 7,9%;

- Postel S.p.A. (Mandante): stampa e imbustamento. Quota di partecipazione all'ATI pari al 12,5%.

In considerazione della delineata organizzazione, Poste e Defendini hanno dichiarato di possedere i requisiti per il servizio di recapito e Postel per il servizio di stampa e imbustamento.

Poste e Defendini hanno quindi dichiarato il possesso di tutti i requisiti di capacità tecnica ed economica previsti dal Bando ai punti III.1.1, III.1.2, III.1.3 (autorizzazione e licenza, fatturato specifico per servizi di postalizzazione), mentre Postel ha dichiarato il possesso dei requisiti di fatturato specifico con riferimento ai servizi di stampa e imbustamento e ha dichiarato “il possesso, al momento della pubblicazione del bando, di regolare autorizzazione ministeriale ad operare nel settore postale, nonché la titolarità delle licenze postali previste dalla vigente normativa – requisito assolto dal raggruppamento”.

La ricorrente è stata esclusa, in quanto POSTEL S.p.A. risulterebbe priva della licenza ministeriale ad operare nel settore postale; stante l'impossibilità di configurare il raggruppamento come verticale, in mancanza di indicazioni, contenute nel capitolato di appalto o in altri atti di gara, circa la frazionabilità della prestazione contrattuale e l'individuazione di prestazioni principali e secondarie, ogni membro dell'ATI deve possedere la licenza ministeriale. La ricorrente contesta detta interpretazione: un divieto di partecipazione in ATI verticale o mista, peraltro nemmeno espressamente enunciato dalla *lex specialis* o dalla legge, risulterebbe in contrasto con il diritto comunitario.

Nemmeno potrebbe obiettarsi l'assenza di un requisito di idoneità professionale, ossia l'assenza di una autorizzazione o licenza ad operare nel settore postale, in quanto Postel è in possesso di

autorizzazione generale per lo svolgimento del servizio e quindi non soffre di preclusioni di sorta.

Il servizio viene organizzato secondo criteri di efficienza imprenditoriale ed organizzativa, anche attraverso una modalità di partecipazione e di esecuzione di tipo misto o verticale: nel caso di specie il servizio di recapito viene svolto dalla mandataria Poste e dalla mandante Defendini, mentre il servizio di stampa ed imbustamento viene svolto dalla mandante Postel.

I raggruppamenti di tipo misto sono pacificamente ammessi, senza che a tal fine sia richiesta alcuna disposizione/autorizzazione nel bando di gara.

Il servizio prevede l'affidamento del servizio di stampa, imbustamento e postalizzazione della corrispondenza ordinaria, quindi di un servizio con prestazioni diversificate e differenti tra loro, come confermato anche dal Capitolato Speciale d'appalto, che distingue le attività di spedizione ed imbustamento (par. 3.6 C.S.A.) da quelle di postalizzazione.

Persino il criterio di aggiudicazione distingue tra postalizzazione ed attività di stampa ed imbustamento, tant'è che viene richiesta la presentazione di ribassi differenti per le suddette attività.

Infatti il par. 7) Criterio di aggiudicazione del C.S.A. stabilisce che "L'aggiudicazione avverrà in base al criterio del prezzo più basso si sensi dell'art. 95 comma 4 lettera b del Dlgs.50/2016.

La circostanza che la Regione non abbia precisato quale sia la prestazione principale e quella secondaria non può quindi generare effetti pregiudizievoli nei confronti dei concorrenti.

La Regione non avrebbe neppure compreso che la dichiarazione formulata da Postel, contenente il rinvio al possesso cumulativo da

parte dell'ATI del requisito di qualificazione, non riguarda l'intero requisito di cui ai punti III.1.1.) e III.1.3) del Bando (nonché 8.5.6) 1) del Disciplinare e par. 6 del C.S.A.) e che ha ad oggetto il “possesso, al momento della pubblicazione del bando, di regolare autorizzazione ministeriale ad operare nel settore postale, nonché la titolarità delle licenze postali previste dalla vigente normativa”, bensì solo la seconda parte, relativa alla titolarità delle licenze postali previste dalla vigente normativa.

