



*Autorità Nazionale Anticorruzione*

## RELAZIONE AIR

*Determinazione*

*Linee guida per l'affidamento degli appalti pubblici di servizi  
postali*

## INDICE

Introduzione .....	3
Il quadro normativo di riferimento .....	3
L'affidamento dei servizi postali nel Codice dei contratti pubblici .....	4
Le ragioni dell'intervento dell'Autorità .....	6
Esiti attesi delle Linee guida .....	8
Procedure di consultazione effettuate.....	8
Descrizione dettagliata delle criticità riscontrate, possibili correttivi e motivazione della scelta di determinate soluzioni. ....	8
1. Procedure di evidenza pubblica.....	9
2. Oggetto dell'affidamento .....	9
3. Divisione in lotti di recapito.....	16
4. Informazioni presenti nei bandi .....	20
5. Determinazione dell'importo a base di gara.....	21
6. Subappalto.....	22
7. Raggruppamenti temporanei di imprese .....	26
8. Requisiti di partecipazione .....	29
9. Criteri di aggiudicazione.....	37
10. Penali .....	40
11. Responsabilità .....	42

## Introduzione

La presente Relazione AIR, redatta in base all'art. 8 del regolamento «Disciplina dell'analisi di impatto della regolamentazione (AIR) e della verifica dell'impatto della regolamentazione (VIR)» (di seguito denominato regolamento AIR) descrive il contesto normativo, le motivazioni, gli obiettivi e le fasi del procedimento che hanno condotto all'adozione della determinazione «Linee guida per l'affidamento degli appalti pubblici di servizi postali».

## Il quadro normativo di riferimento

Il mercato interno dei servizi postali è stato aperto alla concorrenza grazie ad un graduale processo di liberalizzazione avviato dal legislatore comunitario nel 1997, con la direttiva 97/67/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 15 dicembre 1997 concernente regole comuni per lo sviluppo del mercato interno dei servizi postali comunitari e il miglioramento della qualità del servizio, recepita nel nostro ordinamento dal decreto legislativo 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). La direttiva in parola è stata successivamente modificata da altre due direttive, emanate nel 2002 e nel 2008. La direttiva del 2002, ossia la 2002/39/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 10 giugno 2002 che modifica la direttiva 97/67/CE per quanto riguarda l'ulteriore apertura alla concorrenza dei servizi postali della Comunità, è stata recepita in Italia dal decreto legislativo 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). La direttiva del 2008, vale a dire la 2008/6/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 febbraio 2008, che modifica la direttiva 97/67/CE per quanto riguarda il pieno completamento del mercato interno dei servizi postali comunitari (c.d. terza direttiva postale) è stata recepita nel nostro ordinamento dal decreto legislativo 31 marzo 2011, n. 58 (Attuazione della direttiva 2008/6/CE che modifica la direttiva 97/67/CE). Quest'ultimo decreto legislativo ha portato a compimento la riforma del mercato interno dei servizi postali delineata dalla legge 4 giugno 2010, n. 96 (Legge comunitaria 2009). Infatti, la direttiva del 2003 aveva stabilito un timing per la liberalizzazione progressiva in due fasi:

- dal 1° gennaio 2003 per gli invii di corrispondenza con peso inferiore a 100 grammi;
- dal 1° gennaio 2006 per gli invii di corrispondenza con peso inferiore a 50 grammi.

La terza direttiva postale (2008/6/CE) aveva fissato il termine ultimo per la completa apertura del mercato al 31 dicembre 2010 per la maggioranza degli Stati membri, tra cui l'Italia.

Pertanto, dal 1° gennaio 2011 anche l'Italia non ha più potuto concedere o mantenere in vigore diritti esclusivi per la forniture di servizi postali.

Il d.lgs.58/2011 ha inoltre ridefinito l'ambito del servizio universale<sup>1</sup>, nel quale continuano ad essere compresi la posta fino a 2 kg; i pacchi fino a 20 kg; le raccomandate e le assicurate; la c.d. posta massiva (comunicazioni bancarie, bollette e bollettini di pagamento, ecc.), esclusa la pubblicità diretta per corrispondenza.

In conformità a quanto stabilito dalla terza direttiva postale, il d.lgs. 58/2011 ha abolito altresì la residua quota di monopolio in favore del fornitore del servizio universale, che il novellato art. 23 dello stesso

---

<sup>1</sup> Il servizio universale postale ricomprende una serie di servizi essenziali da fornire, a prezzi accessibili, a tutti gli utenti su tutto il territorio nazionale.

d.lgs. 261/1999 ha individuato in Poste Italiane S.p.A. (di seguito denominata Poste) per i successivi 15 anni, vale a dire fino al 30 aprile 2026.

A Poste, quale fornitore del servizio universale, è stato lasciato il monopolio sulle notificazioni degli atti giudiziari e su quelle relative alle violazioni del codice della strada.

L'art. 4 del d.lgs. 261/1999, nel testo risultante a seguito delle modifiche apportate dall'art. 1 del d.lgs. 58/2011, prevede, infatti, che i servizi inerenti le notificazioni di atti a mezzo posta connesse con la notificazione di atti giudiziari di cui alla legge 20 novembre 1982, n. 890, nonché i servizi inerenti le notificazioni a mezzo posta delle violazioni in materia di codice della Strada di cui all'art. 201 del decreto legislativo 30 aprile 1992, n. 285 sono affidati in regime di esclusiva a Poste, fornitore del servizio universale, per finalità di ordine pubblico.

### **L'affidamento dei servizi postali nel Codice dei contratti pubblici**

Il quadro normativo di riferimento sopra descritto, connotato dalla rimozione del monopolio e dalla liberalizzazione, fa sì che le amministrazioni aggiudicatrici debbano affidare gli appalti pubblici aventi ad oggetto i servizi postali tramite procedure di selezione del contraente basate su principi di evidenza pubblica, compresi quelli rientranti nell'ambito del servizio universale.

La normativa vigente consente, infatti, l'affidamento diretto a Poste solo per le notifiche a mezzo posta degli atti giudiziari e delle violazioni del codice della strada.

Si precisa che i servizi oggetto delle Linee guida sono gli appalti pubblici di servizi postali affidati dalle amministrazioni aggiudicatrici in base alle disposizioni delle Parti I e II del decreto legislativo 12 aprile 2006 n. 163 (di seguito Codice). Esulano pertanto dalle Linee guida i contratti pubblici aventi ad oggetto attività relative alla fornitura di servizi postali di cui all'art. 211 del Codice, rientranti nei settori speciali aggiudicati dagli enti aggiudicatori e disciplinati dalla Parte III del Codice stesso.

Si osserva, inoltre, che nelle gare di servizi postali compaiono accanto ai servizi postali propriamente intesi, che sembrano rientrare nell'ambito dell'Allegato IIA del Codice, anche altri servizi, quali quelli a monte, che sembrano rientrare nell'allegato IIB del Codice stesso.

Infatti, all'interno dell'allegato II A, oltre ai servizi di trasporto<sup>2</sup>, sono ricompresi, nell'ambito della categoria 2<sup>3</sup>, i seguenti servizi: a) servizi di corriere (CPV 64120000-3), servizi di distribuzione postale per corriere (CPV 64121000-0), servizi di consegna postale<sup>4</sup> (CPV 64121100-1) e servizi di consegna colli (CPV64121200-2). In realtà, il numero di riferimento CPC della categoria 2 sembra fare riferimento esclusivamente ai servizi di corriere: il codice CPC 7512 riguarda specificamente i servizi di corriere, mentre i servizi postali propriamente intesi appartengono al CPC 7511.

Si ricorda, però, che secondo la direttiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 31 marzo 2004 (relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi) trasposta integralmente nel Codice, in caso di interpretazione divergente tra CPV e CPC si applica la nomenclatura CPC.

La soluzione della questione non sembra rinvenirsi neanche verificando la dizione del CPV in altre lingue, in quanto in francese si parla di servizi di consegna tramite corriere, mentre in inglese e

---

<sup>2</sup> Vale a dire i servizi elencati con i seguenti CPV 60160000-7 (Trasporti postali su strada), 60161000-4 (Servizi di trasporto colli), 60411000-2 (Servizi di linea di trasporto di posta aerea) e 60421000-5 (Servizi di trasporto aereo non regolare di posta), inseriti nella categoria 4.

<sup>3</sup> La categoria 2 riguarda i «servizi di trasporto terrestre, inclusi i servizi con furgoni blindati e servizi di corriere, ad esclusione del trasporto di posta».

<sup>4</sup> In inglese «mail delivery service».

spagnolo, come in italiano, si parla rispettivamente di «mail delivery service» e «servicios de distribución postal».

La nuova direttiva comunitaria 2014/24/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014 (sugli appalti pubblici, che abroga la direttiva 2004/18/CE) annovera i servizi postali nell'elenco di cui all'Allegato XIV, richiamato dall'art. 74 «Aggiudicazione degli appalti di servizi sociali e di altri servizi specifici» ma non indica espressamente i servizi di cui alla CPV 64121000-0<sup>5</sup>.

Si evidenzia che l'art. 74 è inserito nella direttiva al Capo I del Titolo III (Particolari regimi di appalto) che riserva un regime "alleggerito" a talune tipologie di servizi relativi agli appalti sopra soglia, tra cui appunto i servizi postali. Si ricorda altresì che la direttiva riguarda gli appalti transfrontalieri, per cui le modalità con cui verranno gestite le gare per i servizi di cui all'art. 74 dipenderanno da come la stessa verrà recepita nell'ordinamento italiano e dalle scelte delle stazioni appaltanti.

Si ritiene, infine, che tutti gli altri servizi postali possano rientrare nella Categoria 27 dell'Allegato IIB del Codice, e che pertanto il relativo affidamento sia soggetto all'applicazione degli art. 20, 21 e 27 del Codice stesso<sup>6</sup>, a meno di scelte contrarie da parte dell'amministrazione affidataria (autovincolo).

L'art. 20, comma 1, del Codice prevede che per gli appalti pubblici di servizi elencati nell'Allegato IIB la disciplina codicistica si applica, nei settori ordinari, alle specifiche tecniche (art. 68) e agli avvisi di avvenuta aggiudicazione degli appalti (art. 65). L'Autorità ha avuto modo di chiarire che l'art. 20 è da integrarsi con il successivo art. 27, per il quale l'affidamento dei contratti esclusi, in tutto o in parte, dall'applicazione del Codice, deve avvenire nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, proporzionalità, trasparenza e pubblicità<sup>7</sup>. Infatti, la riconducibilità del servizio appaltato all'Allegato II B del Codice non esonera le amministrazioni aggiudicatrici dall'applicazione dei principi generali in materia di affidamenti pubblici desumibili dalla normativa comunitaria e nazionale. L'Autorità ha, inoltre, sottolineato come, sebbene i servizi rientranti nell'Allegato II B siano soggetti, a stretto rigore, solo alle norme richiamate dall'art. 20 del d.lgs. 163/2006, oltre a quelle espressamente indicate negli atti di gara (in virtù del principio di autovincolo), quando il valore dell'appalto è superiore alla soglia comunitaria è opportuna anche una pubblicazione a livello comunitario, in ossequio al principio di trasparenza (cui è correlato il principio di pubblicità), richiamato dall'art. 27 del d. lgs. 163/2006 a tenore del quale l'affidamento deve essere preceduto da invito ad almeno cinque concorrenti, se compatibile con l'oggetto del contratto<sup>8 9</sup>.

L'Autorità ha, altresì, chiarito che per gli appalti aventi ad oggetto l'affidamento di servizi inquadrati nell'Allegato IIB del Codice «le amministrazioni aggiudicatrici sono tenute a rispettare i principi del Trattato, dai quali discende anche il vincolo di predeterminazione dei criteri selettivi nell'ambito

---

<sup>5</sup> Servizi postali con CPV 64000000-6 [Servizi di poste e telecomunicazioni], 64100000-7 [Servizi postali e di corriere], 64110000-0 [Servizi postali], 64111000-7 [Servizi postali per giornali e riviste], 64112000-4 [Servizi postali per la corrispondenza], 64113000-1 [Servizi postali per pacchi], 64114000-8 [Servizi di sportello presso gli uffici postali], 64115000-5 [Servizi di affitto di cassette postali], 64116000-2 [Servizi di fermo posta], 64122000-7 [Servizi di messaggeria interna].

<sup>6</sup> In dottrina è stato, infatti, rilevato che poiché l'elenco di cui all'Allegato IIB del Codice termina con la voce "altri servizi", la regola generale in tema di appalti di servizi sia quella della non applicabilità dell'intera disciplina codicistica e regolamentare agli appalti di servizi, la quale costituisce un'eccezione, essendo prevista per le sole tipologie di servizi indicate (tassativamente) nell'Allegato IIA. Si veda F.CARINGELLA, M. GIUSTINIANI, *I Contratti Pubblici*, Roma, Dike Giuridica, 2014.

<sup>7</sup> Deliberazione n. 108 del 19 dicembre 2012, in senso conforme Cons. St., sez. V, 10 gennaio 2013 n. 95.

<sup>8</sup> Deliberazione n. 25 dell'8 marzo 2012 e Deliberazione n. 4 del 12 febbraio 2014.

<sup>9</sup> La disposizione dell'art. 27 è stata meglio chiarita dalla Comunicazione interpretativa della Commissione Europea 2006/C 179/02, cui ha fatto seguito il Comunicato del Presidente Avcp del 30 novembre 2007.

dell'offerta economicamente più vantaggiosa in ragione di una analitica indicazione delle componenti della prestazione»<sup>10</sup>.

Si ricorda infine che in base a quanto disposto dall'art. 21 del Codice, se oggetto dell'affidamento sono sia i servizi di cui all'allegato II A, sia i servizi di cui all'Allegato IIB, troverà applicazione la disciplina dei servizi la cui somma delle voci, nel quadro economico, sarà maggiore, in base al principio della prevalenza economica.

Nel settore postale il servizio si svolge secondo il seguente schema:



Si ritiene che la parte preponderante del servizio postale sia quella di recapito, per la necessità di disporre di una rete capillare di distributori (postini) sul territorio. Per le ragioni sopra esposte questa parte di attività dovrebbe rientrare nell'Allegato II A del Codice.

### Le ragioni dell'intervento dell'Autorità

Gli operatori del settore hanno segnalato all'Autorità come in Italia la liberalizzazione dei servizi postali sia stata in realtà solo di carattere formale, in quanto, nonostante la presenza di numerosi operatori postali in concorrenza con Poste, permane una struttura di mercato oligopolistica e ancora dominata dall'ex monopolista, che detiene l'80-85% del volumi e l'85-90 % del valore del mercato<sup>11 12</sup>.

Le associazioni dei recapitasti hanno sottolineato in primis come alcune stazioni appaltanti, nonostante la liberalizzazione, non effettuino procedure di evidenza pubblica per l'affidamento degli appalti aventi ad oggetto i servizi postali, continuando ad effettuare affidamenti diretti a Poste.

Hanno, inoltre, evidenziato questioni molto delicate relative ai bandi di gara per l'affidamento di appalti pubblici di servizi postali, che spesso sono redatti in modo tale che possa partecipare solo Poste, oppure in modo tale che Poste abbia un notevole vantaggio competitivo sugli operatori privati.

Tale vantaggio è determinato, in primo luogo, dall'esenzione IVA di cui Poste beneficia in qualità di gestore del servizio universale, e che fa sì che nelle gare che hanno ad oggetto servizi integrati (sia prestazioni rientranti nel servizio universale sia prestazioni che non ne fanno parte) questa possa offrire un prezzo ribassato fino al 22%<sup>13</sup>.

<sup>10</sup> Deliberazione n. 25 dell' 8 marzo 2012.

<sup>11</sup> Deliberazione Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato A441 n. 24293 nella quale si evidenzia che «considerando l'insieme dei servizi postali rientranti nel servizio universale, resi su tutto il territorio nazionale, Poste Italiane detiene una posizione particolarmente significativa che si attesta intorno all'80% sia in termini di numero che di valore degli invii. Anche considerando i singoli mercati rilevanti la posizione di Poste Italiane è qualificabile come dominante».

<sup>12</sup> La Relazione annuale al Parlamento dell' Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni del 2013 evidenzia che l'unico concorrente di un certo rilievo di Poste è Tnt Post, che nel 2012 ha raggiunto una quota del 10% del mercato, con il rimanente 7% gestito da una pluralità di imprese di piccola e piccolissima dimensione.

<sup>13</sup> In merito a questo aspetto, si deve indicare che la recente legge 11 agosto 2014, n. 116 ha modificato il quadro normativo, escludendo l'esenzione agli accordi contrattati individualmente (ovvero quelli per i quali vi è maggiore concorrenza con gli altri operatori privati), tra cui rientrano anche gli appalti pubblici. Sul punto si rimanda al successivo punto 5, relativo alla determinazione dell'importo a base di gara.

Le associazioni di categoria hanno inoltre segnalato una serie di ulteriori criticità attinenti al contenuto dei bandi di gara per l'affidamento dei servizi de quo, che hanno l'effetto di restringere irragionevolmente il numero dei possibili partecipanti alle procedure selettive; quali il c.d. *bundling* (affidare nello stesso appalto servizi diversi); la richiesta di requisiti di partecipazione assai eterogenei e spesso non sufficienti a garantire l'affidabilità dell'esecutore; lo scarso attagliarsi degli istituti del subappalto e dell'avvalimento ad un servizio che, per gli operatori economici che non posseggono una rete estesa come Poste, deve essere svolto necessariamente in partnership con altri soggetti.

