

N. 13779/2010 REG.SEN.
N. 01976/2009 REG.RIC.
N. 00210/2010 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 Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

-sul ricorso n. 1976/2009 e 210/2010, proposto da Poste Italiane Spa, rappresentata e difesa dagli avv.ti Giovanni Immordino ed Prof. Ernesto Sticchi Damiani, con domicilio eletto presso l'avv. Giovanni Immordino in Palermo, via Libertà', 171;

contro

-la Serit Sicilia Spa, rappresentata e difesa dall'avv. Carmelo Giurdanella, con domicilio eletto presso il suo studio in Palermo, via G. Serpotta N. 66;

sul ricorso numero di registro generale 210 del 2010, proposto da Setesi S.p.A., Imbalplast S.r.l. e Fulmine Group S.r.l. (costituenda R.T.I.), rappresentate e difese dall'avv. Antonio Toullier, con domicilio eletto presso Fulmine Group S.R.L. in Palermo, via Re Federico N. 17;

contro

Serit Sicilia S.p.a., rappresentata e difesa dall'avv. Carmelo Giurdanella, con domicilio eletto presso il suo studio in Palermo, via G. Serpotta N. 66;

per l'annullamento

quanto al ricorso n. 1976 del 2009:

- del bando di gara pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea del 7.8.09 con il quale la SERIT Sicilia ha indetto una gara di appalto avente ad oggetto "affidamento a terzi del servizio di stampa, imbustamento e recapito semplice degli atti afferenti l'attività di riscossione;
- del disciplinare di gara e del capitolato tecnico;
- di ogni altro atto presupposto, connesso e consguenziale;

quanto al ricorso n. 210 del 2010:

1) della delibera della Commissione aggiudicatrice del 26.11.2009, con la quale è stata disposta l'esclusione dalla gara in questione della costituenda RTI Setesi spa-Imbalplast srl-Fulmine Group srl;

2) dell'art.7 punto 2 lettera i del disciplinare di gara nella parte in cui prevede che in caso di RTI tutti i concorrenti costituenti il raggruppamento devono essere in possesso di certificato di qualità iso 9001:2000, per le attività oggetto di gara, ove interpretato nel senso dell'obbligo del possesso dei certificati per tutte le attività e per tutti i concorrenti anche in caso di RTI verticale...

Visti i ricorsi e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Serit Sicilia Spa;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 20 ottobre 2010 il Presidente dott. Nicolo' Monteleone e uditi per le parti i difensori, come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1.-Con ricorso (n. 1976/2008), ritualmente notificato e depositato, l'Ente Poste spa ha impugnato i seguenti atti:

1) bando di gara pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea del 7.8.09, con il quale la SERIT Sicilia spa (Agente della riscossione per le province siciliane) ha indetto una gara di appalto per l'affidamento a terzi del servizio di stampa, imbustamento e recapito semplice degli atti afferenti l'attività di riscossione;

2) disciplinare di gara e capitolato tecnico.

La società ricorrente ha chiesto l'annullamento degli atti impugnati, previa sospensiva e col favore delle spese, deducendo i seguenti motivi:

1) Violazione, falsa ed erronea interpretazione e applicazione del 16° e del 23° “considerando” e degli artt. 1. 3. 7 e 9 della Direttiva 87/67/CE, come modificata dalla Direttiva 2002/39/CE, nonché del 55° “considerando” e dell'art. 2 della Direttiva 2008/6/CE - Violazione, falsa ed erronea interpretazione e applicazione degli artt. 3, 4 e 23 del D.Lgs. n. 261/1999, modificato dal D.Lgs. n. 384/2003 – Violazione dei principi comunitari e nazionali in materia di riserva postale anche con riferimento alla decisione della Commissione CE 2001/176/CE del 21 dicembre 2000 – Violazione e falsa applicazione del D.M. 29 dicembre 2005 - Eccesso di potere per violazione delle Circolari del Ministero delle Comunicazioni n. DGRQS/208 del 24 gennaio 2001, n. 1225 del 28 maggio 2001 e n. 5688 del 2 agosto 2007 – Violazione dell'art. 19 del D.Lgs. n. 163/2006;

2) In subordine, violazione e falsa applicazione degli artt. 13 e 22 del D.Lgs. n. 261/1999 e del decreto del Ministero delle Comunicazioni del 12 maggio 2006 - Eccesso di potere per illogicità ed erronea presupposizione in diritto – Violazione del principio di par condicio.

