



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 Lombardia

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 400 del 2010, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Poste Italiane S.p.A., rappresentata e difesa dagli avv. Marco Filippetto, Pasquale Rondinella, Leonardo Angelo Popolo, Franco Gaetano Scoca, con domicilio eletto presso Marco Filippetto in Milano, via Cordusio, 4 c/o Poste Italiane;

contro

Inail - Istituto Nazionale Per Assicurazione Contro Infortuni Sul Lavoro, rappresentato e difeso dagli avv. Ilaria Cardelli Santucci, Italo Casagranda, elettivamente domiciliato presso l'avvocatura regionale INAIL in Milano, c.so di Porta Nuova, 19; Inail - Direzione Regionale Lombardia;

nei confronti di

Soc. Coop. Alfiera 2001, non costituitasi in giudizio;

per l'annullamento

- del bando di gara avente ad oggetto "Procedura aperta per l'affidamento dei servizi postali da effettuarsi per le sedi INAIL della Lombardia";

- del capitolato d'oneri;

- del disciplinare di gara;

nella parte in cui è messa a gara la prestazione relativa al servizio di posta raccomandata ed in cui sono individuate le relative modalità, il tutto in modo elusivo rispetto alla riserva del fornitore del servizio universale e cioè di Poste Italiane;

atti impugnati con il ricorso principale;

del provvedimento di aggiudicazione provvisoria (dagli estremi sconosciuti) disposto da INAIL Lombardia a favore della Società Cooperativa Alfiera 2001 nonché del verbale della Commissione di gara del 9 febbraio 2010,

atti impugnati con i motivi aggiunti;

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

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Inail - Istituto Nazionale Per Assicurazione Contro Infortuni Sul Lavoro;

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 13 ottobre 2010 il dott. Elena Quadri e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con il presente gravame la ricorrente impugna i provvedimenti indicati in epigrafe, nella parte afferente la procedura di affidamento del servizio di posta raccomandata, nonché, con ricorso per motivi aggiunti, l'aggiudicazione provvisoria nel frattempo intervenuta nei confronti della controinteressata.

A sostegno del proprio ricorso deduce, essenzialmente, la violazione dei principi e della normativa comunitari e nazionali in materia di riserva postale (art. 8 della direttiva 97/67/CE e art. 4, comma 5, del d.lgs. n. 261/1999), nonché, in subordine, la violazione del principio della par condicio, atteso che Poste Italiane S.p.a. non avrebbe alcuna possibilità di concorrere nella procedura in questione in considerazione di cogenti disposizioni normative che le impongono di attenersi ad un rigido tariffario.

Si è costituita in giudizio l'amministrazione intimata, eccependo in via preliminare l'inammissibilità del ricorso e chiedendo, comunque, che lo stesso sia respinto per infondatezza nel merito.

Con ordinanza n. 40/10 del 12 marzo 2010 la sezione, in considerazione dell'avvenuta aggiudicazione provvisoria della procedura nelle more, ha ordinato l'integrazione del contraddittorio nei confronti della società controinteressata, incumbente ottemperato dalla ricorrente.

Successivamente la ricorrente ha impugnato l'aggiudicazione provvisoria con ricorso per motivi aggiunti, deducendo le stesse censure contenute nel ricorso principale. Ha, poi, depositato memorie a sostegno delle proprie conclusioni.

All'udienza del 13 ottobre 2010 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

La fattispecie oggetto della presente controversia concerne l'indizione e la conseguente aggiudicazione provvisoria da parte dell'amministrazione intimata dei servizi postali da effettuarsi per le sedi INAIL della Lombardia, con particolare riferimento al servizio di posta raccomandata, che la ricorrente assume essere alla stessa riservato in virtù dell'applicazione di molteplici disposizioni normative nazionali e comunitarie.

L'amministrazione intimata, al contrario, sostiene che, proprio

dall'applicazione dei principi derivanti dalla normativa comunitaria, ed in particolare di quello della libera concorrenza, deriverebbe la legittimità dei provvedimenti in questione, non essendo più ammissibile che gli stessi siano riservati a specifici operatori del settore.

