



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia
(Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1564 del 2012, proposto da:

- TNT Post Italia S.r.l., in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentata e difesa dagli Avv.ti Stefano Vinti, Dario Capotorto, Manuela Teoli e Renato Ferola, ed elettivamente domiciliata presso lo studio di quest'ultimo in Milano, Via Carlo Freguglia n. 4;

contro

- l'Azienda Sanitaria Locale di Milano, in persona del Direttore Generale pro-tempore, rappresentata e difesa dall'Avv. Vincenzo Avolio, ed elettivamente domiciliata presso lo studio dello stesso in Milano, Viale Gian Galeazzo n. 16;

nei confronti di

- CT Service S.r.l., ora Smmartpost Milano S.r.l., in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentata e difesa dall'Avv. Vincenzo Mulé, ed elettivamente domiciliata presso lo studio dello stesso in Milano, Via Pietro Mascagni n. 7;

per l'annullamento

- della nota prot. 22251 del 15 maggio 2012 con cui l'A.S.L. di Milano, ai sensi dell'art. 79 del D. Lgs n. 163 del 2006 ha comunicato a TNT Post Italia s.p.a. l'aggiudicazione definitiva dell'appalto per l'affidamento del servizio di spedizione e consegna della corrispondenza dell'Azienda Sanitaria Locale di Milano alla società CT Service S.r.l.;

- della allegata deliberazione n. 676 del 9 maggio 2012;

- dei verbali n. 42 del 7 febbraio 2012, n. 44 dell'8 febbraio 2012, n. 48 del 13 marzo 2012 e n. 50 del 22 marzo 2012;

- del silenzio serbato dalla Stazione appaltante in merito all'informativa ex art. 243 bis del D. Lgs. n. 163 del 2006;

- della nota dell'A.S.L. di Milano prot. 25135 del 30 maggio 2012, con cui è stato negato l'accesso alla documentazione di comprova presentata dall'attuale aggiudicataria;

- di tutti gli atti connessi, antecedenti e conseguenti;

- e per la condanna della Stazione appaltante a disporre il risarcimento in forma specifica in favore della ricorrente.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'A.S.L. di Milano e di Smmartpost Milano S.r.l.;

Vista l'ordinanza n. 1117/2012 con cui è stata accolta la domanda di sospensione dell'esecuzione dei provvedimenti impugnati e fissata l'udienza pubblica per la trattazione del merito della controversia;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

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

Designato relatore il primo referendario Antonio De Vita;

Uditi, all'udienza pubblica del 29 gennaio 2013, i procuratori delle parti, come specificato nel verbale;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue.

FATTO

Con ricorso notificato in data 8 giugno 2012 e depositato il 19 giugno successivo, la società ricorrente ha impugnato la nota prot. 22251 del 15 maggio 2012 con cui l'A.S.L. di Milano, ai sensi dell'art. 79 del D. Lgs n. 163 del 2006 le ha comunicato l'aggiudicazione definitiva dell'appalto per l'affidamento del servizio di spedizione e consegna della corrispondenza dell'Azienda Sanitaria Locale di Milano alla società CT Service s.r.l., chiedendo altresì il risarcimento in forma specifica.

A sostegno del ricorso sono state dedotte le censure di violazione e falsa applicazione della lex di gara, di mancanza dei requisiti di partecipazione richiesti a pena di esclusione, di violazione e falsa applicazione dell'art. 39 del D. Lgs. n. 163 del 2006, di violazione e falsa applicazione del D. Lgs. n. 261 del 1999, di violazione e falsa applicazione del principio della par condicio, di eccesso di potere per difetto di istruttoria, di illogicità irragionevolezza e ingiustizia manifesta.

La società aggiudicataria sarebbe priva della licenza individuale, espressamente richiesta dall'art. 6, punto 1 del Capitolato speciale, quale requisito di partecipazione; inoltre non sarebbe in possesso nemmeno dell'autorizzazione generale, non potendosi ritenere a tale fine sufficiente una istanza presentata al Ministero dello Sviluppo Economico che si riferirebbe all'estensione di un'autorizzazione generale posseduta dalla società Smmartpost, cui la controinteressata aggiudicataria sarebbe legata tramite un semplice contratto di affiliazione commerciale.

Vengono poi dedotti la violazione e falsa applicazione della lex di gara, la mancanza dei requisiti di capacità economica e finanziaria nonché tecnica e professionale richiesti a pena di esclusione, la violazione e falsa applicazione degli artt. 40 e 41 del D. Lgs. n. 163 del 2006, la violazione e falsa applicazione del principio della par condicio, l'eccesso di potere per difetto di istruttoria, l'illogicità, irragionevolezza e ingiustizia manifesta.

L'aggiudicataria sarebbe priva del fatturato specifico, ossia del fatturato ottenuto tramite forniture identiche o analoghe nell'ultimo triennio per un importo almeno pari alla base d'asta. Infatti, il contratto di avvalimento stipulato con la società Hermes Security Express s.r.l. non sarebbe idoneo in tal senso, atteso che quest'ultima avrebbe effettuato soltanto attività di trasporto valori e non anche di corrispondenza.

Infine vengono dedotte le censure di violazione e falsa applicazione della lex di gara, di violazione e falsa applicazione dell'art. 49 del D. Lgs. n. 163 del 2006, di invalidità e insufficienza del contratto di avvalimento, di violazione e falsa applicazione del principio della par condicio, di eccesso di potere per difetto di istruttoria, di illogicità, irragionevolezza e ingiustizia manifesta.