Dal canto suo Poste ha evidenziato che proprio in virtù dello status di gestore universale, e quindi soggetto a regolamentazione (oggi da parte dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni) e vigilanza antitrust per la sua posizione dominante, si trova impossibilitato in molti casi a poter formulare offerte competitive, in quanto le tariffe delle prestazioni sono determinate dall'Autorità di regolamentazione, che definisce altresì i parametri di separazione contabile e procede alla verifica del costo netto del servizio universale. Il vantaggio lamentato dai concorrenti sarebbe, quindi, controbilanciato dall'impossibilità di modificare unilateralmente le condizioni tariffarie.

I servizi postali costituiscono un elemento importante del mercato interno dei servizi, essendo un vettore essenziale di comunicazione e di commercio e svolgendo una funzione irrinunciabile per numerose attività economiche e sociali, ponendosi al confine fra tre mercati fondamentali per l'economia, quali comunicazioni, pubblicità, trasporti e logistica.

Anche a livello comunitario è stata riconosciuta l'importanza dei servizi postali come fattore essenziale di coesione sociale e territoriale ed è stato evidenziato il loro contributo alla competitività come fonte di crescita economica e stimolo alla creazione di posti di lavoro<sup>14</sup>.

La liberalizzazione è avvenuta in un contesto di mercato non in crescita, ma caratterizzato dalla contrazione strutturale e progressiva dei volumi di corrispondenza tradizionale, a vantaggio della corrispondenza elettronica (la cosiddetta "e substitution", ovvero la sostituzione elettronica della posta cartacea attraverso e mail o strumenti di consultazione on line, ad esempio degli estratti conto bancari).

Sull'andamento del comparto postale influisce altresì la progressiva digitalizzazione delle procedure di interazione della pubblica amministrazione con i cittadini<sup>15</sup>.

Si deve, inoltre, evidenziare l'impossibilità di applicare ai servizi postali i principi ed i meccanismi che hanno caratterizzato la liberalizzazione del settore delle telecomunicazioni. Infatti, la rete postale è costituita non tanto da infrastrutture, come avviene nel settore delle telecomunicazioni, ma essenzialmente da lavoratori, per cui la componente del lavoro prevale sugli altri aspetti e diventa essenziale per la determinazione della copertura territoriale.

I temi proposti dagli operatori privati e dall'ex monopolista, in quanto idonei ad alterare i corretti meccanismi concorrenziali che dovrebbero presidiare lo svolgimento delle gare, hanno fatto ritenere opportuno un intervento dell'Autorità.

L'Autorità intende, pertanto, fornire, attraverso le Linee guida, indicazioni operative alle stazioni appaltanti ed agli operatori economici sui principali aspetti problematici della procedura di affidamento dei contratti pubblici aventi ad oggetto i servizi postali, al fine di superare le criticità riscontrate.

---

<sup>14</sup> Si vedano, in proposito, la Comunicazione della Commissione UE, Strategia per il mercato interno - Priorità 2003-2006, COM(2003) 238 e la Relazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento Europeo sull'applicazione della direttiva postale (Direttiva 97/67/CE modificata dalla direttiva 2002/39/CE) COM(2006) 595.

<sup>15</sup> Si veda il «Documento di informazione finanziaria annuale 2013» di Poste Italiane ([www.poste.it](http://www.poste.it)).

## Esiti attesi delle Linee guida

Con l'emanazione delle Linee guida l'Autorità si pone l'obiettivo di rendere effettiva nel settore degli appalti pubblici dei servizi postali l'applicazione dei principi di libera concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, economicità, efficacia, tempestività e correttezza sanciti dall'art. 2 del Codice.

In applicazione del regolamento AIR, il grado raggiungimento degli obiettivi regolatori sarà oggetto di apposita verifica di impatto della regolazione, da effettuarsi decorsi 24 mesi dall'adozione delle presenti linee guida. In ogni caso è possibile inviare osservazioni sugli effetti della determinazione anche prima dell'avvio del procedimento di VIR al seguente indirizzo mail: [vir@avcp.it](mailto:vir@avcp.it).

## Procedure di consultazione effettuate

L'emanazione delle Linee guida è stata preceduta dai lavori di un tavolo tecnico al quale hanno partecipato Poste, le associazioni rappresentative degli operatori privati Confindustria Fise Are Associazione Imprese Servizi Recapito Postale e Parcel (Fise Are), Cna Agenzie di Recapito (Cna), Fulmine Group S.r.l., consorzio che riunisce circa 250 operatori postali (Fulmine). Tutti i partecipanti hanno presentato memorie e documenti. Anche la società Rotomail Italia S.p.A. (Rotomail) pur non partecipando ai lavori del tavolo, ha presentato un position paper relativamente al tema del *bundling*.

Al tavolo ha partecipato altresì l'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni (Agcom) quale Autorità preposta alla vigilanza del settore postale.

Conformemente a quanto previsto dal regolamento AIR la bozza della determinazione è stata sottoposta a consultazione pubblica sul sito [www.avcp.it](http://www.avcp.it) dal 15 luglio 2014 al 30 settembre 2014, al fine di ottenere le osservazioni, integrazioni e suggerimenti di tutti i soggetti interessati al funzionamento del mercato delle gare per l'affidamento dei servizi postali.

Inoltre, considerati gli aspetti innovativi di talune delle tematiche trattate, quali la delimitazione del concetto di subappalto nell'ambito dei servizi a rete, ed il permanere di talune differenze nelle posizioni dei soggetti partecipanti al tavolo, si è ritenuto opportuno far accompagnare il documento di consultazione dalla Relazione AIR.

Nel termine fisato sono pervenuti i contributi delle seguenti associazioni di categoria: Fise Are, Cna ed Xplor Italia, associazione di categoria che raccoglie le imprese fornitrici o utilizzatrici di software ed hardware per l'archiviazione, gestione, composizione, stampa e distribuzione di documenti elettronici, cartacei e multimediali (Xplor).

Osservazioni sono state presentate inoltre da Fulmine, Rotomail, Nexive S.p.A., Poste, nonché della Provincia di Napoli.

I contributi ricevuti dai soggetti partecipanti alla consultazione, pubblicati sul sito dell'Anac, manifestano generalmente un parere favorevole a quanto esposto nella bozza di Linee guida anche se permangono talune delle divergenze già emerse nel corso del tavolo tecnico e riportate nella presente relazione.

## Descrizione dettagliata delle criticità riscontrate, possibili correttivi e motivazione della scelta di determinate soluzioni.

## 1. Procedure di evidenza pubblica

Fise Are ha evidenziato che numerose stazioni appaltanti, nonostante l'avvenuta liberalizzazione, continuano a non espletare alcuna procedura di evidenza pubblica per l'affidamento dei servizi postali, disponendo affidamenti diretti in favore di Poste, gestore del servizio universale, a prezzi sovente più elevati di quelli reperibili sul libero mercato, oppure disponendo delle proroghe dell'affidamento al gestore del servizio universale.

E' dunque sembrato necessario evidenziare, nelle Linee guida, che le stazioni appaltanti non soggette alla Parte III del Codice, debbano affidare gli appalti pubblici aventi ad oggetto i servizi postali tramite procedure di selezione del contraente basate su principi di evidenza pubblica, poiché la normativa vigente consente l'affidamento diretto a Poste solo delle notifiche a mezzo posta degli atti giudiziari e delle violazioni del codice della strada.

## 2. Oggetto dell'affidamento

### Criticità riscontrate

Relativamente ai servizi oggetto di affidamento, alcuni operatori del settore (Fulmine e Rotomail) ed alcune associazioni di categoria (Xplor e Cna) hanno rappresentato la necessità che i bandi di gara prevedano l'affidamento separato, con gara unica suddivisa in lotti, dei servizi "a monte", in primis quelli di stampa e imbustamento, rispetto al servizio postale e di quelli "a valle" del servizio postale stesso (ad esempio i servizi di archiviazione/conservazione sostitutiva e la c.d. "sala posta", ovvero la gestione della posta in entrata e/o in uscita per le gare degli enti più grandi)<sup>16</sup>.

Tali operatori hanno, infatti, segnalato che i bandi di gara *bundled* restringerebbero irragionevolmente il numero dei possibili partecipanti alle procedure selettive, in quanto nel mercato postale italiano vi sono numerosi operatori di servizi di stampa (a livello nazionale sono circa 60) di cui solo pochissimi possono fornire anche il servizio postale (nell'ordine di 2 o 3). Rotomail ha precisato che l'offerta dei servizi upstream si caratterizza molto diversamente da quella dei servizi postali, per la presenza, nel primo mercato, di decine di aziende; nel secondo, di due sole imprese attive a livello nazionale, una delle quali (Poste Italiane) controlla anche l'impresa dominante nei servizi upstream (Postel s.p.a.). L'obbligo di partecipazione congiunta di stampatori e recapitasti alla gara, unitamente al divieto stabilito dal Codice di duplicare le partecipazioni alle procedure concorsuali, ridurrebbero il possibile numero degli offerenti a due (Poste e Tnt oggi Nexive) e solo in alcuni casi a tre/quattro operatori, laddove il servizio postale debba essere svolto a livello meramente locale.

Il *bundling* determinerebbe una limitazione alla partecipazione alle gare per gli operatori attivi esclusivamente sul mercato a monte del servizio postale, i quali non possono partecipare

---

<sup>16</sup> Il servizio postale, come definito dall'art. 1 comma 2 lettera a) del d. lgs. 261/1999 è il servizio che include la raccolta, lo smistamento, il trasporto e la distribuzione (i.e. recapito). I servizi a monte del servizio postale possono essere individuati nei servizi di elaborazione, composizione dei documenti, stampa, imbustamento e consegna all'operatore postale. I servizi a valle consistono nella tracciatura elettronica massiva, nella rendicontazione della posta registrata, che consente di avere informazioni cumulative sull'esito delle spedizioni attraverso l'identificazione elettronica degli invii, nonché nei servizi aggiuntivi di conservazione sostitutiva/archiviazione degli avvisi di ricevimento.

individualmente a gare così strutturate e devono, perciò presentare offerta in raggruppamento temporaneo di imprese con società attive nel mercato postale.

Considerata la struttura duopolistica dell'offerta dei servizi postali, le gare bundled determinano evidenti quanto immediati effetti escludenti sul piano concorrenziale, e cioè impediscono il raggiungimento di uno degli obiettivi più qualificanti della normativa antitrust.

Rotomail ha inoltre evidenziato che alcuni provvedimenti dell'Agcm<sup>17</sup> hanno confermato l'esistenza di una netta distinzione dal punto di vista tecnico ed economico tra le attività che si collocano a monte del servizio postale ed il servizio postale stesso.

Anche sotto il profilo tecnico, Rotomail ha evidenziato che i software in uso ai principali fornitori dei servizi di stampa e imbustamento sono in grado di elaborare i codici richiesti dai recapitisti. Anche il recapito a data e ora certe non costituisce un ostacolo all'unbundling del recapito a valore aggiunto rispetto alle attività di preprocessing, stampa e imbustamento. Infatti, il processo di elaborazione dei recapiti di posta massiva e a data e ora certe è sostanzialmente identico. Ciò che cambia è il database dei codici di riferimento che devono essere stampati sulle buste ai fini dell'abbinamento delle diverse tipologie di recapito. I predetti database sono presenti (e vengono quotidianamente aggiornati) in tutti i sistemi in uso presso i fornitori di servizi di processing e stampa che effettuano le attività a monte del servizio postale. Tali sistemi elaborano automaticamente, attraverso i codici Cap presenti in ogni indirizzo, il tipo di marcatura da stampare su ciascuna busta, suddividendo le buste tra quelle da recapitare a data e ora certe e quelle da recapitare via posta massiva, a seconda dei Cap rispetto ai quali il fornitore del servizio di recapito ha (o non ha) attivato il servizio a valore aggiunto.

Inoltre, sotto il profilo economico, i bandi di gara *unbundled* determinerebbero un risparmio di costi per le stazioni appaltanti, che potrebbero beneficiare delle migliori condizioni di offerte nei due mercati separati. Peraltro, garantire una maggiore partecipazione alle gare permette il mantenimento sul mercato di operatori di piccole e medi dimensioni dinamici, favorendo il contenimento dei costi anche nel lungo periodo, circostanza che non si verificherebbe nel caso di unificazione delle offerte.

Fise Are, Nexive e Poste, invece, hanno evidenziato, sia in sede di tavolo tecnico sia in sede di consultazione pubblica, che la separazione dei servizi a monte del servizio postale non sarebbe efficiente sia dal punto di vista organizzativo che da quello economico. Infatti, i servizi di stampa e imbustamento, se integrati con quelli postali, permetterebbero alla stazione appaltante di conseguire un servizio qualitativamente migliore e prezzi più bassi. L'integrazione consentirebbe la massima efficienza nel ciclo di comunicazione sia dal soggetto che origina la comunicazione, sia nel canale di ritorno delle informazioni sull'esito della comunicazione.

Inoltre, l'integrazione dei servizi permetterebbe alla stazione appaltante di avere un unico referente, consentendole di individuare univocamente e chiaramente le responsabilità, anche quando l'inefficienza del servizio sia determinata non già dall'organizzazione delle attività di raccolta, smistamento, trasporto e distribuzione, bensì dalla cattiva gestione delle attività di stampa e imbustamento.

In sede di consultazione pubblica Fise Are ha evidenziato che l'accorpamento dei servizi postali con quelli a monte non avrebbe effetti restrittivi della concorrenza perché, per il peculiare assetto del mercato postale caratterizzato da un elevato numero di operatori non integrati verticalmente, le imprese attive nel settore del recapito potrebbero agevolmente associarsi in raggruppamento temporaneo con operatori specializzati nei settori dei servizi a monte.

---

<sup>17</sup> cfr. Agcm segnalazione AS930 del 16 aprile 2012 e provvedimento n. 23065 a conclusione del procedimento A413.

Fise Are e Poste hanno rilevato che l'affidamento congiunto del servizio di stampa con quello di recapito garantirebbe risparmi economici; performance tecniche ed operative; aumento della qualità del servizio integrato; progettualità a valore grazie ai servizi opzionali integrabili (VAS).

Il risparmio economico viene quantificato nella misura del 5-10%.

Poste ha evidenziato che la suddivisione in lotti funzionali diversi per le attività a monte del servizio postale, qual è la stampa e per le attività a valle, deve avvenire nel rispetto sia del principio di convenienza economica rispetto al lotto unico (ex art. 2 comma 1 bis d.lgs. 163/2006) sia del requisito dell'autonomia funzionale del lotto (Determinazione Avcp n. 5 del 9 giugno 2005).

Per Poste, l'affidamento del servizio di stampa separatamente dal servizio postale garantirebbe unicamente la possibilità per le stazioni appaltanti di spuntare offerte migliori per il servizio di stampa, mentre comporterebbe sicuri maggiori costi di transazione, del contenzioso potenziale in fase di esecuzione e rischi maggiori sul fronte della qualità del servizio.

Inoltre, relativamente alla posta tracciata, la coincidenza tra i soggetti che si occupano di stampa e recapito potrebbe essere necessaria per offrire standard di qualità accettabili, in quanto tale tipologia di servizio è offerta solo su porzioni determinate del territorio nazionale, con modalità tecniche diverse da ogni azienda di recapito.

Secondo Fise Are, l'argomentazione secondo la quale in caso di postalizzazione non sarebbero possibili sinergie con lo stampatore per la corrispondenza ceduta a Poste non appare convincente perché, pur potendo essere vera per quella parte di corrispondenza immessa nel circuito di Poste Italiane, certamente non rilevarebbe per l'altra quota, per la quale l'aggiudicatario beneficerebbe delle predette sinergie con i risparmi di costi e la massimizzazione dell'efficienza ad esse associati.

La Provincia di Napoli ha espresso parere favorevole alla soluzione umbundling, suggerendo tuttavia di ammettere la presentazione di offerte per lotti congiunti (servizi a monte più recapito) e lasciare alla stazione appaltante la possibilità di decidere l'aggiudicazione secondo convenienza, verificando cioè se risulti meno costosa l'assegnazione separata (cioè a soggetti diversi) dei due lotti o ad un unico soggetto che presenti un'offerta congiunta. Sulla questione del *bundling* l'Agcom ha evidenziato la necessità che ogni valutazione vada letta nell'ottica del contenimento dei costi per la stazione appaltante.

Per gli stessi motivi per cui deve essere effettuato l'umbundling dei servizi a monte, Xplor e Rotomail hanno manifestato l'esigenza che ciò avvenga anche per i servizi a valle del recapito. Infatti, il *bundling* dei servizi a valle ha la stessa portata anti concorrenziale del *bundling* dei servizi a monte, poiché vi sono aziende che forniscono i servizi a valle del servizio postale che non forniscono il servizio postale.