Infatti la seconda parte del citato requisito è formulata nella *lex specialis* in modo ambiguo e generico e non chiarisce se si tratta di licenza individuale od autorizzazione generale (o di autorizzazione generale ad effetto immediato, altra tipologia di autorizzazione introdotta a seguito dei DD.MM. del 2000).

Attesa la genericità della previsione, Postel si è trovata nella situazione di poter assolvere alla richiesta in relazione ai servizi per i quali è autorizzata, ossia i servizi postali non rientranti nel servizio universale postale, per i quali è sufficiente l'autorizzazione generale.

In via subordinata viene impugnato il bando, nell'erronea ipotesi in cui dovesse ritenersi che la *lex specialis* fosse chiara ed univoca nel richiedere a ciascun membro del raggruppamento di possedere sia l'autorizzazione generale, sia la licenza individuale ex D.Lgs. 261/1999, e che altrettanto univocamente fosse preclusa la partecipazione in ATI mista;

2) illegittimità in via derivata: violazione e falsa applicazione dell'art. 97 D.Lgs. 50/2016. Violazione e falsa applicazione della *lex specialis*. Violazione dell'art. 7 del Capitolato Speciale d'Appalto. Violazione di ogni norma e principio in tema di *par condicio* e *favor participationis*. Violazione di legge. Eccesso di potere; illogicità

manifesta; contraddittorietà; difetto di istruttoria; perplessità: la Determina n. 154/2017 è illegittima anche nella parte in cui dispone l'aggiudicazione in favore della società Smmart Post, seconda graduata, poiché, in violazione dell'art. 7 del Capitolato Speciale d'appalto, non è stato effettuato il giudizio di congruità delle offerte ai sensi dell'art. 97 co. 2, D.Lgs. 50/2016, procedendo al sorteggio, in sede di gara, di uno dei metodi di cui alle lettere a); b); c); d); e).

Ciò anche a fronte dell'art. 13 del Disciplinare, (oggetto di impugnazione), che prevede l'obbligo di svolgere la fase di valutazione di congruità delle offerte ex art. 97 D.Lgs. 50/2016, in linea quindi con l'art. 7 del C.S.A., stabilendo, ulteriormente, che "Si procederà alla determinazione della soglia di anomalia solamente in presenza di almeno cinque offerte ammesse ossia valide; i calcoli per determinare la soglia sono svolti fino alla terza cifra decimale, da arrotondarsi all'unità superiore se la successiva cifra è pari o superiore a cinque";

3) illegittimità in via derivata: violazione e falsa applicazione dell'art. 32 D.Lgs. Violazione e falsa applicazione della *lex specialis*. Violazione di ogni norma e principio in tema di *par condicio* e *favor participationis*. Violazione di legge. Eccesso di potere; illogicità manifesta; contraddittorietà; difetto di istruttoria; perplessità: la decisione di procedere alla stipula immediata del contratto ed all'affidamento urgente del servizio va censurata, in quanto viola la disciplina dello stand still di cui all'art. 32 co. 9 D.Lgs. 50/2016. Né si ravvisano, ad avviso della ricorrente, i presupposti per l'applicazione dell'art. 32, co. 10 D.Lgs. 50/2016.

Si sono costituite in giudizio la Regione Piemonte e la controinteressata, sollevando eccezioni preliminari di tardività

dell'impugnazione della lex specialis e chiedendo il rigetto del ricorso.

Con ordinanza n. 292 del 13.7.2017, la domanda cautelare veniva respinta, non ravvisando elementi di fondatezza, in quanto *“dalla lex specialis emerge che il servizio oggetto di affidamento è stato considerato unitariamente, tant'è che si richiedeva al soggetto aggiudicatario di “gestire la stampa in tutte le sue fasi oltre che la spedizione e consegna degli avvisi di scadenza della tassa automobilistica, delle rateizzazioni e dei canoni relativi al demanio idrico”;*

nel Capitolato vengono fornite alcune indicazioni circa i volumi di stampa e postalizzazione, senza tracciare una disciplina distinta delle fasi dell'attività oggetto del servizio, né può ricavarsi dalla lettura complessiva degli atti di gara alcuna distinzione tra le prestazioni principali e quelle secondarie;

poiché il servizio risulterebbe considerato unitariamente, si deve ritenere corretta la determinazione della stazione appaltante di escludere la partecipazione delle ATI verticali e miste, ammettendo solo quelle orizzontali;

conseguentemente è legittimo il provvedimento di mancata aggiudicazione al raggruppamento ricorrente, per l'assenza in capo alla mandante Postel del requisito di partecipazione della licenza postale, trattandosi di un requisito che doveva essere posseduto da tutti i soggetti partecipanti al raggruppamento”.

