

Pubblicato il 22/01/2025

N. 00159/2025 REG.PROV.COLL.
N. 01514/2022 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 Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1514 del 2022, proposto da
Tech Servizi s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*,
rappresentato e difeso dall'avvocato Stefano Scimeca, con domicilio
digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Comune di Palermo, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e
difeso dall'avvocato Caterina Grasso, con domicilio digitale come da PEC
da Registri di Giustizia;

nei confronti

Seden s.r.l. unipersonale, in persona del legale rappresentante *pro tempore*,
rappresentato e difeso dall'avvocato Pasquale Cristiano, con domicilio
digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

- della determinazione dirigenziale n. 7098 del 1° agosto 2022 con la quale
il Comune di Palermo ha approvato la proposta di aggiudicazione
formulata dalla Commissione di gara con verbale n. 28 del 25 luglio 2022

per la fornitura di veicoli e beni relativi all'intervento PON Metro "Città di Palermo" 2014 – 2020 – REACT/EU – Asse 6 – Progetto Codice locale Pa6.1.4.a – PG 2030 *"Transazione verde della città di Palermo attraverso la modernizzazione e il potenziamento del sistema di raccolta differenziata attraverso l'implementazione del sistema di trasporto, di attrezzature ed isole ecologiche smart"* e ha autorizzato l'affidamento in via d'urgenza e l'impegno di spesa, pubblicata il 1° agosto 2022 e notificata il 5 agosto 2022;

- del bando europeo del 7 dicembre 2021, avente ad oggetto la fornitura di isole ecologiche smart per il sistema di raccolta differenziata – PON Metro Palermo 2014 – 2020 – REACT/EU – Asse 6 – Progetto Codice locale Pa6.1.4.a – PG 2030, da aggiudicare con il criterio dell'offerta economicamente vantaggiosa, pubblicato il 7 dicembre 2021 sulla GU/S237;

- della determinazione dirigenziale n. 12079 del 17 novembre 2021 (comprensiva degli allegati ivi indicati) con la quale il Comune di Palermo ha approvato il progetto di fornitura di veicoli e beni relativi all'intervento PON Metro "Città di Palermo" 2014 – 2020 – REACT/EU – Asse 6 – Progetto Codice locale Pa6.1.4.a – PG 2030 *"Transazione verde della città di Palermo attraverso la modernizzazione e il potenziamento del sistema di raccolta differenziata attraverso l'implementazione del sistema di trasporto, di attrezzature ed isole ecologiche smart"*, pubblicata il 17 luglio 2021;

- della determinazione dirigenziale n. 12538 del 26 novembre 2021 con la quale il Comune di Palermo ha provveduto alla modifica/integrazione della determinazione dirigenziale n. 12079 del 17 novembre 2021 e contestualmente alla riapprovazione dei disciplinari di gara, pubblicata il 26 novembre 2021;

- della determinazione dirigenziale n. 480 del 19 gennaio 2022 con la quale il Comune di Palermo ha provveduto alla riapprovazione dei capitolati

speciali d'appalto (contenente, altresì, la proroga dei termini di presentazione dell'offerta), pubblicata il 19 gennaio 2022;

- della determinazione dirigenziale n. 3524 del 5 aprile 2022 con la quale il Comune di Palermo ha preso atto della nomina del Presidente di gara e dei Componenti esterni, pubblicata il 5 aprile 2022;
- della determinazione dirigenziale n. 5003 del 17 maggio 2022 con la quale il Comune di Palermo ha approvato i verbali della Commissione di gara, dal n. 1 al n. 9, pubblicata il 17 maggio 2022;
- della comunicazione del 5 agosto 2022 con la quale è stata comunicata l'approvazione dei verbali di gara dal numero 11 al 28 e delle proposte di aggiudicazione per diversi lotti, pubblicata sul sito istituzionale del Comune di Palermo il 5 agosto 2022 e notificata in pari data;
- ove occorra, dei verbali di gara n. 1 del 13 aprile 2022, n. 2 del 22 aprile 2022, n. 3 del 28 aprile 2022, n. 4 del 29 aprile 2022, n. 5 del 4 maggio 2022, n. 6 del 6 maggio 2022, n. 7 dell'11 maggio 2022, n. 8 del 12 maggio 2022, n. 9 del 17 maggio 2022, n. 20 del 1° luglio 2022, n. 25 del 14 luglio 2022, n. 26 del 19 luglio 2022, n. 26 del 19 luglio 2022, n. 28 del 25 luglio 2022 2022, approvati con determinazione dirigenziale n. 5003 del 17 maggio 2022, pubblicata in pari data;
- ove occorra, del verbale di presentazione dell'offerta n. G01126 del 14 marzo 2022;