Per Xplor, nell'ottica della trasparenza del mercato prevedere una terzietà nelle attività di rendicontazione (tracciatura elettronica) della corrispondenza con data e ora certa, introduce un elemento di trasparenza a favore del mercato nel suo insieme e dei clienti in particolare. Se così non fosse e i servizi di tracciatura elettronica fossero gestiti in via esclusiva o anche prevalente da chi fornisce i servizi postali, non potrebbe essere escluso che i dati vengano, in via di principio, "forzati" dall'operatore che ha erogato il servizio. Inoltre, i clienti più significativi starebbero ripartendo le proprie attività di recapito su più operatori contemporaneamente dividendo gli invii a seconda delle aree dove il singolo operatore di recapito fornisce il miglior rapporto prezzo/qualità del servizio. La "terzietà", almeno come opportunità che verrebbe, di fatto, cancellata nel caso dei servizi a valle in *bundling*, consentirebbe ai clienti di disporre e confrontare dati omogenei tra i diversi recapitisti e quindi consente al cliente di scegliere per il meglio. Per Xplor, valgono analoghi ragionamenti anche per quanto riguarda i servizi connessi con la gestione dei ritorni della corrispondenza inesitata sia relativi alla corrispondenza semplice che quella raccomandata. Il fatto di avere potenzialmente un soggetto distinto dal singolo operatore postale che ne gestisce i ritorni con logica "multirecapitista" allargherebbe

le opportunità per il cliente finale e crea trasparenza sui processi relativi (% di inesitato, tempi di gestione, ragioni degli inesitati).

Relativamente ai servizi a valle la Provincia di Napoli ha osservato che l'inclusione di servizi a valle in quello postale potrebbe essere limitata a taluni servizi (quali ad es. la tracciatura delle raccomandate), con particolare riferimento a quelli che il fornitore del servizio universale fornisce compresi nel prezzo del recapito secondo la propria Carta della qualità. Per ulteriori servizi a valle, quali ad es. la tracciatura della posta prioritaria, potrebbe invece essere lasciata libertà alle imprese di formulare la propria offerta, che verrà valutata nell'ambito della procedura di aggiudicazione ad offerta economicamente più vantaggiosa. In ogni caso, la Provincia di Napoli ritiene che la quantità e qualità sia dei servizi a valle compresi nel servizio postale, sia del servizio postale stesso (ad es. tempi di consegna), non debba mai essere inferiore a quella offerta dal fornitore del servizio universale.

Fulmine ha precisato che le attività di archiviazione che possono essere incluse nei servizi a valle da affidare unitamente al recapito sono quelle di archiviazione necessarie per la rendicontazione dei servizi resi. Viceversa, deve essere oggetto di affidamento separato l'archiviazione sostitutiva, non funzionale all'esecuzione del servizio postale, che è regolamentata per legge ed è svolta da aziende specializzate.

Tutti i partecipanti, al tavolo tecnico, ferme restando le relative posizioni in tema di *bundling*, hanno concordato sul fatto che per alcuni appalti di dimensioni più ridotte può non essere opportuna la divisione in lotti, prevalendo in questo caso i costi di transazione e di gestione dell'appalto con più fornitori. Tali appalti sono stati individuati in quelli in cui il valore del servizio oggetto di affidamento non superi la soglia comunitaria.

In sede di consultazione pubblica, tuttavia, Xplor ha evidenziato che l'umbundling deve valere anche per i servizi sotto soglia, alla luce dei principi comunitari di concorrenza e massima partecipazione, che dettano norme di *favor* per la competitività delle imprese medio-piccole.

## Opzione scelta

Esaminate le posizioni dei partecipanti e considerati i principi di concorrenza e di favor participationis a cui si ispira il Codice, si ritiene che l'affidamento del servizio postale ed i servizi a monte dello stesso debba avvenire con gara unica a lotti separati, e nelle Linee guida è stata data indicazione in tal senso alle stazioni appaltanti.

In altri termini, i bandi di gara non dovrebbero essere strutturati con un unico lotto, composto dai servizi integrati (recapito più servizi a monte o a valle), ma dovrebbero essere suddivisi in lotti funzionali, attraverso i quali affidare separatamente da un lato il servizio postale, dall'altro servizi a monte ed eventualmente a valle dello stesso.

Ciò in quanto la suddivisione degli appalti in lotti funzionali, al fine di favorire l'accesso al mercato delle piccole e medie imprese, è da annoverarsi tra i principi dell'affidamento dei contratti pubblici. Infatti, l'art. 2 comma 1 bis del Codice, che detta i principi generali dell'affidamento dei contratti pubblici<sup>18</sup> stabilisce che «nel rispetto della disciplina comunitaria in materia di appalti pubblici, al fine di favorire l'accesso delle piccole e medie imprese, le stazioni appaltanti devono, ove possibile ed economicamente conveniente, suddividere gli appalti in lotti funzionali».

Inoltre, la motivazione della mancata suddivisione dell'appalto in lotti deve essere indicata nella determina a contrarre.

---

<sup>18</sup> Introdotto, in attuazione delle linee programmatiche dettate dallo Statuto delle imprese, dalla legge n. 214 del 2011, poi modificato dalla legge n. 135 del 2012, poi dalla legge n. 98 del 2013.

A ciò si aggiunga che tra le competenze dell'Autorità è stata espressamente inserita quella di vigilare al fine di garantire l'osservanza dei principi di tutela delle piccole e medie imprese attraverso adeguata suddivisione degli affidamenti in lotti funzionali ( art. 6 comma 5 del Codice).

Anche a livello comunitario la nuova direttiva 2014/24/UE 2014/24 afferma, al considerando 78, che al fine di agevolare la partecipazione delle piccole e medie imprese e di rafforzare la concorrenza, le amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero essere incoraggiate a suddividere in lotti i grandi appalti. Tale suddivisione potrebbe essere effettuata su base quantitativa, facendo in modo che l'entità dei singoli appalti corrisponda meglio alla capacità delle piccole e medie imprese, o su base qualitativa, in conformità alle varie categorie e specializzazioni presenti, per adattare meglio il contenuto dei singoli appalti ai settori specializzati delle piccole e medie imprese o in conformità alle diverse fasi successive del progetto.

L'art. 46 della nuova direttiva prevede altresì che le amministrazioni aggiudicatrici possono decidere di aggiudicare un appalto sotto forma di lotti separati e possono determinare le dimensioni e l'oggetto di tali lotti, indicando i motivi principali della loro decisione di non suddividere in lotti<sup>19</sup>.

Giova ricordare in questa sede che per la dottrina il lotto è funzionale quando esiste una sostanziale omogeneità tecnico funzionale della prestazione richiesta tale da determinare un'autonomia operativa del bene posto a base della procedura ad evidenza pubblica. Anche la prevalente giurisprudenza ha affermato che «lotto» identifica uno specifico oggetto dell'appalto la cui progettazione o realizzazione sia tale da assicurarne funzionalità, fruibilità e fattibilità, indipendentemente dalla realizzazione delle altre parti<sup>20</sup>.

Il frazionamento è doveroso se diretto a favorire l'accesso alla commessa pubblica delle piccole e medie imprese, con la conseguenza che la stazione appaltante dovrà motivare anche con riferimento a tale aspetto, valorizzando la suddivisione in lotti sotto il profilo teleologico.

Tuttavia, laddove la stazione appaltante dimostri con adeguata motivazione che la suddivisione in lotti, a confronto con l'affidamento integrato, non produce un risparmio o un'efficienza economica, potrà derogare al principio generale sopra espresso e procedere all'affidamento con lotto unico. In altri termini, l'amministrazione dovrà effettuare, nella determina a contrarre, la valutazione comparativa dell'interesse ad eseguire l'appalto alle condizioni tecnicamente ed economicamente più vantaggiose, e dell'interesse alla partecipazione alle procedure di evidenza pubblica da parte delle piccole e medie imprese.

Nel caso di specie, la documentazione prodotta da Poste e Fise Are non appare sufficiente a descrivere in modo risolutivo la convenienza del *bundling* dei servizi a monte con quelli postali. Peraltro, proprio le modalità con cui dovrebbero avvenire le gare per l'affidamento dei servizi postali emerse nel corso delle riunioni del tavolo tecnico (ed illustrate in seguito) sembrerebbero deporre nel senso dell'inutilità, oltre che dell'impraticabilità, del *bundling* quale strumento di contenimento dei costi. È stata, infatti, rappresentata l'opportunità di prevedere già in sede di bando di gara la postalizzazione della corrispondenza che l'aggiudicatario del servizio postale non può trattare direttamente (da parte della stazione appaltante o dell'aggiudicatario). Infatti, a prescindere dai casi in cui il servizio è aggiudicato ad un raggruppamento temporaneo di imprese (nel quale, seguendo il ragionamento di Poste e Fise Are, ogni partecipante dovrebbe avere un proprio stampatore per creare sinergie nel servizio complessivo) si osserva che la postalizzazione prevede la presenza di due distinti recapitisti, che utilizzano proprie

---

<sup>19</sup> Il comma 4 dell'art. 46 prevede anche che gli Stati membri possano rendere obbligatorio aggiudicare un appalto sotto forma di lotti separati, a condizioni da definire conformemente al rispettivo diritto nazionale e nel rispetto del diritto dell'Unione.

<sup>20</sup> Cons. St., sez. II, 7 novembre 2007, n. 2803 e Determinazione Avcp n. 5 del 9 giugno 2005.

specifiche tecniche, ovvero lo stampatore prescelto dall'aggiudicatario, se le ragioni invocate per il *bundling* sono fondate, non potrebbe creare sinergie per la corrispondenza ceduta a Poste.

La soluzione proposta dalla Provincia di Napoli, pur essendo comprensibile l'intento di voler individuare l'aggiudicazione meno costosa per la stazione appaltante, non appare concretamente praticabile, in quanto le valutazioni sulla suddivisione in lotti e sulla relativa aggiudicazione devono essere effettuate prima della pubblicazione del bando di gara e non ex post. Ciò al fine di garantire parità di trattamento tra tutti gli operatori economici.

Diverso è, invece, il caso dei servizi cosiddetti a valle del servizio postale, in ordine ai quali, in seguito alle osservazioni ricevute in sede di consultazione, si è ritenuto operare alcune distinzioni.

Vi è un primo gruppo di servizi a valle, quali ad esempio la gestione degli avvisi di ricevimento della posta raccomandata, la tracciatura elettronica e la rendicontazione della posta, che fanno parte del servizio postale e difficilmente possono essere svolti da un soggetto diverso da quello che effettua il servizio postale stesso. Pertanto, si ritiene che possano essere affidati unitamente al servizio postale, considerando anche le inefficienze che la separazione di tali servizi potrebbe determinare, dovendo prevedere un coordinamento tra imprese.

Vi sono poi una serie di servizi a valle che possono essere considerati aggiuntivi al servizio postale, quali ad esempio la gestione dell'inesitato e la conservazione sostitutiva/archiviazione degli avvisi di ricevimento, relativamente ai quali, per favorire la partecipazione alle gare, si ritiene che la stazione appaltante potrebbe considerarli servizi aggiuntivi nell'ambito dell'offerta economicamente più vantaggiosa, piuttosto che come servizi integrati nell'ambito del lotto. Naturalmente la loro esatta collocazione dipende dalle esigenze dell'amministrazione. Ad esempio, nel caso dell'inesitato le stazioni appaltanti potrebbero ritenere fondamentale (poiché alcuni termini di legge decorrono dal momento della consegna della raccomandata) includere il servizio direttamente nell'oggetto dell'appalto; nel caso invece della conservazione sostitutiva degli avvisi di ricevimento, la stazione appaltante dovrebbe valutare la convenienza di un affidamento separato.

Vi sono infine alcuni servizi che non possono essere considerati accessori al servizio postale, ad esempio la conservazione sostitutiva dei documenti, prevista dalla legge 23 dicembre 2005 n. 266 (legge finanziaria 2006)<sup>21</sup> che, in un'ottica di razionalizzazione della spesa, potrebbero essere affidati *umbundling* attraverso la previsione di un apposito lotto del bando di gara.

Si ritiene che comunque ciò che debba essere evitato sia che, mediante la previsione di più servizi, si vadano a favorire i soggetti maggiormente integrati, ovvero a costituire nuove barriere all'ingresso. In questo senso, la stazione appaltante in sede di definizione dei lotti dovrebbe valutare se, in base alle condizioni di mercato ed eventualmente un'indagine preliminare sullo stesso, esistano imprese che possano offrire in modo efficiente servizi a valle rispetto a quello postale.

La suddivisione in lotti, non solo deve essere tecnicamente possibile, ma anche economicamente vantaggiosa, e pertanto la stazione appaltante che voglia attuarla deve effettuare un'analisi che ponga a confronto tale scelta con moduli organizzativi della fornitura alternativi, capaci di valorizzare, ad esempio, anche la grande distribuzione che offre, come noto, una presenza sul territorio più capillare delle piccole e medie imprese.

E' certo, infatti, che la doverosità della suddivisione dell'appalto al fine di favorire le piccole e medie imprese non può andare a discapito dell'economica gestione della commessa pubblica, come del resto impone lo stesso art. 2 del Codice.

---

<sup>21</sup> art. 1 comma 51, per cui al fine di semplificare le procedure amministrative, le pubbliche amministrazioni possono stipulare convenzioni con soggetti pubblici e privati per il trasferimento su supporto informatico degli invii di corrispondenza da e per le pubbliche amministrazioni.

In ogni caso, la suddivisione in lotti, anche quella diretta a favorire l'accesso al mercato da parte delle piccole e medie imprese, non dovrà violare il divieto di artificioso frazionamento dei contratti di cui all'art. 29 comma 4 del Codice<sup>22</sup>.

Anche l'Agcm nel parere AS930 ha affermato che «la previsione di un lotto unico integrato per l'affidamento dei servizi di acquisizione, elaborazione, stampa, imbustamento e consegna al destinatario è suscettibile di ridurre ingiustificatamente il numero dei potenziali partecipanti alla procedura di gara attribuendo, al contempo, un ingiustificato vantaggio concorrenziale agli operatori verticalmente integrati, in contrasto con i principi a tutela della concorrenza e con gli obiettivi di liberalizzazione dei servizi postali perseguiti dal d.lgs. 58/11 che recepisce la terza direttiva postale (direttiva 2008/6/CE)».

Il suddetto parere è stato richiamato anche da una recente pronuncia del Tar Lazio (Tar Lazio, sez. III, 21 marzo 2014, n. 3206) che ha annullato un bando di gara che aveva previsto un lotto unico per stampa e recapito, per violazione del principio di proporzionalità.

Si rileva, inoltre, che i partecipanti al tavolo tecnico non hanno chiarito, con dati tecnici verificabili, quali siano in concreto i risparmi per la stazione appaltante. Oltre alla riduzione dei costi di transazione, il principale risparmio di spesa che sembrerebbe emergere è legato alla possibile riduzione del costo del trasporto (se la stampa avviene vicino al punto di consegna), risparmio, però, controbilanciato dalle perdite di economie di scala derivanti dal frazionamento della stampa in più punti separati.

Rotomail ha, peraltro, fornito evidenze ricavabili dagli esiti delle gare aggiudicate, dai quali non sembrerebbero emergere risparmi di spesa per la stazione appaltante nel caso di affidamento integrato del servizio postale con i servizi e/o a monte del servizio postale stesso.

Si rileva infine che la Determinazione n. 5 del 9 ottobre 2005, richiamata da Poste, non contrasta con l'impostazione sopra illustrata. Occorre innanzitutto precisare che tale determinazione è stata emanata, in vigore della legge 11 febbraio 1994, n. 109 (c.d. legge Merloni), in relazione al fenomeno della suddivisione in lotti degli appalti di lavori appartenenti alla medesima categoria finalizzato all'elusione delle gare ed all'affidamento degli stessi tramite trattativa privata, sia in relazione al fenomeno opposto, ovvero la possibile elusione delle norme poste a garanzia della concorrenza nel caso dell'accorpamento di più appalti di lavori al fine dell'affidamento al *general contractor*.

Nella citata determinazione è stato precisato che l'esecuzione di un'opera può essere frazionata solo se i lavori oggetto di ciascun appalto sono comunque immediatamente fruibili per gli scopi e le funzioni che l'opera deve assolvere, e che le stazioni appaltanti, in merito alla scelta di frazionare gli appalti, devono operare una corretta pianificazione degli interventi e certificare la funzionalità, fruibilità e fattibilità di ciascun lotto unicamente nei casi in cui le parti di un intervento, singolarmente considerate, evidenzino autonoma funzionalità e una propria utilità correlata all'interesse pubblico, indipendentemente dalla realizzazione dell'opera complessiva.

Viceversa, in merito alla scelta di accorpare in un'unica procedura ad evidenza pubblica più appalti di lavori, le stazioni appaltanti devono fornire chiara e completa dimostrazione dei benefici derivanti da detta scelta, a confronto con le altre soluzioni industriali possibili, in un'ottica di efficienza, economicità e coerenza con gli obiettivi da raggiungere e nel rispetto dei principi di trasparenza e di massima partecipazione alle gare.

---

<sup>22</sup> Parere sulla normativa AG 18/12 del 13 settembre 2012.

### 3. Divisione in lotti di recapito

#### Criticità riscontrate

Gli operatori privati hanno segnalato che numerose procedure per l'affidamento dei servizi postali hanno ad oggetto servizi postali estesi a tutto il (o a gran parte del) territorio nazionale. Ciò determina una forte restrizione dal lato dell'offerta per il mercato postale in quanto, come è noto, solo pochi operatori sono in grado di fornire servizi postali a livello sovraregionale e, allo stato, solo Poste è in grado di garantire una copertura totale del territorio italiano.

