TAR CALABRIA di CATANZARO - SENTENZA 16 giugno 2009, n.655

Sul ricorso numero di registro generale 231 del 2009, proposto da:
XXX S.r.l., rappresentato e difeso dall'avv. C. G., con domicilio eletto presso C. G., in Catanzaro, via degli A., x;

contro

Comune di Catanzaro in Persona del Sindaco P.T., rappresentato e difeso dagli avv. G. C., A. D.S., S.D., con domicilio eletto presso G. C. in Catanzaro, Uff.Leg. Comune di Cz. via J.;

nei confronti di

Ati YYY S.r.l., rappresentato e difeso dall'avv. G.I., con domicilio eletto presso G.I. in Catanzaro, via C.,x;
ZZZ S.r.l.;

per l'annullamento, previa sospensione dell'efficacia,

della determina dirigenziale n. 6838 del 30.12.2008 relativa all'approvazione del verbale della gara di appalto del servizio di custodia, conduzione e manutenzione della rete idrica Comunale-Periodo 01.01.2009-31.12.2009 esperita in data 23.12.2008 nonché al verbale di esito finale della gara di appalto del 23.12.2008 e a tutti gli altri presupposti e consequenziali.
Visto il ricorso con i relativi allegati;
Visto l'atto di costituzione in giudizio di Comune di Catanzaro in Persona del Sindaco P.T.;
Visto l'atto di costituzione in giudizio di Ati YYY S.r.l.;
Viste le memorie difensive;
Visti tutti gli atti della causa;
Relatore nell'udienza pubblica del giorno 08/05/2009 il dott. Vincenzo Lopilato e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO e DIRITTO

1.– Con ricorso regolarmente notificato e depositato la ricorrente ha esposto di avere partecipato alla gara di appalto relativa al servizio di custodia, conduzione e manutenzione della rete idrica comunale (periodo 1° gennaio 2009-31 dicembre 2009) presso l'amministrazione comunale di Catanzaro.
La ricorrente si posizionava al secondo posto. L'appalto veniva aggiudicato alla contro interessata Ati YYY.
1.1.– Con il presente ricorso si deduce la illegittimità di tale aggiudicazione per "eccesso di potere-travisamento e violazione di legge".
In particolare, si osserva che al punto 1) del disciplinare di gara è espressamente stabilito che la domanda di gara doveva essere inoltrata, a pena di esclusione, a mezzo raccomandata con avviso di ricevimento o posta celere da eseguirsi presso l'ufficio postale o a mezzo di agenzie di recapito autorizzate.
Nella specie, invece, l'impresa aggiudicataria avrebbe presentato la domanda mediante l'"autoprestazione postale" prevista dall'art. 8 del d.lgs. n. 261 del 1999 che consente, senza autorizzazione, la prestazione di servizi postali da parte della persona fisica o giuridica che è all'origine della corrispondenza oppure da parte di un terzo che agisce esclusivamente in nome e nell'interesse dell'autoproduttore.
Tale modalità di presentazione, si adduce, non era consentita dalla lex specialis con la conseguente illegittimità della partecipazione da parte della controinteressata. Sul punto si rileva come "al fine di ammettere la possibilità dell'autoprestazione postale

l’amministrazione avrebbe dovuto indicare esplicitamente i giorni e gli orari per la ricezione dei plichi”.
Inoltre, si aggiunge come neanche la procedura di autoprestazione sarebbe stata seguita “in quanto l’Ati YYY ha volontariamente ritirato, presso l’ufficio postale, il plico raccomandato regolarmente inviato in data 19 dicembre 2008 e quindi ben tre giorni prima della scadenza”.
2.— Si è costituita l’amministrazione comunale chiedendo il rigetto del ricorso in quanto “non essendo l’autoprestazione espressamente esclusa, la stessa debba essere considerata ammessa”. Si osserva, inoltre, che l’art. 9, comma 5-bis, del d.lgs. n. 157 del 1995, introdotto dall’art. 7, comma 2, del d.lgs. n. 65 del 2000 in attuazione delle direttive n. 97/52/CE e 98/4/CE “ha previsto, con una disposizione che deve essere ritenuta espressione di un principio generale, che le offerte possono essere recapitate sia direttamente sia a mezzo posta e che, pertanto, deve essere sempre consentito ai partecipanti di fare ricorso all’autoprestazione”.
3.— Si è costituita la società controinteressata chiedendo il rigetto del ricorso per gli analoghi motivi indicati dalla difesa dell’amministrazione resistente. Con successiva memoria la stessa società, tra l’altro, ha fatto presente che medio tempore sia stato stipulato il contratto.
4.— Con ordinanza n. 279 del 2009 questo Tribunale ha accolto la domanda cautelare sul presupposto che “il disciplinare di gara prevede che le offerte devono essere presentate a mezzo raccomandata con avviso di ricevimento o a mezzo di posta celere tramite agenzie di recapito autorizzate” e “ che “nella specie l’ATI YYY non ha presentato l’offerta nel rispetto di tale specifica modalità procedimentale”.
5.— Successivamente alla predetta decisione cautelare, la controinteressata ha presentato ricorso incidentale con cui si è dedotta la illegittimità della clausola del disciplinare, che esclude tra le modalità di presentazione dell’offerta l’autoprestazione, per violazione dell’art. 8 del d.lgs. n. 261 del 1999, dell’art. 9, comma 5-bis, del d.lgs. n. 157 del 1995, dell’art. 77 del d.lgs. n. 163 del 2006, nonché per eccesso di potere sotto il profilo della illogicità manifesta e della irragionevolezza, per avere limitato senza alcuna ragione giustificatrice, le modalità di presentazione delle offerte.
In sintesi, si deduce che dalla lettura delle predette disposizioni sia ricavabile un principio generale secondo cui l’autoprestazione deve ritenersi equivalente alla trasmissione a mezzo del servizio postale ciò anche al fine di assicurare la massima partecipazione degli operatori del mercato. Inoltre, sarebbe irragionevole una clausola che conduce all’esclusione di una offerta “economicamente e tecnicamente più vantaggiosa, per un futile motivo, costituito dalla modalità di comunicazione dell’offerta, sebbene quest’ultima si sia rilevata, nella procedura di gara ad evidenza pubblica, la più appropriata”. Sul punto si rileva, a sostegno di tale ultimo assunto, che il Comune di Catanzaro, avendo un “protocollo elettronico” per la ricezione degli atti, non avrebbe motivo di utilizzare il “servizio postale per acquisire la certezza della data”.
6.— Anche l’amministrazione ha depositato una memoria chiedendo il rigetto sia del ricorso principale sia del ricorso incidentale, sul presupposto che la lex specialis già consentirebbe la presentazione dell’offerta mediante il sistema dell’autoprestazione.
7.— Da quanto sin qui esposto in punto di fatto, si desume come la ricorrente adduca la illegittimità dell’aggiudicazione disposta a favore della società controinteressata per avere la stessa fatto