e per l'accertamento del diritto della ricorrente a ottenere l'aggiudicazione del lotto 23 e per la condanna dell'amministrazione resistente al risarcimento del danno, in via preferenziale, in forma specifica mediante la suddetta aggiudicazione o, in caso di stipula del contratto, previa inefficacia, di subentro; oppure mediante rinnovazione della procedura di gara e, in via subordinata, per equivalente.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Palermo e della controinteressata Seden s.r.l. unipersonale;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 10 gennaio 2025 il dott. Marco Maria Cellini e assunta la causa in decisione come specificato nel verbale;

FATTO e DIRITTO

Con bando di gara del 7 dicembre 2021, il Comune di Palermo indiceva una procedura aperta per la fornitura di isole ecologiche smart finalizzata a implementare il sistema di raccolta differenziata nell'ambito del PON Metro Palermo 2014 – 2020. La procedura era suddivisa in 23 lotti, per un valore complessivo di oltre 40 milioni di euro.

Tech Servizi s.r.l., società in amministrazione giudiziaria, mandataria di un costituendo RTI con Inpost s.r.l., partecipava alla gara per l'aggiudicazione del lotto n. 23 avente a oggetto il *“piano di consegna di contenitori per la raccolta differenziata destinati alle utenze domestiche e non domestiche ricadenti nelle aree denominate PAP3, PAP4, PAP5 (Rif. Tav. 2 e Tav. 3)”*.

Con riferimento a tale specifico lotto partecipavano due sole concorrenti e, con nota n. 26 del 19 luglio 2022, la Commissione di gara attribuiva alle offerte tecniche il punteggio di 72,50 per la RTI Tech Servizi s.r.l. e di 80,00 per la Seden s.r.l. unipersonale.

In data 27 luglio 2022 la Commissione di gara esaminava anche l'offerta economica di RTI Tech Servizi (con ribasso sulla base d'asta del 2,38%) e di Seden (con ribasso del 8,76%) attribuendo un punteggio, rispettivamente, di 5,434 e di 20,00. Con lo stesso verbale, veniva effettuato il computo definitivo dei punteggi per cui alla RTI Tech Servizi veniva attribuito 77,934 e alla Seden 100.

Con determinazione dirigenziale n. 7098 del 1° agosto 2022 il Comune di Palermo approvava la proposta di aggiudicazione formulata dalla

Commissione di gara e aggiudicava il lotto n. 23 (con altri cinque, differenti, relativi allo stesso bando) alla Seden s.r.l.

Con ricorso ritualmente notificato e depositato, la seconda classificata, Tech Servizi s.r.l., impugnava il detto provvedimento articolando quattro differenti motivi di ricorso e richiedendo la tutela cautelare, a cui successivamente rinunciava con atto del 17 ottobre 2022, precedente alla già prefissata camera di consiglio del 21 ottobre 2022.

Si costituivano in giudizio sia il Comune di Palermo, che la controinteressata Seden s.r.l. la quale, in ultimo, con produzione documentale del 22 novembre 2024, rappresentava che l'esecuzione del contratto era nelle more conclusa, con attestazione di regolare esecuzione della fornitura adottata dalla stazione appaltante.

Con avviso del 24 ottobre 2024, veniva fissata l'udienza pubblica del 10 gennaio 2025 per la discussione del ricorso che, come specificato nel verbale, veniva assunto in decisione.

Con il primo motivo di ricorso, la Tech Servizi s.r.l. impugna l'aggiudicazione disposta in favore della Seden s.r.l. relativamente ai 5 punti a quest'ultima attribuiti dalla stazione appaltante per aver previsto nella propria offerta la *“disponibilità a effettuare la comunicazione a mezzo distribuzione di volantini e brochure”* di cui all'art. 20, punto A4 del disciplinare di gara.

La ricorrente assume che l'aggiudicazione sia illegittima perché assunta in violazione degli artt. 1 e 6 del d.lgs. n. 261 del 22 luglio 1999 in quanto la Seden s.r.l., da visura camerale, non risulta iscritta nell'elenco degli operatori postali e, comunque, non sarebbe in possesso dall'autorizzazione generale per la distribuzione di invii di corrispondenza (come invece imposto dall'art. 6 del d.lgs. citato).