All'udienza pubblica del 24 gennaio 2018 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

1) La società Poste Italiane S.p.A., in proprio e quale mandataria del costituendo RTI composto anche dalle mandanti Defendini Logistica s.r.l. e Postel S.p.A., impugna il provvedimento del 19.6.2017 adottato dalla Regione Piemonte nella procedura aperta, bandita in data 30.1.2017, per l'affidamento del servizio di stampa,

imbustamento e postalizzazione della corrispondenza ordinaria della Direzione Risorse Finanziarie – Settore Politiche Fiscali.

A mezzo del provvedimento qui gravato, la Stazione Appaltante ha disposto di non aggiudicare la selezione a favore del RTI Poste, che aveva avanzato l'offerta più conveniente.

La Stazione appaltante ha infatti ravvisato che la mandante Postel S.p.A. non possedeva la “licenza ministeriale” letteralmente richiesta dal bando di gara e prevista dal D.Lgs. n. 261/1999 (che la definisce “licenza individuale”), per eseguire le prestazioni rientranti nel servizio postale universale.

Contestualmente, con lo stesso provvedimento la Stazione Appaltante ha aggiudicato la gara a favore della seconda classificata SMMART POST s.r.l.

2) Il ricorso è infondato.

2.1 Con il primo motivo di ricorso, Poste Italiane solleva una serie di censure eterogenee, ampiamente articolate, ma tra loro connesse, che occorre esaminare secondo un ordine di pregiudizialità logica, differente rispetto a quello proposto dalla stessa ricorrente.

2.1.1. Sotto il profilo dell'oggetto del contratto, la ricorrente afferma che la compresenza delle fasi della stampa, dell'imbustamento e della postalizzazione esclude che il servizio richiesto rientri nella nozione di “servizio postale universale”.

Da questo punto di vista, per eseguire il contratto non sarebbe indispensabile la “licenza individuale” rilasciata ai sensi dell'art. 1 lett. q) n. 2) del D.Lgs. n. 261/1999, ma sarebbe sufficiente l'“autorizzazione generale” rilasciata ai sensi dell'art. 1 lett. q) n. 1) del D.Lgs. n. 261/1999.

Di conseguenza, sarebbe illegittimo il provvedimento di non aggiudicazione al RTI Poste.

L'esame della censura assume pregiudizialità logica, atteso che l'eventuale accoglimento avrebbe carattere assorbente rispetto agli altri motivi di ricorso.

La censura è però infondata: l'art. 1 del c.s.a. richiede all'aggiudicatario l'esecuzione del servizio di postalizzazione della corrispondenza ordinaria, che consiste nella spedizione e nella consegna di atti del procedimento di riscossione delle entrate regionali di carattere tributario ed extratributario.

Il servizio, declinandosi nelle fasi di raccolta, trasporto, smistamento e distribuzione di invii postali, riveste i tratti tipici del servizio postale universale, descritto dall'art. 3 del D.Lgs. n. 261/1999.

Ai sensi del successivo art. 5 del D.Lgs. n. 261/1999, la "licenza individuale" costituisce il presupposto per lo svolgimento delle attività che rientrano nel campo di applicazione del servizio postale universale.

Di conseguenza, il possesso della sola "autorizzazione generale", che ai sensi dell'art. 6 del D.Lgs. n. 261/1999 interessa i soli servizi postali non rientranti nel servizio universale, non costituisce titolo sufficiente per eseguire il contratto messo a bando.

Ciò premesso, la mandante Postel possiede la sola "autorizzazione generale" ma non anche la "licenza individuale", di conseguenza, si può affermare con certezza, che non possiede il requisito per l'esecuzione del servizio richiesto dalla Stazione appaltante.