Il contratto di avvalimento utilizzato dall'aggiudicataria per qualificarsi sarebbe inidoneo a garantire la qualificazione di quest'ultima sia perché non sarebbe stato messo a disposizione, rispetto al triennio di riferimento, il fatturato specifico ma solo quello globale, sia perché non sarebbe stato indicato il corrispettivo per tale prestazione, rendendola quindi priva di causa.

Si sono costituite in giudizio l'A.S.L. di Milano e Smmartpost Milano S.r.l., che hanno chiesto il rigetto del ricorso. Con ordinanza n. 1117/2012 è stata accolta la domanda di sospensione dell'esecuzione dei provvedimenti impugnati e fissata l'udienza pubblica per la trattazione del merito della controversia. In data 18 gennaio 2013 è stata depositata in giudizio una memoria di costituzione per mezzo di un nuovo difensore da parte della controinteressata Smmartpost Milano S.r.l. In prossimità dell'udienza di trattazione del merito della controversia, le parti hanno depositato memorie a sostegno delle rispettive posizioni. Alla pubblica udienza del 29 gennaio 2013, su conforme richiesta dei procuratori delle parti, il ricorso è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

1. Il ricorso è fondato.
2. Con la prima censura del ricorso si assume l'illegittimità del provvedimento di aggiudicazione in favore della controinteressata CT Service s.r.l., in ragione del mancato possesso in capo alla stessa sia della licenza individuale, espressamente richiesta dall'art. 6, punto 1 del Capitolato speciale, quale requisito di partecipazione, sia dell'autorizzazione generale, non potendosi ritenere a tal fine sufficiente una istanza presentata al Ministero dello Sviluppo Economico che si riferirebbe all'estensione di un'autorizzazione generale posseduta dalla società Smmartpost, cui la controinteressata aggiudicataria sarebbe legata tramite un semplice contratto di affiliazione commerciale.
 - 2.1. La doglianza, nella prima parte, è fondata.

L'art. 6, punto 1, del capitolato speciale stabilisce che "l'aggiudicatario dovrà dimostrare (...) il possesso della licenza individuale".

Tale licenza individuale è necessaria per effettuare i servizi postali rientranti nel servizio universale offerto da Poste Italiane (invii fino a 2 kg e pacchi fino a 20 kg), ma non tra quelli riservati alla stessa in via esclusiva (art. 5 del D. Lgs. n. 261 del 1999).

L'aggiudicataria non risulta in possesso, e conseguentemente non ha reso nemmeno la relativa dichiarazione, di tale requisito, previsto esplicitamente dal Capitolato speciale d'appalto al fine di poter svolgere il servizio richiesto – come specificato dall'art. 1 del predetto Capitolato – pur trattandosi di un elemento essenziale dell'offerta. In tal senso non appare condivisibile l'assunto difensivo, sostenuto sia della Stazione appaltante che della controinteressata, secondo cui il possesso dell'autorizzazione generale – di cui pure è controversa la sussistenza nel caso di specie – basterebbe a soddisfare quanto richiesto in sede di Capitolato speciale. Difatti, l'oggetto dell'appalto riguarda tutti gli invii relativi a qualsiasi fascia di grammatura – pertanto anche quella inferiore ai 2 kg – e richiama a tal fine gli standard del concessionario universale del servizio postale, ossia Poste Italiane, che si riferiscono specificamente ai servizi effettuabili con licenza individuale (art. 1 del Capitolato speciale).

In tal caso appare evidente che ci si trovi al cospetto di "un elemento essenziale dell'offerta a norma dell'art. 46 co. 1 bis del Codice dei contratti, la cui mancanza rende la stessa incompleta e come tale, già di per solo, suscettibile di esclusione" (Consiglio di Stato, III, 28 agosto 2012, n. 4622; similmente VI, 21 gennaio 2013, n. 311).
 - 2.2. Di conseguenza, la mancanza del predetto requisito in capo all'aggiudicataria rende illegittima l'attribuzione alla stessa dell'appalto oggetto del presente contenzioso.
3. Ciò determina, previo assorbimento delle restanti censure, l'accoglimento del ricorso e l'annullamento degli atti con lo stesso ricorso impugnati.
4. In conseguenza di ciò, sussistendone tutte le condizioni legali, l'appalto deve essere aggiudicato e affidato alla ricorrente, non risultando ancora stipulato il contratto tra la Stazione appaltante e l'aggiudicataria Smmartpost

Milano. A tal fine la disposta reintegrazione in forma specifica deve ritenersi pienamente idonea a soddisfare l'interesse azionato in questo giudizio da parte della società TNT Post Italia.

5. Le spese seguono la soccombenza e si liquidano in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Terza), definitivamente pronunciando, accoglie il ricorso indicato in epigrafe e, per l'effetto, annulla gli atti con lo stesso ricorso impugnati con gli effetti indicati in motivazione.

Condanna solidalmente l'Azienda Sanitaria Locale di Milano la controinteressata Smmartpost Milano S.r.l. al pagamento delle spese di giudizio in favore della ricorrente nella misura complessiva di € 4.000,00 (quattromila/00), oltre I.V.A. e C.P.A., come per legge; dispone altresì la rifusione del contributo unificato sempre a favore della ricorrente e a carico delle parti resistenti.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del 29 gennaio 2013 con l'intervento dei magistrati:

Adriano Leo, Presidente

Alberto Di Mario, Primo Referendario

Antonio De Vita, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 05/02/2013

IL SEGRETARIO

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