Difatti, secondo la difesa della ricorrente, il piano di consegne richiesto dalla stazione appaltante – nel prevedere il contatto con n. 8.439 indirizzi

specifici, relativi a residenze di n. 8.439 utenti – rientrerebbe negli “*invii postali*” come definiti dall’art. 1 del d.lgs. citato.

Il motivo è infondato.

Il Collegio ritiene, al contrario di quanto esposto dal ricorrente, che la mansione di consegna di kit informativi sulla raccolta differenziata anche relativamente all’utilizzo dei mastelli non rientri nel perimetro dell’art. 1, comma 2, lett. f) del d.lgs. n. 261/1999 che vi include specificamente solo “*l’invio, nella forma definitiva al momento in cui viene preso in consegna dal fornitore di servizi postali; si tratta, oltre agli invii di corrispondenza, di libri, cataloghi, giornali, periodici e similari nonché di pacchi postali contenenti merci con o senza valore commerciale*”.

Inoltre, rispetto al peculiare contesto della procedura, le stesse modalità della distribuzione previste, cioè “*in occasione delle consegne [dei mastelli], o ad integrazione di queste*” (art. 20, punto A4 del disciplinare di gara), esclude che l’aggiudicataria abbia dovuto predisporre un servizio a rete o si sia altrimenti servita della rete di servizi postali per assolvere a un criterio individuato legittimamente non come requisito di partecipazione, ma come punteggio aggiuntivo all’offerta tecnica.

Da quanto rappresentato, discende l’infondatezza anche della subordinata domanda di annullamento del disciplinare di gara, pure argomentata dal ricorrente, nella parte in cui – per quanto detto, quindi, legittimamente – non prevede tra i requisiti di partecipazione il possesso dell’autorizzazione generale ai servizi postali richiesta dall’art. 6 del d.lgs. n. 261/1999.

Con il secondo motivo di ricorso, la parte ricorrente lamenta l’illegittimità dell’aggiudicazione anche perché adottata in violazione dell’art. 88 del d.lgs. 30 aprile 1992, n. 285 in relazione all’art. 1, comma 3 della 6 giugno 1974, n. 298 in quanto per la distribuzione di bidoni e mastelli, oggetto della fornitura messa a bando, sarebbe necessaria l’iscrizione nell’albo degli autotrasportatori conto terzi; iscrizione non assolta dall’aggiudicataria.

Anche tale motivo – che, contrariamente all’eccezione della controinteressata, è comunque tempestivamente proposto perché non è vi è più un onere di autonoma impugnazione delle ammissioni dei partecipanti alla gara – è infondato.

Il Collegio ritiene che per la consegna di mastelli e bidoni, fornitura prevista dal bando, non sia necessaria l’iscrizione nell’albo nazionale degli autotrasportatori di cose per conto di terzi perché, come si desume dall’interpretazione letterale dell’art. 88 comma 1 del d.lgs. n. 286/1992, detto incombente è prescritto “*quando l’imprenditore si obbliga, dietro corrispettivo, a prestare i servizi di trasporto ordinati dal mittente*”: il riferimento all’istituto dell’imprenditore (di cui all’art. 2082 c.c.) fa ritenere che la disciplina delineata nel codice della strada sia riferibile unicamente al soggetto che in maniera professionale, dunque continuativa, sistematica e non occasionale trasporti cose per conto di terzi.

L’interpretazione invece patrocinata dal ricorrente finisce per richiedere l’iscrizione all’albo degli autotrasportatori per ogni soggetto di diritto che occasionalmente, per l’espletamento (come nel caso di specie) della principale obbligazione di fornitura di cose, si trovi anche a trasportare degli oggetti: un’impostazione, questa, oltre che giuridicamente insostenibile per quanto illustrato, anche illogica.

Da quanto rappresentato, discende l’infondatezza anche della subordinata domanda di annullamento del disciplinare di gara, pure argomentata dal ricorrente, nella parte in cui – per quanto detto, quindi, legittimamente – non prevede tra i requisiti di partecipazione il possesso dell’iscrizione all’albo previsto dalla l. n. 298/1974.