2.2 Sempre sotto il profilo dell'oggetto del contratto, Poste S.p.A. afferma che il servizio messo a gara interesserebbe prestazioni tra loro distinte, scomponibili in una prestazione principale – ovvero il

recapito postale – ed in prestazioni secondarie, ovvero la stampa e l'imbustamento.

Sotto questo profilo, la ricorrente valorizza sia il paragrafo 7 del capitolato speciale, che richiede di indicare nell'offerta economica una percentuale di ribasso in relazione all'operazione di stampa e di imbustamento ed una distinta percentuale di ribasso in relazione alla postalizzazione, sia l'art. 16 del disciplinare, che richiede di indicare le parti di servizio che saranno eseguite dai singoli operatori economici.

In tale situazione, secondo la ricorrente sarebbe irrilevante il fatto che la *lex specialis* non dia espressamente conto della distinzione tra prestazioni principali e accessorie: da questo punto di vista, la *lex specialis* sarebbe illegittima nella parte in cui non prevede esplicitamente tale distinzione.

Sempre secondo la tesi della ricorrente, l'omessa indicazione della distinzione tra prestazione principale e prestazioni accessorie non potrebbe riverberarsi in danno dei concorrenti.

Al riguardo, si sarebbe infatti ingenerato un affidamento meritevole di tutela sulla base del fatto che il bando descrive il servizio come composto dalle predette fasi della stampa, dell'imbustamento e della postalizzazione.

Sotto questo aspetto, la ricorrente richiama la determinazione n. 3/2014 di ANAC, che distingue tra loro le prestazioni di stampa e imbustamento da un lato e quella di spedizione postale dall'altro.

Dalla prospettata scomposizione dell'oggetto del contratto in prestazione principale e prestazioni accessorie, la ricorrente fa derivare due conseguenze:

- sotto un primo profilo, la partecipazione alla procedura sarebbe aperta anche ai raggruppamenti “verticali” ed a quelli “misti”.

Al riguardo, Poste S.p.A. afferma che la *lex specialis* di gara non contiene una riserva di partecipazione ai soli raggruppamenti orizzontali né vieta espressamente la partecipazione ai raggruppamenti “verticali” e a quelli “misti”.

Peraltro, secondo la ricorrente una limitazione di tal genere contrasterebbe con l’art. 19 della Direttiva UE 24/2014, che esprime il principio della libertà delle forme giuridiche che possono assumere i raggruppamenti di operatori economici partecipanti alle procedure ad evidenza pubblica.

In proposito, la ricorrente richiama altresì i principi di diritto espressi dalla Corte di Giustizia dell’Unione Europea, a mente dei quali non è consentita l’esclusione dalla procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico in conseguenza del mancato rispetto, da parte dell’operatore interessato, di un obbligo non espressamente previsto dalla legge di gara né dal diritto nazionale;

- sotto un secondo profilo, la ricorrente afferma che troverebbe applicazione il principio del cumulo dei requisiti di qualificazione di ciascuna delle imprese raggruppate. In particolare, non sarebbe necessario che ciascuna di esse possieda la “licenza individuale” di cui al D.Lgs. n. 261/1999.

Questa conclusione sarebbe confermata anche dalla circostanza che la *lex specialis* di gara non detta espressamente una norma in tal senso.

Così ricostruita l’interpretazione della *lex specialis*, Poste S.p.A. precisa che il RTI da essa capeggiato integra un raggruppamento “misto”: le società Poste e Defendini, titolari della “licenza

individuale”, attenderebbero alla postalizzazione, mentre Postel, titolare della sola “autorizzazione generale” attenderebbe alla stampa e all’imbustamento.

In via subordinata, afferma la ricorrente che qualora la *lex specialis* non avesse consentito il cumulo dei requisiti, la Stazione appaltante avrebbe dovuto attivare il soccorso istruttorio chiedendo al RTI di modificare la propria composizione.

Anche queste censure sono infondate.