Gli operatori hanno quindi evidenziato l'opportunità che le gare siano distinte per lotti, ad esempio in base ai Cap di destinazione della corrispondenza.

Cna, in sede di consultazione pubblica, ha ulteriormente precisato che i lotti dovrebbero sempre tenere conto dell'ampiezza del territorio e del volume della corrispondenza, pertanto dovrebbero essere divisi su base quantitativa (ad esempio se trattasi di un ente molto radicato su una determinata regione con grandi volumi sarà opportuno ipotizzare una suddivisione anche provinciale o interprovinciale) in maniera da salvaguardare la partecipazione di qualsiasi operatore economico (che potrebbe essere impedita dalla richiesta di un requisito di fatturato particolarmente stringente).

I partecipanti hanno, altresì, evidenziato le problematiche connesse al fenomeno della c.d. "postalizzazione", che si verifica quando gli operatori privati affidano a Poste la corrispondenza che non sono in grado di consegnare.

Fise Are ha evidenziato che la postalizzazione espone l'operatore al rischio di perdite, in quanto le tariffe del servizio postale possono essere modificate in aumento dal Regolatore, in corso di vigenza del contratto. Tale rischio non si ravvisa nel subappalto, dove il prezzo è fisso e stabilito contrattualmente.

Fulmine ha sostenuto che i costi di postalizzazione dovrebbero essere scorporati dall'offerta (così come previsto, ad esempio, dalla gara indetta da Acquedotto Pugliese).

L'Agcom, dal canto suo, ha evidenziato di aver emanato la Delibera n. 728 del 2013 nella quale ha stabilito, tra l'altro, che Poste deve rispettare l'obbligo di non discriminazione interna ed esterna nell'applicazione dei prezzi della posta massiva (art. 4 della Delibera n. 728/13/CONS). La Delibera in esame è stata impugnata da Poste innanzi al Tar ed è attualmente *sub iudice*.

Sul fenomeno della postalizzazione Poste ha precisato di essere tenuta al rispetto dei principi di parità di trattamento e non discriminazione, di cui all'art. 4 della Delibera Agcom 728/13/Cons, ad esempio, isolando i servizi rientranti nel servizio universale dagli altri. Tuttavia, negli appalti pubblici di servizi postali le prestazioni oggetto della gara si differenziano da quelle rientranti nel servizio universale, quantomeno per le diverse Sla richieste, le penali, i quantitativi minimi, le condizioni di pagamento, i servizi a valore aggiunto inclusi nel prezzo, destinazioni tariffarie, scaglioni di peso, ambiti territoriali circoscritti ecc.

Tale circostanza assume rilievo in particolare per i cosiddetti servizi di postalizzazione, consistenti nell'immettere sul circuito del servizio universale la posta che non può essere recapitata direttamente dall'aggiudicatario del servizio. Poste sostiene di non essere tenuta ad applicare i principi di non discriminazione e parità di trattamento di cui alla Delibera Agcom 728/2013, in quanto le prestazioni oggetto delle gare si discostano di regola dal servizio universale. Poste non sarebbe tenuta, cioè, a praticare, nei confronti dell'aggiudicatario della gara, i medesimi prezzi ed i medesimi servizi che ha offerto in sede di gara. Infatti, nella formulazione del prezzo offerto in gara il fornitore del servizio universale ha tenuto conto della totalità dei costi, dei servizi e dei volumi oggetto della gara stessa, mentre la postalizzazione avviene in genere per porzioni di territorio marginali, non coperte direttamente dall'aggiudicatario, oppure per alcuni specifici servizi. Di conseguenza, Poste si trova a

dover fornire il servizio all'aggiudicatario solo nelle aree caratterizzate da maggiori costi o per servizi per i quali Poste ha offerto in gara la marginalità inferiore.

Gli operatori economici diversi da Poste hanno sostenuto che una soluzione innovativa potrebbe esseredi chiedere agli operatori, in sede di offerta, di indicare quali siano i Cap su cui ciascuno riesce a garantire il servizio (es. 70% dei Cap o dei volumi) e su tale percentuale effettuare l'aggiudicazione (soluzione adottata nel bando Consip-Inail<sup>23</sup>). L'offerta dei concorrenti dovrebbe essere valutata sulla base della loro possibilità di operare, calcolando come prezzo complessivo quello derivante dalla somma del prezzo offerto per la quota garantita e, considerando come prezzo per i servizi non offerti, il prodotto tra quelli massimi indicati dall'Agcom per il servizio universale e la quota transitata sul servizio universale. In sostanza, se il prezzo offerto è pari a  $P_s$ , il prezzo del servizio universale è pari a  $\bar{P}$  e la quantità garantita in sede di gara è una frazione  $\delta$  del totale, il prezzo complessivo da considerare è pari a:

$$P = \delta \cdot P_s + (1 - \delta) \cdot \bar{P}$$

In sostanza il prezzo offerto sarebbe uguale alla somma tra il prezzo offerto con peso pari alla quota offerta e prezzo del servizio universale con peso pari alla quota postalizzata.

Analogamente, anche al punteggio tecnico dovrebbe essere assegnato un valore proporzionale al servizio effettivamente prestato.

All'aggiudicatario viene affidato, quindi, solo il servizio postale gestito dalla propria organizzazione diretta e/o indiretta, mentre la corrispondenza che l'affidatario deve postalizzare viene stralciata dal contratto ed affidata direttamente dalla stazione appaltante a Poste.

Tale modello eviterebbe che l'aggiudicatario debba provvedere ad affidare la parte del servizio che non riesce a coprire a Poste, con le relative conseguenze. Per l'appaltatore l'affidamento a Poste determina, infatti, una serie di svantaggi, quali gli elevati oneri connessi alla necessità di "subappaltare" a Poste servizi a costi maggiori rispetto al prezzo di aggiudicazione, nonché il rischio che le tariffe di Poste possano essere modificate in aumento nel corso di validità del contratto (invece in un contratto di subappalto il prezzo rimane fisso), con conseguente riduzione dei margini. Tale modello presenta vantaggi anche per quanto riguarda la responsabilità, in quanto l'aggiudicatario risponde esclusivamente del servizio postale che gestisce direttamente o mediante i propri subappaltatori, senza incorrere in responsabilità derivanti da eventuali inadempimenti del gestore del servizio universale.

I partecipanti al tavolo, ad eccezione di Cna, sono stati concordi nell'affermare che deve essere garantita da parte dell'operatore privato la copertura di una quota minima del servizio, quantificabile in almeno il 70% dei volumi.

In relazione a quanto sopra, condividendo le finalità della proposta, Poste ha rappresentato il rischio che l'eccessiva suddivisione in lotti, se da un lato favorisce la concorrenza, dall'altro provoca una frammentazione degli aggiudicatari asimmetrica rispetto alle strutture organizzative delle Stazioni appaltanti (esempio: pagamento tributi e corrispondenza extra lotto).

Ha altresì sottolineato che i concorrenti di Poste stanno sviluppando reti postali sempre più estese (Nexive dichiara di coprire già il 76% della popolazione) rendendo il ricorso alla suddivisione in lotti sempre meno necessario. Per queste considerazioni, in ragione del complessivo equilibrio del settore, Poste si è detta favorevole ad inserire, nei capitolati, come requisito di partecipazione, un limite minimo di volumi coperto direttamente dall'aggiudicatario pari ad almeno il 70% del totale. Detto limite, inoltre, dovrebbe valere per tutti i servizi del bando e dovrebbe poter essere verificato dalla stazione appaltante

---

<sup>23</sup> Gara per l'affidamento dei servizi postali per la gestione della corrispondenza per l'Inail CIG Lotto 1: 4478631B35; CIG Lotto 2: 4478650AE3. Indetta il 10.8.2012 consultabile in <http://www.consip.it/>.

applicando eventualmente sanzioni ex post. Ciascuna stazione appaltante potrebbe poi anche fissare limiti di copertura più stringenti per offrire un servizio omogeneo a tutti i destinatari, in particolare, nelle gare locali, o comunque incentivare la copertura delle aree periferiche.

Per Poste, i modelli alternativi che lasciano in capo alla stazione appaltante la consegna a Poste della corrispondenza non recapitata dal vincitore di una gara comporterebbero, come dichiarato dai concorrenti di Poste, una traslazione di rischi dall'aggiudicatario verso la stazione appaltante.

Il primo di questi rischi sarebbe l'effettiva convenienza al ricorso all'appalto, come dimostra proprio la gara Consip Inail, dove la stazione appaltante ha realizzato risparmi reali inferiori al 5% rispetto alla situazione precedente. Ciò sarebbe dovuto all'applicazione dell'IVA al 22% sui prezzi offerti in gara ed alla copertura incompleta del territorio da parte dei concorrenti di Poste. Per il primo di questi fattori, il recapitista deve offrire uno sconto minimo del 18% sui prezzi del servizio universale per assicurare la mera invarianza della spesa della stazione appaltante<sup>24</sup>. Per il secondo, il recapitista deve effettuare sconti crescenti al diminuire della copertura diretta. Le stazioni appaltanti, in sostanza, troverebbero convenienti i fornitori diversi da Poste (e quindi procedere a gara per l'assegnazione dei servizi postali invece di avvalersi direttamente del servizio universale) solo spuntando sconti elevatissimi nelle aree servite direttamente, con rischio di disservizi e dumping sociale, in quanto il lavoro rappresenta il 70% dei costi totali del servizio postale.

Ad esempio, per assicurare un risparmio del 30% sulle tariffe universali, nel caso di copertura al 70% del territorio un recapitista dovrebbe proporre un prezzo pari al 47% di quello universale sugli invii recapitati in proprio. Sconti di questa entità specie se accompagnati dalla richiesta di prestazioni aggiuntive rispetto al servizio universale (es. tracciatura e rendicontazione evolute, tentativi di recapito multipli) che implicano anche investimenti dedicati, sono incompatibili non solo con i costi di Poste ma con quelli di ogni operatore serio, interessato ad operare stabilmente sul mercato piuttosto che sfruttare particolari condizioni del mercato del lavoro

Si rileva infine che in sede di consultazione pubblica la Provincia di Napoli ha dichiarato di non condividere la richiesta di una percentuale di copertura diretta dell'intero lotto o parte di esso, in quanto l'interesse di una stazione appaltante non consiste nel conoscere qual è la percentuale di copertura del lotto da parte di un soggetto, ma che tutta la corrispondenza di quel lotto venga recapitata secondo la qualità e soprattutto nei tempi stabiliti dal capitolato (in caso di gara al prezzo più basso) o dall'offerente stesso (in caso di offerta economicamente più vantaggiosa con valutazione del tempo di recapito).

## **Opzione scelta**

Si ritiene che l'indicazione da fornire alle stazioni appaltanti, che devono affidare il servizio postale su più aree territoriali, sia di valutare, nei bandi di gara, l'opportunità di suddividere l'oggetto dell'affidamento in più lotti distinti, ad esempio in base ad aree omogenee di territorio. Per tali valutazioni si devono considerare elementi quali il numero di recapiti previsto, la frequenza di consegna e la specificità di servizio.

Ciò dovrebbe permettere una maggiore partecipazione alle gare e, quindi, consentire a più imprese di potersi aggiudicare il servizio e contestualmente ridurre la spesa complessiva.

Siffatta suddivisione in lotti non dovrebbe essere problematica, in quanto le stazioni appaltanti dovrebbero essere in possesso dei dati relativi ai mercati di riferimento (almeno per quanto concerne lo

---

<sup>24</sup> Infatti, fatto 100 il prezzo di partenza (al netto di IVA), uno sconto del 18% riduce il prezzo a 82. Applicando a questo prezzo l'IVA del 22% si ottiene un prezzo finale (al lordo di IVA) pari a circa 100.

storico), per cui dovrebbero essere in grado di effettuare la suddivisione dei lotti nei termini sopra prospettati.

Si ritiene che la soluzione innovativa prospettata dagli operatori privati esemplificata dal bando Consip-Inail possa essere considerata un utile sistema per permettere una maggiore partecipazione alle gare di importo elevato.

Tale modello può permettere di superare le problematiche relative al fenomeno della postalizzazione - ovvero al problema se far rientrare gli affidamenti a Poste nell'ambito del subappalto, con i conseguenti vincoli normativi - esaminate in seguito, poiché prevede lo scorporo iniziale, da parte della stazione appaltante, della parte da postalizzare, e l'affidamento diretto della stessa a Poste.

Nel modello sopra descritto, deve essere comunque garantita da parte dell'operatore privato la copertura di un minimo dell'80% dei volumi, mentre il restante 20% può essere postalizzato; ciò al fine di evitare che l'appalto venga aggiudicato a soggetti che non sono in grado di assicurare un minimo livello di servizio (al 20% postalizzato si deve aggiungere la possibilità di subappaltare fino al 30% di quanto gestito direttamente).

Posto che, tuttavia, una simile soluzione potrebbe presentare la criticità di generare la presentazione di offerte non omogenee, nelle Linee guida è chiarito che deve essere prestata la massima attenzione ai criteri di valutazione delle offerte, ad esempio calibrando il punteggio sulla copertura del territorio che ciascun concorrente è in grado di offrire. Il punteggio ottenuto per l'offerta tecnica, analogamente a quanto indicato per l'offerta economica, dovrebbe essere parametrato per la quota di servizio offerto (se l'offerente dichiara di poter coprire unicamente determinate porzioni di territorio pari ad esempio al 80% del volume posto a base di gara, il punteggio per la parte tecnica dovrà essere ridotto di conseguenza, ovvero il punteggio tecnico ottenuto dovrà essere moltiplicato per 0,8). Ciò serve ad impedire un uso strumentale della possibilità presente nel bando di limitare le offerte ad una sola frazione del lotto.

Il ragionamento di Poste circa i possibili costi di una tale operazione non può essere condiviso, in quanto sembra portare alla conclusione che l'affidamento dei servizi postali tramite procedure di evidenza pubblica non arrechi alcun vantaggio economico per le stazioni appaltanti. Innanzitutto, da un punto di vista meramente economico una stazione appaltante, che non è soggetta ad IVA, ottiene un vantaggio economico nell'affidare il servizio postale tramite gara ogni qual volta riesce a spuntare un prezzo di aggiudicazione inferiore al 18% (situazione comune alla posta trattata individualmente); tale vantaggio sarà, ovviamente, tanto maggiore quanto più estesa è la rete coperta dall'aggiudicatario<sup>25</sup>. Se la stazione appaltante può "scaricare" l'IVA per ottenere vantaggi economici è sufficiente un prezzo inferiore a quello del servizio universale. Peraltro, non si può trascurare come la gara aggiudicata con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa non miri esclusivamente a trovare un prezzo inferiore, ma anche condizioni, quali i tempi di consegna e la gestione dell'inesitato, migliorativi rispetto a quelli previsti per il servizio universale.

Viceversa, relativamente al fenomeno della postalizzazione, si ritiene corretta l'interpretazione di Poste in ordine alla Deliberazione Agcom 728/13/Cons, per cui il fornitore universale non è tenuto a negoziare con l'aggiudicatario una tariffa diversa rispetto a quella del servizio universale o a praticargli le condizioni proposte dalla stessa Poste in sede di gara. Nel primo caso, non si tratterebbe di una postalizzazione, ma di un vero e proprio subappalto, ciò modificherebbe il contesto in cui si è svolta la

---

<sup>25</sup> Ipotizzando di postalizzare una quota del 30% degli invii, si avrà una riduzione di costi sul 70% degli invii aggiudicati, mentre i costi sarebbero immutati per il restante 30%. Si otterrebbe, cioè, una riduzione dei costi complessivi, certo inferiore a quella che si potrebbe spuntare se il totale del lotto posto a gara (ovvero il 100%) fosse aggiudicato alle condizioni praticate dal concorrente risultato affidatario per il 70% del lotto.

gara (per una frazione del lotto) e la quantità esternalizzata a Poste dovrebbe essere conteggiata per il rispetto dei limiti per il ricorso al subappalto. Nel secondo caso, appare corretto il ragionamento avanzato da Poste nel proprio contributo, secondo il quale il prezzo offerto per la partecipazione alla gara tiene conto degli oneri del servizio complessivo e non può essere scorporato per remunerare una parte marginale dello stesso.

In ordine a quanto prospettato dalla Provincia di Napoli, si osserva che la percentuale di copertura minima del lotto, pure se può comportare tempi di consegna differenziati, è una scelta che tutela la libera concorrenza e, quindi, la possibilità di ottenere condizioni di servizio migliori nel tempo.

#### **4. Informazioni presenti nei bandi**

Gli operatori del settore hanno rilevato un'ulteriore criticità rappresentata dalla carenza di informazioni presenti nei bandi di gara, che fanno sì che gli operatori non possano formulare un'offerta consapevole. Si è ritenuto di suggerire alle stazioni appaltanti di indicare nel bando di gara, sulla base dei dati storici, i flussi di invio e di destinazione della corrispondenza (Cap) diversificati per le tipologie di prodotti postali (es. posta massiva e posta raccomandata) e per le diverse grammature (peso dell'invio).