Devono, in via preliminare, esaminarsi le eccezioni di inammissibilità sollevate dall'INAIL, con riferimento sia alla mancata presentazione della domanda per la partecipazione alla procedura in questione da parte della ricorrente, sia alla mancata notifica del ricorso principale alla società controinteressata.

Con riferimento al primo profilo, deve osservarsi che la *lex specialis* di gara prevedeva una clausola che impediva la partecipazione alla procedura alla società ricorrente, determinandone con certezza l'esclusione nell'ipotesi di presentazione dell'offerta. Lo schema di offerta economica formulato dalla stazione appaltante (allegato 9 al disciplinare di gara) richiedeva, infatti, al concorrente di offrire un costo unitario sia per gli invii di posta prioritaria che per quelli raccomandati il cui peso fosse superiore a 50 gr., mentre i decreti ministeriali 12 maggio 2006 e 19 giugno 2009 vincolavano l'operatore del servizio postale universale a predisporre tariffe differenziate in relazione al peso unitario, al formato ed all'area geografica di destinazione degli invii (cfr., specificamente, gli artt. 1, commi 3 e 4, e 3 del d.m. 12.5.2006 e le tabelle allegate al decreto).

Poste Italiane non avrebbe, dunque, mai potuto formulare un'offerta a prezzo unitario per gli invii di peso superiore a 50 grammi, come invece previsto dallo schema di offerta.

In proposito, il collegio ritiene di sposare quell'orientamento giurisprudenziale più recente per il quale nel caso in cui la partecipazione alla procedura per l'aggiudicazione di un appalto sia preclusa dallo stesso bando,

sussiste l'interesse a gravare la relativa determinazione a prescindere dalla mancata presentazione della domanda, posto che la presentazione della stessa si risolve in un adempimento formale inevitabilmente seguito da un atto di esclusione, con un risultato analogo a quello di un'originaria preclusione e perciò privo di una effettiva utilità pratica (Cons. Stato, sez. V, 2 agosto 2010, n. 5069; 9 aprile 2010, n. 1999).

Inoltre, in considerazione della ricomprensione nell'ambito dei servizi messi a bando anche di quelli raccomandati, soggetti a riserva di Poste Italiane secondo l'assunto della stessa, l'offerta dalla medesima presentata sarebbe risultata quantomeno contraddittoria e sintomo di un comportamento valutabile come espressione di possibile acquiescenza, anche ai fini dell'eventuale inammissibilità dell'impugnazione, proposta proprio avverso la *lex specialis* di gara e le relative previsioni.

Riguardo, invece, alla mancata notifica del ricorso al controinteressato, deve rilevarsi che, nel momento in cui la società ricorrente procedeva a notificare il ricorso all'amministrazione intimata (9 febbraio 2010) la stessa non era a conoscenza dell'aggiudicazione provvisoria che stava intervenendo proprio nello stesso giorno in favore dell'Alfiera 2001. Poste Italiane ha, poi, puntualmente ottemperato all'ordine di integrazione del contraddittorio nei confronti della stessa società impartitogli mediante l'ordinanza di questa sezione n. 40/10 del 12 marzo 2010. Deve, inoltre, puntualizzarsi che il ricorso principale aveva come oggetto unicamente gli atti di indizione della procedura e la *lex specialis* della stessa, non essendo, quindi, ancora possibile individuare, in quel momento, alcun controinteressato all'annullamento di tali atti, mentre il ricorso per motivi aggiunti, rivolto avverso il verbale di aggiudicazione provvisoria, è stato regolarmente notificato alla società controinteressata fin dal principio.

L'eccezione è, dunque, da disattendere.

Passando allo scrutinio del merito del gravame, la ricorrente assume, sostanzialmente, l'illegittimità degli atti afferenti la procedura in questione con riferimento ai servizi di posta raccomandata, perché in contrasto con la riserva assoluta sussistente a favore della stessa degli invii raccomandati attinenti alle procedure amministrative e giudiziarie, ai sensi dell'art. 4, comma 5, del d.lgs. 22 luglio 1999, n. 261, di attuazione della direttiva 97/67/CE concernente regole comuni per lo sviluppo del mercato interno dei servizi postali comunitari per il miglioramento della qualità del servizio.