2.2.1 Sotto un primo profilo, tali doglianze si fondano sul presupposto non condivisibile secondo il quale alla compagine riunita in RTI sarebbe consentito autoqualificarsi in “raggruppamento verticale” ovvero in “raggruppamento orizzontale” anche nel caso in cui la *lex specialis* di gara non contenga una distinzione tra prestazione principale e prestazioni accessorie.

Ritiene il Collegio che l’ordinamento vigente non consenta l’operazione in parola, ostandovi il regime delle responsabilità legalmente previsto dall’art. 48 comma 5 del D.Lgs. n. 50/2016, norma a mente della quale “L’offerta degli operatori economici raggruppati o dei consorziati determina la loro responsabilità solidale nei confronti della stazione appaltante, nonché nei confronti del subappaltatore e dei fornitori. Per gli assuntori di lavori scorporabili e, nel caso di servizi e forniture, per gli assuntori di prestazioni secondarie, la responsabilità è limitata all’esecuzione delle prestazioni di rispettiva competenza, ferma restando la responsabilità solidale del mandatario.”

Facendo applicazione di tale norma, si è condivisibilmente affermato che è precluso “al partecipante alla gara “procedere di sua iniziativa alla scomposizione del contenuto della prestazione, distinguendo fra

prestazioni principali e secondarie”, onde ripartirle all’interno di un raggruppamento di tipo verticale” (Cons. Stato, sez. V, 7 dicembre 2017, n. 5772 che richiama Cons. Stato, sez. III, 9 maggio 2012, n. 2689.)

Al riguardo, TAR Puglia, Lecce, sez. III, 9 agosto 2017, n. 1384 ha affermato che il divieto di autoqualificazione “si giustifica anche in relazione alla differente disciplina sulla responsabilità delle imprese riunite in associazione temporanea, ai sensi dell’art. 48, comma 5, del D. Lgs. n. 50/2016 [...]: per i raggruppamenti verticali, infatti, la responsabilità dei concorrenti che si fanno carico delle parti secondarie del servizio è circoscritta all’esecuzione delle prestazioni di rispettiva competenza, talché non pare possibile rimettere alla loro libera scelta l’individuazione delle prestazioni principali e di quelle secondarie (attraverso l’indicazione della parte del servizio di competenza di ciascuno) e la conseguente elusione della norma in materia di responsabilità solidale, in assenza di apposita previsione del bando di gara.”

Nel caso di specie, come argomentato dalle difese della Regione e della controinteressata, il servizio messo a gara è unitario.

In particolare, l’art. 1 del c.s.a. richiede che il soggetto aggiudicatario debba “gestire la stampa (solo in b/n) in tutte le sue fasi oltre che la spedizione e consegna degli avvisi di scadenza della tassa automobilistica, delle rateizzazioni e dei canoni relativi al demanio idrico”.

L’art. 3 del c.s.a. richiede la creazione di un team operativo unitario, coordinato da un unico responsabile.

Inoltre, è decisivo che la *lex specialis* non distingue, nemmeno per implicito, tra prestazione principale e prestazioni accessorie.

Al contrario di quanto affermato dalla ricorrente, la *lex specialis* – nella parte in cui non prevede la distinzione in parola – non appare incompleta né tantomeno illegittima.

Sotto questo profilo, la *lex specialis* appare anzi chiara, priva di ambiguità e di contraddizioni.

Inoltre, venendo in rilievo un servizio organizzato in un unico lotto, la *lex specialis* non risulta nemmeno in contrasto con la determinazione n. 3/2014 di ANAC, che si riferisce ad appalti suddivisi in più lotti.

In tale situazione, non sussistono i presupposti per ritenere maturato in capo alla ricorrente la legittima convinzione - e quindi l'affidamento meritevole di tutela - che la *lex specialis* contenga la distinzione in argomento.

Venendo in rilievo l'esecuzione di una prestazione unitaria, il raggruppamento che aspira all'aggiudicazione del contratto deve essere necessariamente di tipo "orizzontale", mentre sono esclusi i raggruppamenti "verticali".