Come sopra considerato, infatti, si ritiene che la stazione appaltante dovrebbe possedere il dato storico delle destinazioni, rispetto al quale dovrebbe indicare i possibili correttivi tenuto conto delle possibili modificazioni di contesto intervenute o che potranno intervenire sui volumi di corrispondenza (ad es. per il passaggio all'invio telematico delle fatture).

Tale soluzione è stata condivisa dai partecipanti al tavolo tecnico.

Inoltre, Fise Are ha sottolineato che deve essere correttamente individuato e computato l'impatto economico dei servizi accessori (ad esempio, la sala posta).

Cna ha evidenziato che i bandi devono essere redatti in maniera da fornire ogni elemento utile per consentire a qualsiasi partecipante di avere informazioni precise ed analitiche sulle caratteristiche degli invii e sui Cap interessati, ricorrendo ai dati storici.

Resta inteso che nel caso di corrispondenza non originata da flussi di stampa informatici (es. corrispondenza indirizzata manualmente), le informazioni sui Cap di destinazione non sono recuperabili da parte di soggetti diversi dal mittente.

In sede di consultazione pubblica Poste ha altresì evidenziato che potrebbe verificarsi il caso che l'impresa fornitrice uscente non sia in possesso di tali dati. Non si può peraltro trascurare che dati di dettaglio dovrebbero essere anche nella disponibilità dell'eventuale stampatore che, ricevendo i flussi di stampa elettronici da parte del committente, è in grado di elaborarli e di rendere disponibili i dettagli alle stazioni appaltanti.

Si è, quindi, ritenuto di indicare, nelle Linee guida, che le informazioni da fornire in sede di bando debbano essere reperite dalla stazione appaltante attraverso metodi meno onerosi possibile, sia per la stessa stazione appaltante che per i concorrenti alla gara. Innanzitutto, la stazione appaltante non può richiedere a terzi informazioni già in suo possesso. Qualora, invece, la stazione appaltante non abbia informazioni certe per la predisposizione dei bandi di gara, ma le stesse siano in possesso dell'affidatario, devono essere previsti meccanismi idonei per il loro trasferimento all'amministrazione. Appare, quindi, opportuno che la stazione appaltante introduca nei bandi l'obbligo di fornire tutte le informazioni necessarie e preveda penali per il mancato rilascio di dette informazioni.

## 5. Determinazione dell'importo a base di gara

### Criticità riscontrate

Nel caso di bando che preveda l'affidamento congiunto del servizio universale con altri servizi, Fise Are e Fulmine hanno rappresentato che alcune stazioni appaltanti pongono come importo a base di gara l'importo al lordo dell'IVA, anziché quello netto, così come previsto dall'art. 29 del Codice. Ciò aveva l'effetto che Poste (che in qualità di gestore del servizio universale è l'unico operatore postale che può beneficiare dell'esenzione dall'IVA) godesse di un vantaggio competitivo sostanzialmente incolmabile, potendo praticare un ribasso del 18%, grazie a un privilegio fiscale non riconosciuto a tutte le altre imprese del settore<sup>26</sup>.

Si rileva in merito che la legge 11 agosto 2014, n. 116 (entrata in vigore il 21 agosto 2014) in sede di conversione del decreto legge 24 giugno 2014, n. 91<sup>27</sup> (c.d. competitività), ha aggiunto allo stesso l'art. 32 bis, in base al quale sono state dichiarate esenti da IVA « le prestazioni del servizio postale universale, nonché le cessioni di beni a queste accessorie, effettuate dai soggetti obbligati ad assicurarne l'esecuzione. Sono escluse le prestazioni di servizi e le cessioni di beni ad esse accessorie, le cui condizioni siano state negoziate individualmente»<sup>28</sup>.

La modifica normativa è in linea con quanto già affermato dalla Corte di giustizia europea nella sentenza del 23 aprile 2009, causa C357/07<sup>29</sup>, dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (nel caso A/441, Poste Italiane applicazione dell'Iva sui servizi postali, provvedimento n. 24293 del 29 aprile 2013, in boll. 16/2013) e, ancor più di recente, dall'Autorità per le Garanzie delle Comunicazioni (cfr. delibera n. 385/13/CONS del 20 giugno 2013, G.U. 16-7-2013, serie generale n. 165), che avevano affermato come Poste non potesse più beneficiare di alcuna esenzione IVA, dovendo applicare l'imposta in tutti i contratti commissionati da pubbliche amministrazioni con procedure di evidenza pubblica relativamente ai servizi che non rientrano nel servizio universale<sup>30</sup>.

Si deve, però, rilevare che anche Poste, durante i lavori del tavolo, ha dichiarato che, relativamente agli accordi negoziati individualmente, e quindi nella quasi totalità dei casi di servizi diversi da quello universale, non avrebbe avuto alcuna difficoltà a non applicare l'IVA, riconoscendo al contempo che per i servizi in gara, poiché per le ragioni già esaminate in precedenza, esulano dall'ambito del servizio universale, non può applicare il prezzo scontato di IVA.

---

<sup>26</sup> Si veda al riguardo la nota 24.

<sup>27</sup> Disposizioni urgenti per il settore agricolo, la tutela ambientale e l'efficientamento energetico dell'edilizia scolastica e universitaria, il rilancio e lo sviluppo delle imprese, il contenimento dei costi gravanti sulle tariffe elettriche, nonché per la definizione immediata di adempimenti derivanti dalla normativa europea.

<sup>28</sup> La norma modifica il d.p.r. 26 ottobre 1972, n. 633, articolo 10, primo comma n. 16.

<sup>29</sup> per cui «l'esenzione prevista all'art. 13, parte A, n. 1, lett. a), della sesta direttiva 77/388 si applica alle prestazioni di servizi e alle cessioni di beni accessori a dette prestazioni, ad eccezione dei trasporti di persone e delle telecomunicazioni, che i servizi pubblici postali effettuano in quanto tali, vale a dire a titolo della loro qualità di operatore che si obbliga a garantire in uno stato membro la totalità o una parte del servizio postale universale. Essa non si applica alle prestazioni di servizi né alle cessioni di beni accessori a dette prestazioni le cui condizioni siano state negoziate individualmente».

<sup>30</sup> Sul tema è stata emessa anche una recente sentenza del Tar Lazio, sez. I, 7 febbraio 2014 n. 1525, che ha affermato che gli accordi di Poste con i clienti business sono condizioni negoziate individualmente, pertanto non facendo parte del servizio universale sono soggetti ad IVA (non c'è l'esenzione). Il giudice amministrativo ha stabilito che L'Agcm, disapplicando la norma interna in contrasto con il diritto comunitario, ha legittimamente ordinato a Poste di astenersi da tale comportamento, cioè di non applicare l'IVA.

## **Opzione scelta**

Innanzitutto, si è ritenuto opportuno richiamare espressamente le stazioni appaltanti, affinché applichino in maniera puntuale l'art. 29 del Codice, il quale stabilisce che il valore stimato degli appalti pubblici a base di gara deve essere al netto dell'IVA.

Inoltre, nelle Linee guida è stato chiarito che le prestazioni oggetto di gara, trattandosi di accordi negoziati individualmente, non rientrano nell'alveo del servizio universale e che pertanto, alla luce anche della recente modifica normativa apportata al d.l. 91/2014, sono soggetti ad IVA.

L'IVA non deve essere applicata solo sui servizi universali offerti a condizioni e prezzi standard, non suscettibili di negoziazione individuale.

## **6. Subappalto**

### **Criticità riscontrate**

Fise Are e Fulmine hanno evidenziato come in alcuni bandi di gara sia imposto il divieto di subappalto per la partecipazione alle gare. Si tratterebbe di un ulteriore elemento, insieme alla mancata suddivisione in lotti, che potrebbe ostacolare la partecipazione alle gare di operatori diversi da Poste, non sussistendo operatori privati in grado di garantire direttamente una copertura del 100% del territorio nazionale. La mancata suddivisione in lotti e/o la presenza di limiti stringenti al subappalto costringerebbero le imprese alla costituzione di RTI con altri operatori economici. Ciò costituirebbe, tuttavia, un ostacolo all'efficiente partecipazione alle gare in considerazione anche dei vincoli posti in taluni bandi in merito ad RTI cosiddette sovrabbondanti, nonché al divieto di modifica della composizione delle RTI nel caso di gare con più lotti.

Poste, dal canto suo, ha evidenziato il fenomeno della cd "postalizzazione", che si verifica quando gli operatori privati affidano a Poste la corrispondenza che non sono in grado di consegnare. Per Poste si tratterebbe di una forma di subappalto, anche se "inconsapevole", che andrebbe computato ai fini del raggiungimento del limite del 30%.

In merito, Fise Are ha evidenziato che la postalizzazione espone l'operatore al rischio di perdite, in quanto le tariffe del servizio postale possono essere modificate in aumento dall'Agcom. Tale rischio non si ravvisa nel subappalto, dove il prezzo è fisso e stabilito contrattualmente.

Per Fulmine, i costi di postalizzazione dovrebbero essere incorporati dall'offerta così come previsto dalla gara indetta da Acquedotto Pugliese, che li rimborsa allo stampatore alle tariffe vigenti, così come già fanno oggi tutte le pubbliche amministrazioni che stampano all'esterno.

In sede di pubblica consultazione Poste ha inoltre ravvisato la necessità che gli invii recapitati dal concorrente con mezzi propri siano almeno della misura del 70%. Vi sarebbe, infatti, il rischio che se il limite del 30% al subappalto fosse applicato solo agli invii non recapitati direttamente, i concorrenti di Poste potrebbero arrivare a gestire in proprio meno del 50% degli invii totali, con notevole riduzione dell'omogeneità del servizio offerto.

Infine, qualora il ricorso ai partners dell'aggiudicatario non fosse qualificato come subappalto, e dunque l'aggiudicatario potesse ricorrere a tali soggetti senza limiti, il servizio potrebbe essere svolto nella sua interezza da soggetti giuridici diversi dall'aggiudicatario, senza che la stazione appaltante ne abbia contezza, superando anche le verifiche sulle caratteristiche soggettive del reale fornitore del servizio.

In sede di tavolo tecnico e di consultazione pubblica si è inoltre dibattuto su quali servizi possano rientrare nella fattispecie del subappalto di cui all'art. 118 del Codice dei contratti, e quindi debbano essere computati ai fini del raggiungimento del limite del 30% del servizio subappaltabile.

Poste ha evidenziato che nel settore postale dovrebbe essere considerato subappalto anche l'attività svolta dalle cd "sedi mandatarie", che l'operatore dichiara di possedere nell'ambito del procedimento per il rilascio delle licenze/autorizzazioni.

Gli altri partecipanti al tavolo non hanno condiviso la ricostruzione offerta da Poste sulle sedi mandatarie, evidenziando che gli operatori privati sono soliti organizzare il servizio attraverso la stipula di una serie di contratti con soggetti terzi, ad esempio contratti di servizio, contratti di franchising, di affitto di sedi, ecc..

Relativamente alla corrispondenza internazionale, gli operatori hanno segnalato l'opportunità di chiarire espressamente che il ricorso da parte dell'appaltatore ad altri partner con cui siano stati siglati accordi di collaborazione non costituisce subappalto ai fini dell'applicazione delle limitazioni quantitative di cui all'art. 118 del d.lgs. n. 163/2006, trattandosi dell'unica modalità tecnicamente ipotizzabile per l'esecuzione delle prestazioni *de quibus*.

In sede di consultazione pubblica Fise Are ha ribadito che nel calcolo del limite al subappalto non dovrebbero essere considerate né la quota degli invii all'estero né la quota postalizzata, per la quale difettano i requisiti del subappalto come delineato dal codice civile.

Cna ha evidenziato che nel calcolo del limite della quota subappaltabile non devono essere considerati i servizi di trasporto, in quanto esulano dall'attività primaria e trattasi di mero trasporto del materiale da recapitare. Invece, per Cna devono essere computate le sedi mandatarie (se non direttamente intestate e gestite dal licenziatario) i contratti di servizio, il franchising ed eventuali altri soggetti non riconducibili all'intestatario del contratto.

Di parere opposto è la Provincia di Napoli secondo cui le sedi mandatarie, i contratti di servizio, il franchising ed i contratti di trasporto non devono essere computati ai fini del raggiungimento della quota del 30% subappaltabile.

Xplor invece ha ritenuto di non potersi esprimere sulla fattispecie del subappalto nei servizi postali, in quanto ha rilevato l'opinabilità del dato essenziale – l'esistenza di un limite del 30% *ex art.* 118 d.lgs. 163/2006 in relazione al subappalto dei servizi in questione – posto alla base della formulazione della domanda. Infatti, le direttive comunitarie non prevedono alcun limite al subappalto, per cui i limiti allo stesso sono di più che dubbia compatibilità con la normativa comunitaria ed hanno valenza estremamente anticoncorrenziale, restringendo i limiti di operatività imprenditoriale dell'appaltatore. Pertanto, ha invocato la disapplicazione da parte dell'Autorità della norma interna (art. 118 del Codice) incompatibile con il diritto comunitario.

## **Opzione scelta**

Posto che il subappalto, nei limiti previsti, è un istituto previsto dall'art. 118 del Codice, si è ritenuto opportuno ricordare, nelle Linee guida, che i bandi di gara aventi ad oggetto i servizi postali devono sempre ammettere la possibilità di subappaltare il servizio entro i limiti del 30%.

Ai sensi dell'art. 118, comma 2 del Codice le stazioni appaltanti devono indicare nel bando di gara quali servizi possano essere affidati in subappalto.

Come evidenziato dai partecipanti al tavolo, nel settore dei servizi postali tale indicazione può risultare complessa, considerato che gli operatori economici, specie di piccole e medie dimensioni, si dotano di organizzazioni peculiari, ricorrendo a contratti di servizio, franchising, affitto di sedi, ecc., la cui qualificazione giuridica presenta elementi di problematicità.

Sembra, comunque, possibile affermare che non dovrebbe essere considerato subappalto la gestione della corrispondenza internazionale e quella postalizzata sulla rete del fornitore del servizio universale.

Relativamente alla corrispondenza internazionale, si ritiene di accogliere il suggerimento degli operatori, in quanto il ricorso da parte dell'appaltatore ad altri partners con cui siano stati siglati accordi di collaborazione non sembra costituire subappalto ai fini dell'applicazione delle limitazioni quantitative di cui all'art. 118 del d.lgs. n. 163/2006, trattandosi dell'unica modalità tecnicamente ipotizzabile per l'esecuzione delle prestazioni *de quibus*. In ogni caso si ricorda che la corrispondenza inviata all'estero dovrebbe costituire, salvo casi eccezionali, una quota assolutamente marginale del servizio postale a favore delle pubbliche amministrazioni.

Relativamente al fenomeno della postalizzazione (quando non ricorrono le condizioni esaminate al punto 3), si ritiene che pur potendosi ravvisare *prima facie* nello stesso alcuni caratteri tipici del subappalto, in realtà mancano gli elementi essenziali del relativo negozio giuridico.

Il subappalto è, infatti, il contratto mediante il quale l'appaltatore, assumendo il ruolo di sub committente, affida ad un terzo l'esecuzione parziale o totale di un servizio che si era impegnato ad effettuare per la stazione appaltante committente, con organizzazione dei mezzi necessari ed a proprio rischio. L'istituto ha matrice civilistica, trovando disciplina nell'art. 1656 del codice civile, secondo cui l'appaltatore non può dare in subappalto l'esecuzione dell'opera affidatagli se non è preventivamente autorizzato dal committente<sup>31</sup>.

Il subappalto in linea generale rappresenta una *species* del *genus* subcontratto o contratto derivato in cui l'appaltatore assume a sua volta la parte subappaltante. Il contratto di subappalto fa nascere un rapporto obbligatorio tra appaltatore e subappaltatore rispetto al quale il committente è estraneo perché non acquista né diritti né assume obblighi nei confronti del subappaltatore. L'appalto, infatti, resta immutato tra committente ed appaltatore originario, sul quale continua a far carico la responsabilità esclusiva dell'esecuzione dei lavori.

Tale schema presuppone la stipula di un contratto o quantomeno la presenza di un accordo tra sub committente e subappaltatore, che non è presente nel fenomeno della postalizzazione. Poste, in quanto gestore del servizio universale, è in ogni caso tenuta ad eseguire il servizio.

Nella postalizzazione difettano alcuni requisiti essenziali del contratto di subappalto ai sensi dell'art. 1325 Codice Civile.

Infatti, manca il requisito dell'accordo tra le parti, in quanto Poste non può rifiutarsi di eseguire il servizio, essendovi tenuta in quanto gestore del servizio universale. Inoltre, la causa, cioè lo scopo economico sociale perseguito dalle parti<sup>32</sup> non è quella tipica del subappalto. Da ultimo, difetta il requisito della forma scritta, che per gli appalti pubblici è prescritta dall'art. 11 comma 13 del Codice sotto pena di nullità<sup>33</sup>, e che è implicitamente richiesta dall'art. 118 comma 2, per cui l'affidatario deve provvedere al deposito del contratto di subappalto presso la stazione appaltante almeno venti giorni prima della data di effettivo inizio dell'esecuzione delle relative prestazioni.