pervenire la propria offerta alla stazione appaltante con il sistema della cosiddetta autoprestazione non autorizzata dalla lex specialis.
In effetti, nella specie il disciplinare di gara stabilisce che le offerte possono essere presentate, a pena di esclusione, a mezzo raccomandata con avviso di ricevimento o posta celere o tramite agenzie di recapito autorizzate.
L'amministrazione ha, pertanto, escluso, richiamando le suindicate modalità procedimentali, che la presentazione della domanda di partecipazione potesse avvenire mediante il descritto sistema della autoprestazione (Tale Campania, Salerno, sez. I, 17 giugno 2007, n. 743).
7.1.— Nondimeno, l'analisi nel merito del ricorso principale non può essere svolta in quanto deve ritenersi fondato il ricorso incidentale, con cui si assume la illegittimità della clausola del disciplinare che implicitamente ha escluso la possibilità che i partecipanti alla procedura concorsuale si avvalgano della autoprestazione.
Sul punto deve rilevarsi come l'art. 8 del decreto legislativo n. 261 del 1999 (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) dispone che "è consentita senza autorizzazione la prestazione di servizi postali da parte di persona fisica o giuridica che è all'origine della corrispondenza (autoprestazione) oppure da parte di un terzo che agisce esclusivamente in nome e nell"interesse dell'autoproduttore".
Dalla lettura della norma si evince chiaramente che il legislatore abbia ritenuto l'autoprestazione una species nell'ambito del genus "prestazione di servizi postali". La giurisprudenza amministrativa ha, infatti, già avuto modo di affermare, con orientamento che questo Collegio condivide, che si tratta "di una modalità di consegna che, pur non prevedendo il servizio di trasporto della corrispondenza, permette di fruire comunque delle garanzie proprie della prestazione del servizio postale, ed in particolare della certezza della data di invio e del contenuto del plico" (Consiglio di Stato, Sezione V, 5 settembre 2005, n. 4485; Tar Valle d'Aosta, sez. I, 10 luglio 2008, n. 65; in questo senso si è espressa anche l'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici, con deliberazione 30 maggio 2007, n. 175).
Ne consegue che la clausola del disciplinare deve ritenersi in contrasto con il citato art. 8 del d.lgs. n. 261 del 1999.
Sotto altro concorrente profilo deve rilevarsi come siffatta clausola sia irragionevole. L'esclusione di tale modalità viola, infatti, mancando una qualche ragione giustificava (avuto riguardo alle concrete modalità di effettuazione dell'autoprestazione), il principio generale della massima partecipazione concorsuale degli operatori economici e conseguentemente i principi comunitari della libera concorrenza strumentali all'attuazione della libera circolazione delle persone e delle merci.
E' bene, infine, aggiungere che le conclusioni sin qui esposte non possono essere infirmate dal rilievo contenuto nel ricorso principale secondo cui la controinteressata non avrebbe neanche osservato le modalità di presentazione dell'offerta mediante autoprestazione. Il motivo è generico e comunque, alla luce dei documenti acquisiti agli atti del processo, infondato.
8.— Sussistono giusti motivi per compensare integralmente tra le parti le spese del giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria, Sezione Seconda, definitivamente pronunciando:

a) accoglie il ricorso incidentale proposto da Ati YYY s.r.l.;

b) dichiara inammissibile il ricorso principale proposto da XXX s.r.l.
Spese compensate.
Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.