Al riguardo, il Collegio aderisce al consolidato indirizzo giurisprudenziale secondo il quale "la distinzione tra riunioni temporanee di imprese orizzontali e riunioni temporanee di imprese verticali si basa sul contenuto delle competenze portate da ciascuna impresa raggruppata ai fini della qualificazione a una determinata gara: in linea generale la r.t.i. orizzontale è caratterizzata dal fatto che le imprese associate (o associande) sono portatrici delle medesime competenze per l'esecuzione delle prestazioni costituenti l'oggetto dell'appalto, mentre la r.t.i. verticale è connotata dalla circostanza che l'impresa mandataria apporta competenze incentrate sulla prestazione prevalente, diverse da quelle delle mandanti, le quali

possono avere competenze differenziate anche tra di loro, sicché nella r.t.i. di tipo verticale un'impresa, ordinariamente capace per la prestazione prevalente, si associa ad altre imprese provviste della capacità per le prestazioni secondarie scorporabili; ne consegue che è possibile dar vita a raggruppamenti di tipo verticale (o, più correttamente, di ammetterli ad una gara) solo laddove la stazione appaltante abbia preventivamente individuato negli atti di gara, con chiarezza, le prestazioni “principali” e quelle “secondarie” (Cons. Stato, sez. V, 7 dicembre 2017, n. 5772.)

I raggruppamenti “misti”, connotati dalla presenza di imprese raggruppate orizzontalmente per frazionare tra loro la prestazione principale o la prestazione accessoria, incontrano gli stessi limiti previsti per i raggruppamenti “verticali”, atteso che ne costituiscono una variante e, come tali, presuppongono l'indicazione espressa nella *lex specialis* di una prestazione principale e di prestazioni accessorie.

Il RTI Poste, che si autoqualifica come raggruppamento “misto”, non riveste - nemmeno nella sostanza - la struttura “orizzontale” richiesta per l'esecuzione del contratto messo a bando.

Al riguardo il provvedimento di “non aggiudicazione”, motivato sulla carenza dei presupposti per affidare il contratto ad un RTI “verticale” non appare in contrasto con il diritto comunitario in generale né, in particolare, con l'art. 19 della Direttiva UE 24/2014, a mente del quale “I raggruppamenti di operatori economici, comprese le associazioni temporanee, sono autorizzati a partecipare a procedure di appalto. Essi non possono essere obbligati dalle amministrazioni aggiudicatrici ad avere una forma giuridica specifica ai fini della presentazione di un'offerta o di una domanda di partecipazione.

Ove necessario, le amministrazioni aggiudicatrici possono specificare nei documenti di gara le modalità con cui i raggruppamenti di operatori economici devono ottemperare ai requisiti in materia di capacità economica e finanziaria o di capacità tecniche e professionali di cui all'articolo 58, purché ciò sia proporzionato e giustificato da motivazioni obiettive. Gli Stati membri possono stabilire le condizioni generali relative all'ottemperanza a tali modalità da parte degli operatori economici.

Le condizioni per l'esecuzione di un appalto da parte di tali gruppi di operatori economici, diverse da quelle imposte a singoli partecipanti, sono giustificate da motivazioni obiettive e sono proporzionate.”

In proposito, il principio della libertà delle forme dei raggruppamenti deve coniugarsi con il regime della distribuzione, tra gli operatori economici, della responsabilità contrattuale che ciascuno di essi ha nei confronti della Stazione appaltante, così come descritto nella *lex specialis* di gara e comunque ricavabile dallo schema legalmente tipizzato dall'art. 48 comma 5 del D.Lgs. n. 50/2016, che esprime un vero e proprio principio di ordine pubblico.

Al riguardo, vengono in rilievo le motivazioni obiettive e le misure proporzionate alle quali si riferisce il sopra trascritto art. 19 comma 2 della Direttiva UE 24/2014.

Il regime della distribuzione delle responsabilità riguarda direttamente l'oggetto del contratto.

Nel caso di specie, la struttura del RTI “misto” non risponde al criterio, ricavabile dalla *lex specialis* e dall'art. 48 comma 5 del D.Lgs. n. 50/2016, della responsabilità solidale di ciascuno degli operatori economici del raggruppamento per tutte le prestazioni dell'appalto.

In altri termini, sotto questo specifico profilo, il RTI Poste propone un'offerta non conforme all'oggetto del contratto messo a bando.