L'assenza di negoziazione, unitamente al fatto che Poste non possa rifiutarsi di eseguire il servizio universale, fa emergere che la stessa sia tenuta ad applicare all'aggiudicatario le condizioni giuridiche, tecniche ed economiche (predeterminate e non negoziate) più favorevoli previste per la fornitura del servizio universale, ma non a praticare all'aggiudicatario, almeno a legislazione vigente, il prezzo offerto in sede di gara (si veda sopra par. 3 in tema di divisione in lotti).

Si evidenzia infine che una recente sentenza del Tar (Tar Lazio, sez. III, 16 giugno 2014 n. 6325) ha ritenuto "verosimile" il fatto che la postalizzazione non possa qualificarsi come subappalto, poiché si

---

<sup>31</sup> F.CARINGELLA, M. GIUSTINIANI, op. cit.

<sup>32</sup> La causa in senso concreto del negozio secondo F. SANTORO PASSARELLI, Opera (contratto di), Noviss. Dig. It., Utet, 1965, 984.

<sup>33</sup> Si veda da ultimo la Determinazione n. 1 del 13 febbraio 2013.

limiterebbe ad una mera operazione materiale di affidamento della corrispondenza al servizio universale mediante immissione nella rete postale, ed è giuridicamente impossibile negoziare accordi individuali tra Poste e terzi nell'ambito del servizio universale.

Si evidenzia, infine, che non vi dovrebbe essere un abuso del ricorso alla postalizzazione da parte dell'aggiudicatario, in quanto il prezzo posto a base di gara dovrebbe essere al più pari a quello del servizio universale, e quindi per ogni invio postalizzato l'affidatario subirebbe una perdita economica.

Relativamente alle fattispecie del contratto di trasporto e del franchising, è utile ricordare che nel settore del diritto pubblico la giurisprudenza adotta una nozione di subappalto più ampia di quella civilistica e lo definisce come qualunque tipo di contratto che intercorre tra l'appaltatore ed un terzo in virtù del quale talune delle prestazioni appaltate non sono eseguite dall'appaltatore con la propria organizzazione di mezzi e di personale, bensì mediante soggetti giuridici distinti, forniti dei necessari requisiti a cui non ostano le cautele antimafia (Consiglio di Stato, Sez. VI, sentenza 9 febbraio 2006, n. 518).

Pertanto, in una fattispecie riguardante un contratto di fornitura con consegna periodica al domicilio nel quale il contraente effettuava il trasporto dei beni al domicilio degli assistiti senza avvalersi della propria organizzazione d'impresa, ma di vettori indipendenti (cd. padroncini), l'Autorità ha ritenuto di individuare gli estremi del subappalto (Parere sulla normativa AG 16/2012 del 27.9.2012).

Infatti, l'oggetto del contratto, come da capitolato, era duplice: fornitura dei beni e servizio di consegna periodica domiciliare. Pertanto, l'obbligazione di consegna al domicilio è stata qualificata come obbligazione principale e non accessoria, in quanto in tale tipologia contrattuale la consegna costituisce l'obbligo principale del venditore (o del somministrante) e, come tale, incombe sull'aggiudicatario della commessa pubblica.

In applicazione dei suddetti principi si ritiene che i contratti che hanno ad oggetto anche una sola delle fasi del servizio postale (ad esempio il trasporto) stipulati tra l'aggiudicatario del servizio postale e soggetti terzi debbano essere qualificati come contratti di subappalto e quindi computati al fine del raggiungimento del limite del 30%.

Relativamente al franchising, in base alla sentenza del Consiglio di Stato, Sez. VI, 9 febbraio 2006 n. 518, il franchising rientra nella nozione di subappalto. Il franchising, infatti, costituisce una forma di collaborazione tra imprese, in cui taluni soggetti, i franchisees, commerciano prodotti del franchisor, utilizzandone marchio e know-how, ma mediante una distinta organizzazione, rimanendo soggetti economicamente e giuridicamente distinti dal franchisor. Pertanto, ove l'appaltatore-franchisor intenda non eseguire in proprio talune prestazioni, ma affidarle a franchisees che sono giuridicamente ed economicamente soggetti distinti dall'appaltatore, si realizza un subappalto ai sensi del Codice.

Infine, non è stata ritenuta praticabile nelle Linee guida la disapplicazione delle norme dell'art. 118 del Codice per contrasto con le norme comunitarie, richiesta da Xplor.

Infatti, con l'art. 118 del Codice (e prima con l'art. 18, l. n. 55 del 1990, dettato per i lavori e esteso anche a servizi e forniture dai d.lgs. n. 157/1995, d.lgs. n. 358/1992 e d.lgs. n. 158/1995), il legislatore ha dettato una serie di cautele in relazione al subappalto, sia al fine di garantire la qualità della prestazione del subappaltatore, sia al fine di prevenire fenomeni di infiltrazione delinquenziale nei contratti pubblici. La ratio pubblicistica dei limiti al subappalto è sia quella di tutelare l'interesse dell'amministrazione all'immutabilità dell'affidatario, sia quella di non eludere lo scopo della procedura di selezione, che sarebbe vanificato qualora nella fase esecutiva dei contratti si pervenisse alla sostanziale sostituzione dell'affidatario con il subappaltatore.

Va peraltro denotato che la giurisprudenza comunitaria da tempo non esclude in assoluto la compatibilità di limitazioni al subappalto con i principi del Trattato UE, affermando in tal senso in materia di servizi, che il divieto di subappalto per l'esecuzione di parti essenziali dell'appalto non è

contrario alla fonte comunitaria laddove l'amministrazione aggiudicatrice non è in grado di controllare le capacità tecniche e finanziarie dei subappaltatori in occasione della valutazione delle offerte e della selezione del migliore offerente (Corte Giustizia CE, 18 marzo 2004, in causa C-314/01 Siemens). Ciò in quanto corrisponde ad un preciso ed apprezzabile interesse della stazione appaltante, ai fini del controllo di qualità delle imprese concorrenti e partecipanti alla gara e del relativo rapporto che nasce dall'aggiudicazione, il quale non ammette la cessione del contratto o la sostituzione.

## 7. Raggruppamenti temporanei di imprese

### Criticità riscontrate

Fise Are e Fulmine hanno evidenziato che il bando di gara avente ad oggetto servizi postali nel quale è posto il divieto assoluto di costituzione di raggruppamenti temporanei di imprese (RTI) composte da due o più imprese singolarmente in possesso dei requisiti di partecipazione (raggruppamento temporaneo di imprese "sovrabbondante", o "clausola antitrust") rischia di produrre gravi distorsioni al corretto operare dei meccanismi concorrenziali restringendo il confronto competitivo a vantaggio del gestore del servizio universale, che è l'unico in grado di garantire mediante la propria struttura diretta una copertura che si avvicina alla totalità del territorio nazionale.

Spesso, infatti, a causa della particolare natura del servizio che impone la copertura con addetti di tutto il territorio interessato, le imprese partecipanti ad un RTI sono tutte singolarmente in possesso dei requisiti speciali di partecipazione (specie se questi sono calcolati in base al fatturato totale e specifico realizzato), ma nessuna operativamente in grado di servire direttamente con la propria struttura aziendale tutto il territorio coinvolto dai flussi di corrispondenza. Il divieto di RTI sovrabbondanti determinerebbe un ostacolo alla concorrenza poiché le imprese singolarmente in possesso dei requisiti sono costrette a rinunciare a prendere parte alla procedura non potendo eseguire la commessa se non attraverso la costituzione di RTI con altre imprese sempre dotate dei requisiti speciali di partecipazione, ma operanti su frazioni del territorio non coperte dagli altri membri del RTI.

Per Fise Are e Fulmine si dovrebbero invitare le stazioni appaltanti a non introdurre il divieto *de quo* nelle gare per l'affidamento di servizi postali o quantomeno rimodularlo, prevedendone l'operatività solo allorquando l'impresa autosufficiente oltre a possedere i requisiti di ammissione in gara sia anche in possesso di una rete che consenta di garantire la copertura del 100% del territorio di destinazione della corrispondenza.

Fise Are ha, inoltre, evidenziato che alcune stazioni appaltanti di rilievo nazionale dotate di strutture periferiche affidano i servizi postali con gare suddivise in più lotti, cui corrispondono diverse aree geografiche di destinazione della corrispondenza. In queste gare viene frequentemente introdotto l'obbligo per i concorrenti plurisoggettivi che partecipano a più lotti di mantenere inalterata la composizione del RTI da un lotto all'altro<sup>34</sup>.

---

<sup>34</sup> Ad esempio par. 5.1 disciplinare Equitalia per cui «il concorrente che partecipi a più lotti dovrà, a pena di esclusione, assumere la medesima forma di partecipazione e composizione per tutti i lotti per i quali presenta offerta» disciplinare Inail – Consip par. 2.2 «Il soggetto che intenda partecipare a più lotti è tenuto a presentarsi sempre nella medesima forma (individuale o associata) ed in caso di R.T.I. o Consorzi, sempre con la medesima composizione, pena l'esclusione del soggetto stesso e del concorrente in forma associata cui il soggetto partecipa».

Tuttavia, queste prescrizioni costringerebbero i concorrenti a creare macro RTI inserendo imprese che possono dare un contributo limitato ad alcuni lotti e non in altri in ragione della loro specifica localizzazione territoriale.

In caso di aggiudicazione di un solo lotto in favore di un certo concorrente plurisoggettivo (che ha partecipato a più lotti) il RTI che andrà a siglare il contratto sarà giocoforza composto anche da imprese che avranno quote di partecipazione e di esecuzione del servizio minime, se non del tutto nulle, e che sono state inserite in RTI solo per il contributo che avrebbero eventualmente potuto rendere in caso di aggiudicazione di altri lotti relativi ad aree geografiche diverse rispetto a quelle ricomprese nel lotto aggiudicato.

La rimozione di obblighi di questo tipo permetterebbe di scongiurare le distorsioni appena evidenziate, che finiscono per attribuire una responsabilità solidale ad imprese che, di fatto, non hanno alcun ruolo nell'esecuzione della commessa.

Fise Are ha altresì chiarito come gli operatori del settore postale incontrino notevoli difficoltà nell'associarsi in RTI, in quanto per garantire la copertura di tutto o gran parte del territorio nazionale occorre costituire RTI di notevoli dimensioni (a causa dell'obbligo di invarianza del RTI). Ciò comporta in primis ingenti spese di gestione, ma soprattutto comporta la produzione di una notevole mole di documentazione amministrativa, che espone il RTI al rischio di esclusione dalle gare per irregolarità, anche formali, nella documentazione amministrativa stessa (si pensi solo alle dichiarazioni ex art. 38 che devono essere prodotte da tutti gli associati).

## Opzione scelta

Premesso che il raggruppamento temporaneo è un istituto pro-competitivo che favorisce l'accesso al mercato dei contratti pubblici soprattutto alle piccole e medie imprese, nelle linee guida si è ritenuto di indicare alle stazioni appaltanti di non introdurre divieti assoluti di raggruppamenti temporanei sovrabbondanti, ma di valutare caso per caso se il raggruppamento "non necessario" sia finalizzato ad escludere la partecipazione degli altri concorrenti e di segnalare tale evenienza alle autorità competenti.

Il divieto assoluto di costituire RTI sovrabbondanti, seppure ispirato a ragioni di tutela della concorrenza, non ha, infatti, un fondamento normativo specifico ed è osteggiato dalla più recente giurisprudenza amministrativa, che ne ha chiarito la portata in alcune sentenze:

1. Tar Lazio, sez. III, 9 aprile 2013 n. 3558: ha affermato la nullità della clausola antitrust, anche se in passato è stata ritenuta ammissibile, in quanto legittima manifestazione del potere discrezionale delle stazioni appaltanti di disciplinare – eventualmente anche in modo più restrittivo rispetto alla legge – i requisiti di ammissione alle gare. Tuttavia, nel frattempo, questo potere discrezionale è stato soppresso da una norma, l'articolo 46 del d. lgs. 163/2006 (introdotto dall'articolo 4 del d.l. 13 maggio 2011, n. 70, convertito con modificazioni dalla legge 12 luglio 2011, n. 106), secondo cui i bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione che non siano previste dalla legge e che dette ulteriori prescrizioni, se inserite, sono comunque nulle.
2. Tar Lazio, sez. II *ter*, 15 aprile 2013 n. 3810 che, in maniera meno netta rispetto alla sentenza precedente, ha affermato che non è possibile, in linea di massima, presumere un intento anticoncorrenziale e cercare di prevenire lo stesso attraverso l'introduzione di clausole potenzialmente lesive del principio di *favor participationis* alla gara. Tali clausole inibitorie della partecipazione in raggruppamento temporaneo non possono in ogni caso essere generiche, sino al punto di escludere anche la possibilità del raggruppamento tra un'impresa già da sola in possesso dei requisiti ed imprese sprovviste di tali requisiti, la cui unica possibilità di

partecipazione alla gara sarebbe costituita proprio dall'associazione con l'impresa di maggiori dimensioni.

3. Cons. St., sez. III, 5 febbraio 2013 n. 689 per cui «il divieto di tal tipo di ATI non è posto in assoluto, né sarebbe legittimamente possibile, stante l'evidente *favor* del diritto comunitario alla partecipazione alle gare ad evidenza pubblica anche dei soggetti riuniti, al di là della forma giuridica di tale loro aggregazione. Il divieto, come d'altronde ogni limite quantitativo all'ingresso di operatori in un dato mercato competitivo, anche regolato, serve a garantire che non si verifichi un'indebita, sproporzionata o irruzione compressione della concorrenza nella specifica gara. Di converso, il divieto va interpretato secondo gli ordinari canoni di valutazione di coerenza della fonte con le regole ed i principi costituzionali e comunitari, ossia precludendo siffatta partecipazione con riguardo alle evidenze del mercato proprio dell'appalto e nei soli limiti in cui ciò è necessario. Da ciò discende, per un verso, il carattere non immediatamente escludente della clausola e, per altro verso, la necessità di fornire un serio principio di prova dell'interesse concreto e differenziato, ossia del bisogno giuridico dell'appellante di partecipare alla gara nella modalità di ATI sovrabbondante ed in quella sola peculiare modalità».

Anche l'Autorità ha avuto modo di pronunciarsi sul divieto di RTI sovrabbondanti, con la Determinazione n. 4 del 10 ottobre 2012, nella quale ha affermato la non ammissibilità di un divieto generalizzato di partecipazione ai raggruppamenti sovrabbondanti. Il divieto può essere giustificato solo quando il sovradimensionamento del raggruppamento si inserisce in un contesto di elementi di fatto che denoti il perseguimento di un fine illecito tramite lo strumento del RTI sovrabbondante, dando luogo sostanzialmente ad un caso di abuso del diritto di costituire il raggruppamento.

Il contenuto della determinazione 4/2012 è stato chiarito dal comunicato del Presidente ANAC del 3 settembre 2014 che ha evidenziato come sia sempre consentita la possibilità di costituire raggruppamenti temporanei, anche di tipo sovrabbondante e come l'esclusione non possa essere mai automatica. Infatti, «qualora la stazione appaltante ravvisi possibili profili anticoncorrenziali nella formazione del raggruppamento ha l'onere di valutare in concreto la situazione di fatto, richiedendo ai concorrenti le relative giustificazioni, che potranno basarsi non solo su elementi legati ad eventuali stati di necessità, in termini di attuale capacità produttiva, ma su ogni altro fattore rientrante nelle libere scelte imprenditoriali degli operatori economici, come l'opportunità ovvero la convenienza di partecipare in raggruppamento alla luce del valore, della dimensione o della tipologia del contratto. Nell'ambito della valutazione di tali elementi, la stazione appaltante dovrà, quindi, accertare se la formazione del raggruppamento ha avuto per oggetto o per effetto quello di falsare o restringere la concorrenza, e solo in caso di esito positivo potrà essere disposta l'esclusione dalla gara».

Non appare neppure accoglibile il suggerimento avanzato di limitare i raggruppamenti sovrabbondanti ai soli operatori in grado di coprire con la propria struttura l'intero territorio nazionale. Si tratterebbe di un divieto imposto alla sola società Poste e che potrebbe porre questa impresa in posizione di indebito svantaggio in talune situazioni specifiche. Vale comunque il suggerimento generale per le stazioni appaltanti di valutare con particolare attenzione situazioni nelle quali Poste partecipi a raggruppamenti temporanei al fine di segnalare la fattispecie all'Autorità o all'Agcm per un successivo scrutinio di legittimità di tale scelta.

Nelle Linee guida si è ritenuto altresì di evidenziare che i bandi di gara non debbano contenere clausole che impongano l'obbligo per i concorrenti plurisoggettivi che partecipano a più lotti di mantenere inalterata la composizione del raggruppamento da un lotto all'altro.

L'Autorità, sulla scorta della giurisprudenza amministrativa, ha già avuto occasione di chiarire che la partecipazione di un soggetto (nel caso di specie un consorzio) a due lotti della stessa gara quale

mandataria di due diversi RTI, non si traduce nella violazione del divieto di cui all'art. 37, comma 7 del Codice, ovvero il divieto di partecipazione in più di un RTI ed il divieto di partecipare alla stessa gara sia singolarmente che in raggruppamento temporaneo di imprese (Parere di precontenzioso n. 122 del 19 luglio 2012).