La censura è fondata.

Come ribadito in una recente pronuncia del Consiglio di Stato (sez. VI, 26 maggio 2010, n. 3349), l'art. 4, comma 5, del d.lgs. 22 luglio 1999, n. 261 (attuativo della direttiva 97/67/CE concernente regole comuni per lo sviluppo del mercato interno dei servizi postali comunitari per il miglioramento della qualità del servizio) include tra le attività oggetto di riserva assoluta a favore di Poste Italiane s.p.a. "gli invii raccomandati attinenti alle procedure amministrative e giudiziarie", indipendentemente dai limiti di prezzo e di peso. La norma precisa, inoltre, che per procedure amministrative si intendono le procedure riguardanti l'attività della pubblica amministrazione e le gare ad evidenza pubblica.

Tale conclusione, cui si è pervenuti nello scrutinio concernente la procedura amministrativa di autorizzazione al lavoro dei cittadini extracomunitari e neo-comunitari, risulta avvalorata, a parere del collegio, dalla considerazione secondo cui la scelta di riservare a Poste Italiane s.p.a. gli invii raccomandati attinenti alle procedure amministrative e giudiziarie fosse rivolta alla adeguata soddisfazione di ineludibili esigenze di certezza e di uniformità in settori di particolare delicatezza.

E tale conclusione può, quindi, raggiungersi anche nel caso di specie, risultando i servizi postali raccomandati da effettuarsi per le sedi INAIL della Lombardia senz'altro soggetti alla menzionata riserva assoluta di Poste Italiane in quanto afferenti l'attività della pubblica amministrazione ed in considerazione delle ineludibili esigenze di certezza e di uniformità in un settore di particolare delicatezza che la riserva è rivolta a soddisfare.

Né convince l'assunto dell'amministrazione intimata, per il quale tale riserva sarebbe stata posta nel nulla dalla successiva direttiva 2008/6/CE del 20 febbraio 2008 perché in contrasto con il principio della libera concorrenza.

Premesso che lo Stato Italiano dovrà provvedere ad attuare tale direttiva entro il 31 dicembre 2010 e, perciò, che la stessa è inapplicabile alla fattispecie in questione, in ogni caso, al 55° considerando, la medesima prevede che durante il periodo di attuazione gli Stati membri possono continuare a riservare i servizi specificati nella direttiva 97/67/CE, dunque anche quelli in questione.

Deve, poi, osservarsi che, nelle more del presente giudizio, è stata pubblicata la legge comunitaria per l'anno 2009 (legge 4 giugno 2010, n. 96) che, nel delegare il governo per l'attuazione della direttiva 2008/6/CE in materia di completamento del mercato interno dei servizi postali comunitari, al comma 2 dell'art. 37 sottrae espressamente quanto previsto dall'art. 8 della direttiva 97/67/CE, mantenendo, dunque, ferma la riserva assoluta per gli invii raccomandati attinenti a procedure amministrative e giudiziarie.

Per le suesposte considerazioni, il ricorso ed i motivi aggiunti vanno accolti relativamente al solo servizio di posta raccomandata, con il conseguente annullamento di tutti gli atti impugnati, sempre esclusivamente in relazione a tale determinato servizio.

Le spese seguono in parte la soccombenza, tra la ricorrente e

l'amministrazione intimata, e si liquidano come in dispositivo, mentre si ritiene di compensarle tra parte ricorrente e la società controinteressata, in considerazione della particolarità della fattispecie oggetto della controversia.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Prima)

Accoglie in parte il ricorso in epigrafe, unitamente al ricorso per motivi aggiunti.

Condanna l'amministrazione resistente al pagamento delle spese di giudizio nei confronti della ricorrente, che si liquidano in euro 4.000, oltre ad oneri di legge e al rimborso del contributo unificato. Compensa le spese tra parte ricorrente ed il controinteressato non costituito.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 13 ottobre 2010 con l'intervento dei magistrati:

Elena Quadri, Presidente FF, Estensore

Hadrian Simonetti, Referendario

Laura Marzano, Referendario

IL PRESIDENTE, ESTENSORE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 26/10/2010

IL SEGRETARIO

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

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

IL FUNZIONARIO