In tale situazione, non sussistevano i presupposti perché la Stazione appaltante attivasse il soccorso istruttorio in modo da consentire a Poste di rimodulare la geometria della propria compagine e di indicare la società Postel come subappaltrice o come ausiliaria anziché come mandante del RTI.

Infatti, il soccorso istruttorio può riguardare esclusivamente la documentazione, ma non può arrivare a consentire la modifica del contenuto dell'offerta non ammissibile per renderla conforme alla *lex specialis*.

Si deve quindi concludere che ciascuno degli operatori economici del raggruppamento "orizzontale" doveva possedere tutti i requisiti richiesti per l'esecuzione dell'unica prestazione oggetto del contratto messo a gara.

Al contrario di quanto affermato dalla ricorrente, la struttura stessa del contratto da affidare - ed in particolare il regime delle responsabilità in esso previsto a carico degli operatori economici riuniti in raggruppamento - non ammette il cumulo dei requisiti di qualificazione.

In tale situazione, è vigente la regola secondo la quale, in caso di partecipazione alla gara in RTI, sia le imprese mandanti sia la mandataria devono possedere in proprio tutti i requisiti di capacità professionale richiesti dal bando.

Sicché, ai fini del giudizio di legittimità dai provvedimenti impugnati, è irrilevante che la *lex specialis* manchi di una norma che detti *apertis verbis* la predetta regola, di per sé già ricavabile dal contesto normativo.

Nel caso di specie, il bando di gara richiede “il possesso, al momento della pubblicazione del bando, di regolare autorizzazione ministeriale ad operare nel settore postale, nonché la titolarità delle licenze postali previste dalla vigente normativa.”

Tuttavia, come si è visto, la mandante Postel è in possesso della sola “autorizzazione generale” e difetta della “licenza individuale” richiesta dalla legge di gara per tutte le imprese riunite in raggruppamento.

Per tale ragione, non sussistono i presupposti per affidare il contratto al RTI Poste.

2.3 Sempre con il primo motivo di ricorso Poste Italiane, in via ulteriormente subordinata rispetto alle censure sopra esaminate, impugna la *lex specialis* di gara nella parte in cui richiede il possesso in capo a tutti i membri del raggruppamento della licenza individuale di cui al n. 2) dell’art. 1 lett. q) del D.Lgs. n. 261/1999 e nella parte in cui preclude la partecipazione in raggruppamento “misto”. Secondo la ricorrente, verrebbe in rilievo una limitazione della concorrenza sproporzionata e non conforme al contenuto dell’art. 19 comma 2 della Direttiva UE 24/2014. In particolare, secondo la ricorrente pretendere da ciascun membro del RTI gli stessi requisiti richiesti al concorrente singolo vanificherebbe la finalità del raggruppamento temporaneo tra imprese.

In via preliminare, si deve esaminare l'eccezione di irricevibilità per tardività della censura opposta sia dalla difesa della Regione, sia dalla difesa della controinteressata.

L'eccezione in rito è fondata.

Infatti, la regola di gara secondo la quale tutti gli operatori economici riuniti in RTI devono possedere la “licenza individuale” ha carattere

escludente, con la conseguenza che la parte interessata avrebbe dovuto impugnarla nel termine decorrente dalla data di pubblicazione del bando, termine che alla data di proposizione del ricorso del RTI Poste era ampiamente spirato.

Sono peraltro fondate anche le eccezioni di merito opposte dalle difese delle parti resistenti.

Infatti, la regola di gara è meramente applicativa sia dell'art. 48 comma 2 del D.Lgs. n. 50/2016, che definisce “raggruppamento orizzontale quello in cui gli operatori economici eseguono il medesimo tipo di prestazione”, sia del successivo e sopra richiamato comma 5, secondo il quale “l'offerta degli operatori economici raggruppati o dei consorziati determina la loro responsabilità solidale nei confronti della stazione appaltante”.

Inoltre, in presenza di ragioni obiettive e nel rispetto del principio di proporzionalità, presupposti entrambi ravvisabili nel caso di specie, l'art. 19 comma 2 della Direttiva UE 24/2014 attribuisce alle amministrazioni aggiudicatrici il potere discrezionale di disciplinare l'aspetto dei requisiti di capacità tecnica e professionale dei raggruppamenti di operatori economici.