Con il terzo motivo di ricorso, la Tech Servizi s.r.l. evidenzia l’illegittimità dell’aggiudicazione per violazione dell’art. 80 del d.lgs. n. 50/2016, *ratione temporis* applicabile alla fattispecie in esame, perché l’aggiudicataria avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara per un’irregolarità contributiva pari a euro 49.468,94 (INPS) e 151,34 (INAIL) riferibile a LU.PA. s.r.l.,

società con la quale la Seden s.r.l. ha stipulato in data 5 novembre 2019 un contratto di affitto di azienda.

Il motivo è infondato.

In disparte ogni questione sull'interpretazione dell'art. 80, comma 4 del d.lgs. n. 40/2016, il Collegio ritiene dirimente evidenziare che le irregolarità contributive cui fa cenno la ricorrente sono riferibili – per stessa ammissione della difesa della Tech Servizi s.r.l. – alla società LU.PA. s.r.l., differente dalla Seden s.r.l.

Non soccorre, al fine di ricostruire un obbligo dichiarativo in capo alla Seden relativamente alle pendenze tributarie della LU.PA., nemmeno la circostanza che tra le due società sia in corso un contratto di affitto di azienda perché la legge prescrive l'esclusione (automatica o c.d. procedimentale) dalla gara solo per i *partecipanti* alla stessa che abbiano commesso violazioni contributive gravi: la LU.PA. s.r.l. non ha partecipato in senso tecnico alla procedura in esame, nemmeno per mezzo di un istituto proconcorrenziale previsto dal codice.

Con il quarto motivo di ricorso, la Tech Servizi s.r.l. lamenta l'illegittimità dell'aggiudicazione perché adottata in violazione dell'art. 105 del d.lgs. n. 50/2016 in quanto l'aggiudicataria non avrebbe indicato nell'offerta tecnica il soggetto al quale subappaltare il servizio di “*magazzino e attività di logistica*”.

Il motivo è infondato.

Al riguardo, e in senso assorbente, il Collegio osserva che l'art. 105 del d.lgs. n. 50/2016 non prevede alcun obbligo di indicazione, a pena di esclusione e in sede di formulazione dell'offerta, del nominativo del subappaltatore, né il servizio di magazzino rientra in una delle categorie per cui è vietato il subappalto, né è indicato come categoria prevalente negli atti di gara.

Difatti, come evidenziato dalla giurisprudenza, “*l'indicazione del nominativo del subappaltatore già in sede di presentazione dell'offerta non*

è obbligatoria, neanche nell'ipotesi in cui il concorrente non possieda la qualificazione nelle categorie scorporabili" (Cons. Stato, ad. plen., 2 novembre 2015, n. 9). La tesi contraria, patrocinata dal ricorrente, comporta *"una confusione tra avvalimento e subappalto, nella misura in cui attrae il rapporto con l'impresa subappaltatrice nella fase della gara, anziché in quella dell'esecuzione dell'appalto, con ciò assimilando due istituti che presentano presupposti, finalità e regolazioni diverse, ma senza creare il medesimo vincolo dell'avvalimento e senza assicurare, quindi, alla stazione appaltante le stesse garanzie contrattuali da esso offerte"* (ancora, Cons. Stato, ad. plen., 2 novembre 2015, n. 9) e determina una distorsione del mercato dei lavori pubblici, *"nella misura in cui costringe le imprese concorrenti a scegliere una (sola) impresa subappaltatrice, già nella fase della partecipazione alla gara, mediante l'imposizione di un onere partecipativo del tutto sproporzionato e gravoso"* (di nuovo, Cons. Stato, ad. plen., 2 novembre 2015, n. 9).

Al rigetto della domanda di annullamento consegue la medesima sorte per le conseguenti domande di risarcimento del danno in forma specifica e per equivalente.

Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, nei sensi di cui in motivazione, lo respinge.

Condanna la ricorrente alla refusione delle spese di lite in favore della controinteressata Seden s.r.l. unipersonale e del Comune di Palermo, da liquidarsi in totali euro 2.000,00 (duemila/00) oltre IVA, CPA e accessori di legge.

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

Così deciso in Palermo nella camera di consiglio del giorno 10 gennaio 2025 con l'intervento dei magistrati:

Roberto Valenti, Presidente

Raffaella Sara Russo, Primo Referendario

Marco Maria Cellini, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Marco Maria Cellini

IL PRESIDENTE
Roberto Valenti

IL SEGRETARIO