La SERIT Sicilia spa, costituitasi in giudizio, con due memorie nei termini, ha

contestato la fondatezza del ricorso, chiedendone il rigetto; vinte le spese.

Alla camera di consiglio del 10 dicembre 2009, su richiesta del difensore della società ricorrente, l'esame della domanda cautelare è stato rinviato alla trattazione di merito del ricorso

Con memoria depositata il 23 giugno 2010, la società ricorrente ha ulteriormente illustrato quanto dedotto nell'atto introduttivo del giudizio.

2.-Con altro ricorso (n. 210/2010), notificato il 25 gennaio 2010 e depositato il 9 febbraio 2010, le società SETESI spa, Imbalplast S.r.l. e Fulmine Group S.r.l. (in costituenda R.T.I.) hanno impugnato i seguenti atti:

1) la delibera della Commissione aggiudicatrice del 26.11.2009, con la quale è stata disposta l'esclusione dalla gara in questione della costituenda RTI Setesi spa - Imbalplast srl - Fulmine Group srl;

2) l'art.7 punto 2 lettera i del disciplinare di gara, nella parte in cui prevede che in caso di RTI tutti i concorrenti costituenti il raggruppamento devono essere in possesso di certificato di qualità iso 9001:2000, per le attività oggetto di gara, ove interpretato nel senso dell'obbligo del possesso dei certificati per tutte le attività e per tutti i concorrenti anche in caso di RTI verticale.

Le società ricorrenti hanno chiesto l'annullamento degli atti impugnati, previa sospensiva e col favore delle spese, deducendo i seguenti motivi:

1)Violazione e falsità dell'art. 7, punto 2 lettera 1, del disciplinare di gara - Eccesso di potere per sviamento, contraddittorietà ed erronea motivazione;

2)Eccesso di potere per contraddittorietà - Irragionevolezza della interpretazione della clausola.

La SERIT spa, costituitasi anche in questo giudizio, con due memorie nei termini, ha contestato la fondatezza del ricorso, chiedendone il rigetto; vinte le spese.

Con ordinanza n. 158 del 25 febbraio 2010 (confermata in sede di appello), è stata accolta la domanda incidentale di sospensione dell'esecuzione degli atti impugnati.

3.- Alla pubblica udienza del 20 ottobre 2010, su conforme richiesta dei difensori delle parti, i due ricorsi sono stati posti in decisione.

DIRITTO

1.-Premesso che nei giudizi aventi ad oggetto controversie le procedure di affidamento di pubblici lavori, servizi e forniture la sentenza, ai sensi dell'art. 120, comma 10, del codice del processo amministrativo (D.L.gs. n. 104/2010), va redatta, ordinariamente, "in forma semplificata", i due ricorsi in esame possono essere riuniti, per evidenti ragioni di connessione e decisi con unica pronuncia.

2.-In via preliminare, va disattesa l'eccezione di improcedibilità del primo ricorso (n. 1976/2009) sollevata dalla difesa della resistente SERIT Sicilia Spa, in quanto non può non riconoscersi l'interesse, almeno strumentale, della ricorrente società Poste Italiane alla prosecuzione del presente giudizio, che, se definito favorevolmente, comporterà la ripetizione della gara con differenti modalità conformative (in tal senso, Cons. Stato, A.P. 10 novembre 2008, n. 11; sez. V, 10 febbraio 2009, n. 743; sez. IV, 123 marzo 2009, n. 1431). Peraltro, nella memoria del 25 giugno 2010, la stessa Serit riconosce l' "indubbio interesse" della ricorrente alla definizione del gravame.

3.-Nel merito, il ricorso è fondato.

Con il primo motivo d'impugnazione, la società ricorrente censura il bando, il disciplinare di gara e il capitolato tecnico (concernente l'affidamento a terzi del servizio di stampa, imbustamento e recapito semplice degli atti afferenti l'attività di riscossione), nella parte in cui hanno incluso la prestazione fondamentale (costituita dal "recapito semplice" degli atti) riservata ex lege a

Poste Italiane S.p.a. fornitore del servizio universale.