2.4 Il primo motivo è quindi in parte irricevibile e in parte infondato.

3) Con il secondo motivo di ricorso, Poste S.p.a. lamenta che la stazione appaltante avrebbe aggiudicato la selezione a favore della controinteressata senza avere valutato la congruità dell'offerta, in violazione dell'art. 97 del D.Lgs. n. 50/2016 e dell'art. 7 del capitolato speciale. Al riguardo, Poste impugna l'art. 13 del disciplinare di gara, in concreto applicato dalla Stazione appaltante, che prevede l'individuazione della soglia di anomalia solo in presenza di almeno cinque offerte giudicate valide. Secondo la ricorrente, si

tratterebbe di una limitazione non prevista dall'art. 97 del D.Lgs. n. 50/2016 vigente *ratione temporis*.

Il motivo è infondato.

Sotto un primo profilo da esaminare con precedenza per una questione di priorità logica, l'art. 13 del disciplinare esprime un ragionevole punto di equilibrio tra le esigenze di speditezza e di semplificazione della procedura di gara e l'esigenza di controllare l'attendibilità delle offerte pervenute. Da quest'ultimo punto di vista, resta peraltro fermo il potere/dovere della Stazione appaltante di verificare la concreta sostenibilità economica della migliore offerta.

Inoltre, come rilevato dalle difese della Regione e della controinteressata, la norma del disciplinare è conforme all'indirizzo espresso dall'ANAC con il comunicato del Presidente di data 5.10.2016 e successivamente recepito a livello legislativo con l'introduzione dell'art. 97 comma 3 bis, a mezzo del D.Lgs. n. 56/2017. Di conseguenza, l'art. 13 del disciplinare non contrasta con l'art. 97 del D.Lgs. n. 50/2016 nella versione vigente al momento di indizione della gara.

Ritenuto quindi legittimo l'art. 13 del disciplinare, viene in esame la censura nella parte in cui contesta il contrasto tra tale norma del disciplinare e l'art. 7 del capitolato speciale, che prevede l'individuazione della soglia di anomalia ai sensi dell'art. 97 comma 2 del D.Lgs. n. 50/2016.

Al riguardo, ritiene il Collegio che il contrasto debba risolversi facendo applicazione del principio secondo il quale “nel caso in cui sussistano eventuali contrasti interni tra le singole disposizioni dei vari atti che compongono la *lex specialis* (il bando, il disciplinare di gara ed il capitolato speciale d'appalto), sussiste nondimeno una

gerarchia differenziata tra gli atti stessi, con prevalenza del contenuto del bando di gara, potendo in particolare le disposizioni del capitolato speciale soltanto integrare, ma non modificare, quelle del bando” (Cons. Stato, sez. V, 9 ottobre 2015, n. 4684.)

Nel caso di specie, il contenuto dell’art., 13 del disciplinare prevale su quello dell’art. 7 del c.s.a..

Di conseguenza, la Stazione appaltante non era tenuta ad attivare il procedimento di cui all’art. 97 comma 2 del D.Lgs. n. 50/2016.

4) Con il terzo motivo di ricorso, Poste si duole della decisione della Stazione appaltante di procedere alla stipula immediata del contratto e di affidare il servizio in via di urgenza.

Anche questo motivo non può trovare accoglimento.

La violazione della clausola detta di “stand still” non costituisce vizio dell’aggiudicazione e non determina pertanto la sua invalidità (Cons. Stato, Sez. V, 23 marzo 2015 n. 1565; Cons. Stato, sez. V, 31 marzo 2014, n. 1548; Cons. Stato sez. VI, 8 ottobre 2013, n. 4934.)

5) In conclusione, il ricorso va respinto.

Le spese di giudizio possono essere compensate in considerazione della complessità delle questioni affrontate.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso in Torino nella camera di consiglio del giorno 24 gennaio 2018 con l’intervento dei magistrati:

Domenico Giordano, Presidente

Silvana Bini, Consigliere, Estensore

Roberta Ravasio, Consigliere

L'ESTENSORE

Silvana Bini

IL PRESIDENTE

Domenico Giordano

IL SEGRETARIO