Infatti, in caso di appalto suddiviso in lotti, si è in presenza di più gare (tanti quanti sono i lotti) svolte in un unico contesto temporale: è come se il bando indicasse tante gare quanti sono i lotti, che sono aggiudicabili separatamente a concorrenti diversi, ed in relazione ai quali vengono stipulati diversi contratti di appalto. Per tali ragioni non ci si trova di fronte ad un appalto unitario e se non vi è appalto unitario non vi può essere unicità della gara<sup>35</sup>.

Quanto sopra non confligge con la ratio dell'art. 37 comma 7 del Codice, che mira a tutelare il corretto e trasparente svolgimento delle gare, nelle quali il libero gioco della concorrenza sarebbe alterato dall'eventuale presentazione di offerte che, pur essendo formalmente autonome, siano finalizzate, preve possibili intese, ad indirizzare il risultato della gara, con palese violazione dei principi di segretezza delle offerte e della par condicio dei concorrenti<sup>36</sup> nonché a salvaguardare il principio della concorrenza, in modo da evitare la contemporanea partecipazione alla gara di soggetti che - in quanto aspiranti all'esecuzione del medesimo contratto sotto la veste di diverse figure soggettive - si trovino nella condizione di finalizzare le proprie offerte ad indirizzare il risultato della gara<sup>37</sup>.

Le cose cambiano quando la commissione di gara rileva elementi dai quali si possa dedurre che l'offerta relativa ad un lotto sia in grado di interferire con le offerte riguardanti l'altro lotto e, dunque, di falsare il risultato della procedura sotto il profilo della concorrenza. Si tratta di una situazione verificatasi in un ben noto caso trattato dall'Agcm e relativo ad un'intesa volta a falsare i risultati di una gara indetta dalla centrale di committenza Consip nel settore dei buoni pasto<sup>38</sup>. La partecipazione singola o associata dei principali concorrenti ai diversi lotti era il sintomo di un'intesa finalizzata a falsare il risultato di una gara, la cui portata restrittiva è stata accertata dall'Agcm a seguito di un'estesa attività istruttoria. È chiaro che, come nel caso del RTI sovrabbondante, sintomi che possono indicare di essere in presenza di intese restrittive, non possono essere generalizzati ad elementi patologici e condurre alla previsione di un divieto generalizzato e preventivo, peraltro in assenza di uno specifico vincolo di legge e in violazione di quanto disposto dal richiamato articolo 46, comma 1 *bis*, del Codice.

Ciò vale soprattutto nel caso del settore postale, nel quale, come già ricordato, nessun operatore privato ha dimensioni tali per concorrere da solo in più lotti, ed in concreto si trova impossibilitato a partecipare alle gare con più lotti se non può associarsi, per ciascun lotto territoriale, di volta in volta con gli altri operatori che coprono quel determinato territorio. E' plausibile ciò che afferma Fise Are secondo cui le clausole che impediscono la modifica del raggruppamento da un lotto all'altro, costringono i concorrenti a creare macro RTI con imprese che in sede di esecuzione possono dare un contributo limitato ad alcuni lotti e non in altri.

Per tali motivi, le clausole in questione appaiono in contrasto anche con i principi di libera concorrenza e massima partecipazione, enunciati dall'art. 2 del Codice.

## 8. Requisiti di partecipazione

---

<sup>35</sup> Tar Lazio, sez. I *ter*, 9 dicembre 2010 n. 3974.

<sup>36</sup> Tar Sicilia, Palermo, 5 luglio 2006 n. 1596 e, conforme, Cons. St., sez. V, 15 dicembre 2011 n. 6579.

<sup>37</sup> Cfr., tra le altre, Tar Lazio, sez. I *ter*, 9 dicembre 2010, n. 35960; Tar Abruzzo, L'Aquila, sez. I, 16 marzo 2010, n. 203.

<sup>38</sup> Provvedimento 13 giugno 2002, I463, *Pellegrini-Consip*.

## Criticità riscontrate

Fise Are ha evidenziato come nei bandi di gara la fissazione dei requisiti di partecipazione sia molto eterogenea. Viene, ad esempio, richiesto il possesso da parte delle imprese concorrenti dell'autorizzazione generale e della licenza individuale, possesso che costituirebbe condizione necessaria, ma non sufficiente a garantire l'affidabilità dell'esecutore. Per scongiurare il rischio che vengano affidate commesse pubbliche a operatori privi di adeguate strutture aziendali per Fise Are sarebbe opportuno fissare requisiti speciali di partecipazione ancorati all'organico medio annuo della compagine societaria, da calcolarsi sulla base del personale impiegato dall'azienda nell'ultimo triennio (art. 42, co. 1, lett. g, del Codice) e criteri di solidità finanziaria ed economica.

Fise Are ha, altresì, evidenziato che alcune stazioni appaltanti prevedono tra i requisiti di ammissione la disponibilità in capo ai concorrenti di una rete diretta di filiali in grado di assicurare una certa copertura territoriale su scala nazionale per i servizi postali. In taluni casi è stato richiesto che i concorrenti dichiarassero di avere una copertura pari al 100% del territorio nazionale. Tale prassi determinerebbe una restrizione del confronto competitivo, che potrebbe anche azzerarsi, laddove oltre a richiedersi una copertura territoriale integrale venga contestualmente vietato il ricorso al subappalto. Opzioni di questo genere, per Fise Are, impedirebbero alle società che hanno reti localizzate in specifiche aree regionali di prendere utilmente parte alle procedure di gara, con un'indebita restrizione del confronto competitivo.

Fise Are ha suggerito, pertanto, i seguenti requisiti:

### Requisiti generali:

- iscrizione alla C.C.I.A.A. ai sensi del d.p.r. 7 dicembre 1995 n. 581, con indicazione della natura giuridica, denominazione, sede legale ed oggetto dell'attività, nonché generalità degli amministratori e dei direttori tecnici;
- insussistenza delle cause di esclusione indicate dall'art. 38, comma 1 del d.lgs. 163/2006;
- insussistenza di misure di prevenzione di cui alla legge 31 maggio 1965, n. 575;
- possesso di Licenza individuale ai sensi del d.m. del Ministero delle Comunicazioni 4 febbraio 2000 n. 73 e/o di Autorizzazione generale ai sensi del d.m. del Ministero delle Comunicazioni 4 febbraio 2000 n. 75 (a seconda dei servizi oggetto del bando gara);
- rating di legalità rilasciato dall'Agcm ai sensi dell'art. 5 ter del d.l. 1/2012 (punteggio aggiuntivo)<sup>39</sup>,

### Requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa:

- possesso di fatturato globale d'impresa (degli ultimi 3 esercizi) non inferiore ad un minimo prestabilito (a seconda dei servizi e dei volumi oggetto del bando gara);
- possesso di fatturato specifico relativo ai servizi oggetto della gara (degli ultimi 3 esercizi) non inferiore ad un minimo prestabilito (a seconda dei servizi e dei volumi oggetto del bando gara);
- dichiarazione di almeno due istituti bancari o intermediari autorizzati ai sensi del decreto legislativo n. 385/1993;
- bilanci o estratti dei bilanci dell'impresa, o dichiarazione sottoscritta in conformità alle disposizioni del d.P.R. n. 445/2000;
- numero medio annuo di dipendenti impiegati negli ultimi 3 anni non inferiore ad un minimo prestabilito (a seconda dei servizi/volumi oggetto del bando gara) secondo la seguente proporzione:

---

<sup>39</sup> previsto nella bozza del d.l.12 settembre 2014, n. 133 (cd "Sblocca Italia). Tuttavia, tale previsione è stata eliminata nella stesura finale del decreto.

- un addetto ogni 120.000 pezzi di ordinaria da spedire nell'arco dell'anno;
  - un addetto ogni 30.000 pezzi di raccomandata da spedire nell'arco di un anno;
  - un addetto ogni 17.143 pezzi di notifiche eseguite a mezzo di messo comunale da spedire nell'arco di un anno;
- garanzia provvisoria ai sensi dell'art.75 del d.lgs.163/2006, sotto forma di cauzione o di fideiussione, pari al 2% dell'importo a base di gara;
  - possesso polizze assicurative R.C.T. (responsabilità civile verso terzi), R.C.A. (responsabilità civile auto) e R.C.O. (responsabilità civile verso i prestatori di lavoro), con massimali, per anno e per sinistro, consistenti.

Requisiti di idoneità tecnica:

- possesso certificazione del Sistema qualità aziendale conforme alle norme europee della serie UNI EN ISO 9001 e alla vigente normativa nazionale (rilasciata da soggetti accreditati ai sensi delle norme europee);
- possesso certificazione per il Sistema di gestione ambientale conforme alle norme europee della serie UNI EN ISO 14001 e alla vigente normativa nazionale (rilasciata da soggetti accreditati ai sensi delle norme europee).

Fise Are ha evidenziato che tra i requisiti di partecipazione assume particolare importanza l'organico medio annuo del concorrente, da calcolarsi sulla base del personale impiegato nell'ultimo triennio. In subordine, laddove si dovesse ritenere che tale misura possa risultare particolarmente penalizzante per la partecipazione, in quanto specie per alcuni affidamenti potrebbe restringerla unicamente agli operatori che hanno già raggiunto determinate dimensioni, si potrebbe prevedere che il requisito dimensionale sia limitato ad una percentuale rispetto a quello necessario per l'espletamento del servizio. A parere dell'associazione questa soluzione non limiterebbe la partecipazione a soggetti, che attraverso l'acquisizione del servizio, vogliono puntare ad una crescita dimensionale, limitandola, invece, a coloro che non hanno le capacità tecnico-organizzative per gestire l'appalto.

I partecipanti hanno convenuto sul fatto che, per combattere il fenomeno del lavoro irregolare nel settore, l'organico debba far parte dei requisiti soggettivi di partecipazione, mentre, per consolidata giurisprudenza amministrativa, non possa essere utilizzato come criterio di valutazione dell'offerta.

Poste ha evidenziato l'importanza del requisito del fatturato specifico e dei requisiti di qualità aziendale. Relativamente al requisito dell'organico medio annuo relativo al precedente triennio, Poste ha evidenziato come lo stesso si ponga come condizione di garanzia per una regolare esecuzione del servizio. Pertanto, tale requisito deve essere richiesto, opportunamente parametrato, sia nel caso di servizi che richiedano consegne diluite in modo uniforme nel corso del contratto, sia nelle gare in cui è richiesto un servizio di consegna concentrato nel tempo, ovvero in caso di ingenti spedizioni a cadenza fissa con tempi di consegna particolarmente stringenti.

Per Poste anche il numero di addetti al recapito è un elemento rilevante ai fini della migliore esecuzione del servizio in quanto strettamente legato all'occorrenza ed in ragione di esigenze della stazione appaltante, alla possibilità di effettuare un ingente numero di recapiti in un lasso di tempo molto breve ed in un territorio molto ampio.

In sede di consultazione pubblica Poste ha contestato la proporzione tra i volumi per tipologie di corrispondenza e gli addetti al recapito proposta da Fise Are, poiché sarebbero utili solo alla verifica di un requisito di qualificazione di concorrenti di Poste e non potrebbero essere prese a riferimento di produttività generale per il settore postale, o come elemento utile alla verifica di anomalia delle offerte, considerato anche l'utilizzo di contratti diversi di lavoro e dell'esigenza di non penalizzare gli operatori che applicano contratti più tutelanti per i lavoratori.

Inoltre, ha evidenziato che in caso di avvalimento e di ricorso a subappalto, l'impresa ausiliaria ed il subappaltatore devono possedere in proprio i titoli abilitativi.

I requisiti indicati da Poste sono nel dettaglio i seguenti:

Requisiti generali specifici di settore (oltre quelli previsti ex artt. 38 e 39 del d.lgs. 163/2006):

- possesso di titoli abilitativi anche rispetto ai soggetti di cui ci si avvale relativamente all'esercizio di attività postale oggetto di gara;

Requisiti di capacità economico/finanziaria e tecnico professionale:

- dichiarazione di almeno due istituti bancari o intermediari autorizzati ai sensi del decreto legislativo 1 settembre 1993, n. 385;
- bilanci o estratti dei bilanci di impresa ovvero dichiarazione sottoscritta in conformità alle disposizioni del decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445;
- importo relativo a servizi nel settore specifico oggetto della gara relativo agli ultimi tre anni non inferiore ad importo definito correlato al valore dell'appalto;
- possesso di certificazione di qualità;
- a garanzia della serietà ed affidabilità dell'offerente anche in ragione della delicatezza e della rilevanza sociale del servizio oggetto di affidamento, potrebbe aggiungersi per i partecipanti l'obbligo di sottostare ad esigenze di sicurezza ed inviolabilità della corrispondenza opportunamente valorizzate dal legislatore comunitario ex art. 1 lett. u del d.lgs. n. 261/1999, da comprovare anche tramite il possesso di certificazione del sistema di qualità aziendale conforme alle norme europee della serie UNI ISO 9001 e 2700 per i servizi IT.

Fulmine ha evidenziato che i requisiti devono essere fissati nella prospettiva di *favor* per l'accesso delle piccole e medie imprese alle commesse pubbliche ed allargare la partecipazione alle gare. In tal senso segnala i requisiti di partecipazione previsti nel bando Consip-Inail.

Relativamente all'organico, occorrerebbe tarare i requisiti sui criteri di capacità economico/finanziaria, e non sul dato storico, in quanto il concorrente potrebbe presentare, in sede di offerta, l'impegno ad assumere determinate unità di personale dopo l'aggiudicazione dell'appalto.

In sede di pubblica consultazione, Fulmine non ha concordato con l'individuazione di una quota dell'organico medio annuo, nel quale si dovrebbero comunque considerare solo gli addetti al recapito con contratto di lavoro e non le altre risorse dell'azienda o del gruppo che partecipa alla gara.

La capacità di gestione degli invii, come correttamente richiesta, andrebbe valutata sulla base dei contratti eseguiti, chiedendo anche i relativi volumi gestiti. In questo modo si valuterebbe la capacità dell'impresa in termini gestionali/organizzativi e si lascerebbe spazio in fase di esecuzione al controllo dell'utilizzo di un adeguato numero di risorse per lo svolgimento del servizio. Per Fulmine si dovrebbe anche tener conto del fatto che il servizio di recapito gestisce volumi non lineari come distribuzione territoriale e temporale.

Fulmine ha evidenziato altresì come vi siano dei bandi, come ad esempio quello indetto da AMA Roma, che, prevedendo il *bundling* di stampa e recapito e richiedendo che lo stampatore debba avere sede nella provincia di Roma, limiterebbero ad un numero estremamente ridotto i possibili partecipanti.

Cna ha osservato che i requisiti di partecipazione dovrebbero essere attinenti all'attività svolta a garanzia della professionalità, qualità, legalità dei contratti di lavoro del personale impegnato (garantendo che il personale impegnato sia riconducibile all'azienda vincitrice dell'appalto). Inoltre dovrebbe essere richiesto un fatturato specifico, commisurato all'entità dell'appalto, e l'impiego di un numero di dipendenti non inferiore a determinati parametri da documentare attraverso atti pubblici (CCIAA).

In sede di consultazione Xplor ha dichiarato di condividere, in linea di principio, la posizione dell'Autorità sui requisiti di partecipazione. Ha tuttavia espresso perplessità sulla commisurazione del fatturato globale d'impresa per un valore fino al doppio di quello posto a base di gara, in quanto tale requisito non sarebbe ragionevole e proporzionale, e non conforme alle previsioni dell'art. 42 comma 3 del Codice. Parimenti non condivisibile, per i servizi a monte di quelli postali, sarebbe la richiesta di licenza individuale ex d.m. 73/2000 o autorizzazione generale ex art. 75/2000.

Anche la Provincia di Napoli in sede di consultazione ha condiviso i requisiti individuati dall'Autorità, evidenziando tuttavia che occorrerebbe individuare, più che l'organico medio, l'incidenza del costo della manodopera sul costo degli invii, cosa che risulta estremamente utile se non necessaria al fine di individuare offerte anormalmente basse in caso di aggiudicazione al prezzo più basso.

Sul tema dei requisiti di partecipazione l'Agcom ha rilevato che in Italia, a differenza di quanto avviene in altri paesi, in sede di rilascio dei titoli abilitativi (licenze individuali e autorizzazioni generali), non vengono ad oggi chieste informazioni dettagliate circa la capacità tecnico-organizzativa dell'impresa (es. dimensioni e struttura aziendale, numero di addetti etc.).

Ha evidenziato altresì la difficoltà di rinvenire un criterio in base al quale stabilire un rapporto tra fatturato e numero di addetti al servizio postale. La regolamentazione attuativa vigente in materia di requisiti per il rilascio della licenza individuale o autorizzazione generale necessita di un aggiornamento volto ad inserire nella futura regolamentazione del settore specifiche garanzie (requisiti di capacità tecnica-operativa e/o di idoneità finanziaria) a tutela dell'utenza e della reale idoneità delle imprese a fornire un adeguato livello qualitativo dei servizi. Comunque, presso l'Agcom è in corso un apposito procedimento istruttorio volto all'adozione di un nuovo regolamento in materia di titoli abilitativi nel settore postale.

## **Opzione scelta**

Relativamente ai requisiti di carattere generale, nelle Linee guida è evidenziato come il possesso dei requisiti di cui all'art. 38 del Codice sia imprescindibile per la partecipazione alle gare pubbliche, come affermato dall'Autorità e dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato<sup>40</sup>.