La doglianza merita accoglimento, in base al seguente quadro normativo di riferimento.

L'art. 3 del D.Lgs 22 luglio 1999, n. 261 ("Attuazione della direttiva 97/67/CE concernente regole comuni per lo sviluppo del mercato interno dei servizi postali comunitari e per il miglioramento della qualità del servizio"), prevedeva che "il servizio universale assicura le prestazioni in esso ricomprese, di qualità determinata, da fornire permanentemente in tutti i punti del territorio nazionale, incluse le situazioni particolari delle isole minori e delle zone rurali e montane, a prezzi accessibili a tutti".

Il successivo art. 4 ("Servizi riservati"), disponeva che "al fornitore del servizio universale, nella misura necessaria al mantenimento dello stesso, possono essere riservati la raccolta, il trasporto, lo smistamento e la distribuzione di invii di corrispondenza interna e transfrontaliera, anche tramite consegna espressa, il cui prezzo sia inferiore al quintuplo della tariffa pubblica applicata ad un invio di corrispondenza del primo livello di peso della categoria normalizzata più rapida, a condizione che il peso degli oggetti sia inferiore a 350 grammi".

La norma transitoria contenuta nell'art. 23 del medesimo D.Lgs. prevedeva, infine, che "Al fornitore del servizio universale, fino al 31 dicembre 2000, sono riservati i servizi di cui all'art. 4, salvo quanto disposto dal comma 7. Con decorrenza dal 1° gennaio 2001 l'autorità di regolamentazione determina, e successivamente aggiorna con cadenza triennale, l'ambito della riserva, nella misura necessaria al mantenimento del servizio universale, sulla base di periodiche verifiche degli oneri di detto servizio universale gravanti sul fornitore secondo i criteri di separazione contabile di cui all'art. 7 (1° comma) e che "In sede di prima attuazione, con riferimento all'art. 14 del

decreto legge 11 luglio 1992, n. 333, convertito, con modificazioni, dalla legge 8 agosto 1992, n. 359, il servizio universale è affidato alla società p.a. Poste Italiane per un periodo, comunque non superiore a quindici anni dalla data di entrata in vigore del presente decreto, da determinarsi dall'autorità di regolamentazione, compatibilmente con il processo di liberalizzazione in sede comunitaria”.

A sua volta, l'art. 4 del D.Lgs. 23 dicembre 2003, n. 384 (Attuazione della direttiva 2002/39/CE che modifica la direttiva 97/67/CE relativamente all'ulteriore apertura alla concorrenza dei servizi postali della Comunità) ha modificato il primo comma del suddetto art. 4 del D.Lgs. n. 261/1999) nel senso che “Al fornitore del servizio universale, nella misura necessaria al mantenimento dello stesso, possono essere riservati la raccolta, il trasporto, lo smistamento e la distribuzione di invii di corrispondenza interna e transfrontaliera, anche tramite consegna espressa, con i seguenti limiti di peso e di prezzo:

- a) il limite di peso è di 100 grammi a decorrere dal 1° gennaio 2003; tale limite non si applica se il prezzo è pari o superiore a tre volte la tariffa pubblica per l'invio della categoria di corrispondenza più rapida del primo porto di peso;
- b) il limite di peso è di 50 grammi a decorrere dal 1° gennaio 2006; tale limite non si applica se il prezzo è pari o superiore a due volte e mezzo la tariffa pubblica per l'invio della categoria di corrispondenza più rapida del primo porto di peso”.

L'art. 4 del D.Lgs. n. 384/2003 ha, inoltre, novellato il 4° del medesimo art. 4 D.Lgs. n. 261/1999, nel senso che “Relativamente alla fase di recapito, sono compresi fra gli invii di corrispondenza di cui al comma 1 quelli generati mediante utilizzo di tecnologie telematiche, ad esclusione dei servizi di

recapito della posta elettronica ibrida a data o ora certa, soggetti ad autorizzazione generale”.

Va, al riguardo, rilevato che, con decreto del Ministero delle Comunicazioni del 17 aprile 2000, alla S.p.a. Poste Italiane è stata confermata la concessione del servizio postale universale, disponendosi, con il successivo D.M. 29 dicembre 2005 (concernente l'ambito di detta riserva), che "A decorrere dall'1 gennaio 2006, ai fini del mantenimento del servizio universale, la riserva da assegnare alla società Poste Italiane comprende la raccolta, il trasporto, lo smistamento e la distribuzione di invii di corrispondenza intema e transfrontaliera, anche tramite consegna espressa, il cui prezzo sia inferiore a £ 1,50 ed il cui peso non sia superiore a 50 grammi".

Osserva, ancora, il Collegio come la Commissione Europea, con Decisione 2001/176/CE del 21 dicembre 2000, dopo avere precisato che il mercato del servizio di recapito “non tradizionale” comprende la “garanzia di recapito a data od ora certe”, mentre il servizio di “recapito tradizionale” contempla sì obiettivi di consegna ma “non offre alcuna sicurezza e garanzia circa l'esatta data od ora di recapito”, abbia ritenuto che il servizio di recapito tradizionale rimane "riservato" al fornitore nazionale del servizio postale universale e sottratto al regime della concorrenza.

Va, infine, considerato che a nulla può rilevare nel caso di specie (bando pubblicato il 7 agosto 2009) la nuova Direttiva 2008/6/CE che, pur avendo modificato la precedente Direttiva 97/67/Ce, ha previsto la data del 31 dicembre 2010 quale termine entro il quale gli Stati membri dovranno darvi attuazione.

Orbene, alla luce del delineato quadro normativo, non par dubbio che gli atti impugnati (bando, disciplinare di gara e capitolato tecnico) si appalesano illegittimi nelle parti in cui pongono in gara anche il “recapito semplice” degli

atti afferenti l'attività di riscossione della Serit Sicilia S.p.a. per la dedotta violazione della "riserva" normativamente attribuita alla società Poste Italiane, avuto riguardo al prezzo unitario previsto in € 0,48 e al limite di peso (50 grammi) stabilito dal citato D.M. 29 dicembre 2005. Peraltro, a tali conclusioni sembra pervenire la stessa difesa dell'intimata Serit Sicilia che, nella memoria depositata il 1° luglio 2010, correttamente afferma che soltanto il "mercato degli invii postali oltre i 2 kg è completamente liberalizzato".

Per le suesposte considerazioni e assorbito quant'altro, il ricorso in esame deve essere accolto, con conseguente annullamento degli atti impugnati.

4.- Dall'annullamento dei predetti atti (bando, disciplinare di gara e capitolato tecnico, nella parti censurate dalla società ricorrente) sopravviene, come logica conseguenza, la carenza di interesse in capo alle ricorrenti società Setesi S.p.A., Imbalplast S.r.l. e Fulmine Group S.r.l. (in costituenda R.T.I.). a coltivare il ricorso (n. 210/2010) dalla stessa proposto avverso il verbale del 25 novembre 2009 di esclusione dalla gara in questione (gara, peraltro, dichiarata deserta).

5.- In conclusione, il primo ricorso (n. 1976/2009) va accolto e, per l'effetto, vanno annullati gli atti con lo stesso impugnati; il secondo ricorso (n. 210/2010) va dichiarato improcedibile.

Le spese di giudizio possono essere compensate, ricorrendo giusti motivi correlati alla particolare natura della controversia.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia (Sezione Seconda)

- 1) riunisce i due ricorsi in epigrafe indicati;
- 2) accoglie il ricorso n. 1976/2009 e, per l'effetto, annulla gli atti con lo stesso impugnati;

3) dichiara improcedibile il ricorso n. 21072010;

4) compensa tra le parti le spese di giudizio.

5) ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'Autorità amministrativa.

Così deciso in Palermo, nella Camera di consiglio del 20 ottobre 2010, con l'intervento dei Signori Magistrati:

Nicolo' Monteleone, Presidente, Estensore

Cosimo Di Paola, Consigliere

Roberto Valenti, Primo Referendario

IL PRESIDENTE, ESTENSORE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 28/10/2010

IL SEGRETARIO

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

Addi' _____ copia conforme del presente provvedimento e' trasmessa a:

IL FUNZIONARIO