Relativamente ai requisiti di carattere speciale, si ritiene di prendere a riferimento quelli indicati dagli art. 41 e 42 del Codice, alla luce dell'interpretazione data agli stessi dall'Autorità, che ha valorizzato il rispetto dei principi di proporzionalità, logicità e ragionevolezza, cioè della pertinenza e congruità a fronte dello scopo conseguito dai requisiti stessi<sup>41</sup>.

Al fine di dare la massima apertura alla concorrenza, ma al contempo garantire la partecipazione di concorrenti in possesso di esperienza e competenza tali da poter gestire le complessità tecniche tipiche del servizio da affidare, si ritiene opportuno indicare, nelle Linee guida, i seguenti requisiti di carattere speciale:

### Capacità economica e finanziaria:

- bilanci o estratti dei bilanci dell'impresa, ovvero dichiarazione sottoscritta in conformità alle disposizioni del d.p.r. 28 dicembre 2000 n. 445;
- dichiarazione, sottoscritta in conformità alle disposizioni del d.p.r. 28 dicembre 2000 n. 445, concernente il fatturato globale d'impresa e l'importo relativo ai servizi o forniture nel settore oggetto della gara, realizzati negli ultimi tre esercizi (fatturato specifico) per un valore fino al

---

<sup>40</sup> Parere sulla normativa del 3 luglio 2013, Cons. St., sez. VI, 21 maggio 2013, n. 2725.

<sup>41</sup> Pareri di precontenzioso n. 23 del 13 marzo 2013, n. 29 e n. 82 del 22 maggio 2013.

massimo al doppio di quello posto a base di gara<sup>42</sup>.

Rimane fermo che se il concorrente non è in grado, per giustificati motivi, ivi compreso quello concernente la costituzione o l'inizio dell'attività da meno di tre anni, di presentare le referenze richieste, può provare la propria capacità economica e finanziaria mediante qualsiasi altro documento considerato idoneo dalla stazione appaltante.

In tema di requisiti di capacità economica, si deve ricordare che, l'art. 41, comma 2 del Codice stabilisce che sono illegittimi i criteri che fissano, senza congrua motivazione, limiti di accesso connessi al fatturato. Alla luce di tale disposizione, confermata dalla nuova direttiva sugli appalti pubblici 2014/24/UE, è necessario indicare una congrua motivazione in ordine ai limiti di accesso connessi al fatturato aziendale motivata in relazione alla entità, complessità e specificità dell'appalto, nel rispetto del principio di proporzionalità.

Relativamente all'entità del fatturato, si ricorda che la richiesta dei requisiti deve essere valutata non in astratto ma in relazione al valore dell'appalto ed alle specifiche peculiarità dell'oggetto della gara. L'Autorità, al pari della giurisprudenza, ha più volte affermato che la richiesta di fatturato relativa al triennio pregresso, qualora superi il doppio dell'importo a base della gara, debba ritenersi non proporzionata e lesiva della concorrenza (cfr. deliberazioni n. 20, 33 e 62 del 2007 e pareri 59 del 2009 e 95, 19 e 4 del 2010; in tal senso anche il considerando 83 e l'art. 58 della Direttiva 2014/24).

Alla luce di quanto sopra si è ritenuto di non poter accogliere l'obiezione di Xplor relativa al fatturato.

#### Capacità tecnica e professionale:

- possesso di Licenza individuale ai sensi del d.m. del Ministero delle Comunicazioni 4 febbraio 2000 n. 73 e/o di Autorizzazione generale ai sensi del d.m. del Ministero delle Comunicazioni 4 febbraio 2000 n. 75 (a seconda dei servizi oggetto del bando gara). Sono fatte salve le determinazioni che saranno adottate dall'AGCOM al termine dell'istruttoria per l'adozione del «Regolamento in materia di titoli abilitativi nel settore postale»<sup>43</sup>.
- aver svolto negli ultimi tre anni, servizi analoghi a quelli oggetto dell'appalto, da provare attraverso la presentazione dell'elenco dei relativi principali servizi prestati. In proposito l'Autorità ha chiarito che il concetto di servizio analogo non va interpretato nel senso di servizio identico, ma come similitudine tra le prestazioni, tenuto conto che l'interesse pubblico sottostante è l'apertura del mercato attraverso l'ammissione alla gara di tutti i concorrenti per i quali si possa raggiungere un giudizio complessivo di affidabilità<sup>44</sup>. Anche in questo caso vale quanto già osservato per il fatturato globale.

---

<sup>42</sup> Con il Parere di precontenzioso n. 129 del 24 luglio 2013 l'Autorità si è pronunciata in relazione al requisito del fatturato specifico. In primo luogo ha individuato la *ratio* della disposizione normativa in commento nell'esigenza di aggiudicare l'appalto ad una ditta provvista di un livello minimo e sufficiente di esperienza e capacità strutturale. Inoltre, si è occupata in particolare della correlazione dell'importo del fatturato realizzato negli ultimi tre esercizi con l'importo a base di gara, affermando che è da considerarsi legittima la clausola del bando richiedente un fatturato medio negli ultimi tre esercizi sino al doppio di quello posto a base di gara, essendosi in tal senso espressa anche la giurisprudenza amministrativa (cfr. Tar Emilia Romagna, Bologna, sez. I, 11 aprile 2008, n. 1424).

<sup>43</sup> Delibera AGCOM n. 485/14/Cons del 23 settembre 2014, pubblicata il 10 ottobre 2014 sul sito [www.agcom.it](http://www.agcom.it).

<sup>44</sup> L'Autorità ha chiarito che il concetto di servizio analogo non va interpretato nel senso di servizio identico, ma come similitudine tra le prestazioni, tenuto conto che l'interesse pubblico sottostante è l'apertura del mercato attraverso l'ammissione alla gara di tutti i concorrenti per i quali si possa raggiungere un giudizio complessivo di affidabilità (Parere di Precontenzioso n. 120 del 17 luglio 2013).

Relativamente al requisito dell'organico medio annuo, si ritiene che negli appalti aventi ad oggetto i servizi postali lo stesso non possa essere individuato quale requisito di partecipazione, ma debba essere più propriamente qualificato come condizione di esecuzione del contratto.

Infatti, stante la particolare modalità di esecuzione del servizio postale, non sempre i requisiti di partecipazione possono essere mutuati da quelli previsti dall'art. 42 del Codice per gli appalti di servizi. Nel mercato postale il requisito dell'organico medio annuo nel triennio precedente, specie per gli appalti di particolari dimensioni, può essere sicuramente posseduto solo dall'ex monopolista e dal suo principale competitor (Nexive). Richiedere quindi, al momento della presentazione dell'offerta, il possesso dell'organico basato sul dato storico, comporterebbe inevitabilmente restringere la possibilità di partecipazione agli operatori privati. Richiedere invece l'impegno, da parte dell'aggiudicatario, di raggiungere un certo numero di dipendenti al momento dell'inizio della sottoscrizione del contratto, fa sì che gli operatori privati possano partecipare alle procedure di evidenza pubblica e, successivamente all'aggiudicazione, organizzarsi in maniera tale da raggiungere il livello di dotazione organica richiesto dal contratto di appalto. Naturalmente la stazione appaltante dovrà esercitare tutte le opportune forme di controllo per verificare se la condizione di esecuzione si sia verificata e se i contratti di lavoro stipulati dall'aggiudicatario siano regolari.

Tuttavia, considerato che l'operatore economico deve dimostrare la capacità di poter gestire il numero di invii posti a base di gara, la stazione appaltante potrebbe richiedere, in sede di qualificazione, la dimostrazione del possesso di una quota dell'organico necessario. Tale quota deve essere proporzionata al numero di invii previsti, al fine di evitare di penalizzare eccessivamente la partecipazione alle gare.

Nel corso del tavolo tecnico è stato proposto che l'organico minimo debba rispettare la seguente proporzione<sup>45</sup> (naturalmente l'amministrazione aggiudicatrice potrà indicare valori differenti a seguito di un'analisi delle caratteristiche del servizio e del territorio da coprire):

- un addetto ogni 120.000 pezzi di ordinaria da spedire nell'arco dell'anno;
- un addetto ogni 30.000 pezzi di raccomandata da spedire nell'arco di un anno;
- un addetto ogni 17.143 pezzi di notifiche eseguite a mezzo di messo comunale da spedire nell'arco di un anno.

Per quanto riguarda la descrizione delle attrezzature tecniche, l'Autorità ha già avuto modo di affermare che anche la fissazione del requisito del possesso delle attrezzature tecniche non deve essere illogico e non avere l'effetto di limitare la partecipazione alla gara. Infatti, i principi di non discriminazione e parità di trattamento che informano la disciplina dei contratti pubblici vietano di fissare requisiti calibrati in modo tale da creare barriere territoriali alla partecipazione o da favorire le imprese in ambito locale<sup>46</sup>.

Relativamente ai mezzi di prova del possesso dei requisiti di carattere speciale, la nuova direttiva comunitaria 2014/24/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014, all'art. 60, prevede che di norma la prova della capacità economica e finanziaria dell'operatore economico può essere fornita mediante una o più referenze elencate nell'allegato XII, parte I della direttiva stessa. Tuttavia, l'operatore economico che per fondati motivi non è in grado di presentare le referenze chieste dall'amministrazione aggiudicatrice è autorizzato a provare la propria capacità economica e finanziaria mediante un qualsiasi altro documento considerato idoneo dall'amministrazione aggiudicatrice.

---

<sup>45</sup> I dati sono stati forniti da Fise Are. La contestazione di Poste ad assumere questi dati come punto di riferimento appare inconferente, laddove si consideri che per la particolare funzione di Poste quale fornitore del servizio universale, la società si troverà necessariamente ad operare con un organico superiore a quello risultante dalle proporzioni sopraindicate.

<sup>46</sup> Deliberazione n. 40 del 19 dicembre 2013.

Le capacità tecniche degli operatori economici possono essere provate con uno o più mezzi di cui all'allegato XII, parte II, in funzione della natura, della quantità o dell'importanza e dell'uso dei lavori, delle forniture o dei servizi.

Relativamente al *rating* di legalità rilasciato dall'Agcm ai sensi dell'art. 5 ter decreto-legge 24.1. 2012, n. 1<sup>47</sup>, si osserva che lo stesso è stato introdotto nel nostro ordinamento per sancire il riconoscimento ufficiale del valore etico di un'impresa che valorizza la legalità, con l'obiettivo di conferire alle imprese virtuose un titolo ufficiale che consente anche l'iscrizione negli elenchi di fornitori, prestatori di servizi ed esecutori di lavori non soggetti a tentativi di infiltrazione mafiosa. Del rating attribuito si tiene conto esclusivamente in sede di concessione di finanziamenti da parte delle pubbliche amministrazioni ed in sede di accesso al credito bancario.

Si ritiene, pertanto, che allo stato non possa essere annoverato tra i requisiti di partecipazione negli appalti pubblici di servizi postali, anche perché sembrerebbe porsi in contrasto con il principio di tassatività delle cause di esclusione sancito dall'art. 46, comma 1 *bis*, del Codice<sup>48</sup>.

Si ritiene tuttavia che, in un'ottica di contrasto alla corruzione e alla prevenzione di infiltrazioni mafiose, il *rating* di legalità assume un ruolo significativo nel più ampio contesto delle misure volte a contrastare i comportamenti illegali delle imprese, la corruzione negli appalti pubblici nonché le interferenze delle organizzazioni criminali, che possono ostacolare il corretto operare dei meccanismi del mercato di riferimento.

Pertanto, nelle linee guida si invitano le stazioni appaltanti a valutare l'opportunità di attribuire un punteggio aggiuntivo alle imprese in possesso del *rating*. Tale indicazione riguarda solo gli appalti di maggiori dimensioni, in quanto alla richiesta di rating possono accedere solo le imprese che abbiano raggiunto un fatturato minimo di due milioni di euro nell'anno precedente alla richiesta di rating; e che alla data della richiesta del rating risultino iscritte nel registro delle imprese da almeno due anni.

Inoltre, poiché la richiesta di rating può essere effettuata solo dalle imprese aventi sede operativa nel territorio italiano, nelle linee guida, a tutela delle imprese straniere, si è ritenuto opportuno indicare anche certificazioni equivalenti rilasciate alle imprese straniere da altri organismi o autorità pubbliche.

Si evidenzia in ogni caso che la stazione appaltante può inserire tra i requisiti di partecipazione eventuali certificazioni ritenute necessarie per lo svolgimento del servizio. Tale facoltà è generalmente riconosciuta alle stazioni appaltanti in virtù della discrezionalità che connota l'azione amministrativa ed è espressamente ammessa dall'art. 43 del Codice, con l'avvertenza che possono essere considerati legittimi i requisiti richiesti dalla *lex specialis* che, pur essendo ulteriori e più restrittivi di quelli previsti dalla legge, rispettino il limite della logicità, della ragionevolezza e siano pertinenti e congrui rispetto all'oggetto del contratto (cfr. da ultimo, parere precontenzioso dell'Avcp del 17 luglio 2013, n. 112).

Inoltre, come evidenziato da Poste, la Stazione appaltante dovrà prevedere tutti i requisiti che ritiene necessari al fine di tutelare la sicurezza e l'inviolabilità della corrispondenza, valori costituzionalmente garantiti.

---

<sup>47</sup> Convertito con modificazioni, dalla legge 24 marzo 2012, n. 27. Sul *rating* di legalità si veda anche la delibera dell'Agcm del 14 novembre 2012 n. 24075 ed il decreto del Ministero dell'Economia e delle Finanze e dello Sviluppo economico del 20 febbraio 2014 n. 57.

<sup>48</sup> Introdotto dall'art. 4, co. 2, lett. d), n. 2, d. l. 13 maggio 2011, n. 70, convertito con modificazioni dalla l. 12 luglio 2011, n. 106.

## 9. Criteri di aggiudicazione

### Criticità riscontrate

Fise Are e Fulmine hanno evidenziato che i criteri di aggiudicazione impiegati dalle stazioni appaltanti sono diversificati. In alcuni casi si valorizzano aspetti prettamente attinenti alle dimensioni aziendali, mentre in altri casi si richiede una determinata copertura territoriale, con l'effetto di determinare evidenti commistioni tra elementi soggettivi ed elementi oggettivi. In altri casi, non viene dato alcun rilievo alla qualità delle prestazioni erogate e alla capacità degli operatori di offrire servizi "a valore aggiunto".

I partecipanti al tavolo hanno concordato sul fatto che il criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa debba costituire la modalità esclusiva o quantomeno privilegiata, di attribuzione degli appalti di servizi postali, perché caratterizzati da alta intensità di manodopera.

L'offerta economicamente più vantaggiosa è, infatti, l'unico criterio di selezione idoneo a valorizzare le soluzioni sia dal punto di vista operativo che da quello economico. Soltanto con questo metodo si può ottenere il massimo vantaggio per la stazione appaltante.

In sede di pubblica consultazione, la Provincia di Napoli non ha condiviso l'individuazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa quale criterio prevalente di aggiudicazione, evidenziando che le esigenze delle stazioni appaltanti potrebbero essere soddisfatte anche tramite la procedura al prezzo più basso, procedura più semplice e che darebbe meno adito a contenzioso e/o fenomeni corruttivi.

Tuttavia, osserva sempre la Provincia di Napoli, in mancanza di un'indicazione affidabile sull'incidenza del costo della manodopera, un'aggiudicazione al prezzo più basso risulta ardua e si sarebbe in qualche modo "costretti" ad aggiudicare secondo l'offerta economicamente più vantaggiosa: in tali casi apparirebbe opportuno fissare dei criteri oggettivi e misurabili (ad es. tempo di consegna misurato in giorni) al fine di attribuire in modo trasparente un punteggio all'offerta tecnica.

Poiché il principio alla base di ogni gara è quello di ottenere il miglior rapporto prezzo/prestazioni e di incentivare la partecipazione del maggior numero di aziende, Fulmine ritiene che i criteri di valutazione da prendere come riferimento siano quelli presenti nella gara indetta da Acquedotto Pugliese, in quanto tengono in adeguato conto sia la qualità del servizio che il risparmio complessivo da parte della stazione appaltante.

Relativamente ai punti di giacenza, ai quali viene spesso attribuito un determinato punteggio, Fise Are ha evidenziato che la previsione di un numero minimo di punti giacenza deve essere requisito fondamentale (non derogabile) di ogni bando gara avente ad oggetto il servizio di raccomandata. Il numero di punti di giacenza deve essere commisurato all'estensione geografica del territorio da coprire. Pertanto, ritiene che i bandi gara dovrebbero prevedere punti di giacenza calcolati in base alla popolazione dei comuni da servire.

Secondo i partecipanti al tavolo, i punti di giacenza devono essere tali da garantire la sicurezza nonché la segretezza della corrispondenza. Un punto di giacenza dovrebbe avere le seguenti caratteristiche: facile accessibilità al pubblico, armadi di sicurezza per la custodia dei documenti, strumenti operativi per la registrazione delle consegne e per la rendicontazione delle raccomandate in gestione, personale addestrato come quello dei centri di recapito dell'operatore postale, di cui è a tutti gli effetti un ufficio distaccato.

Per Fulmine, considerando che i punti di giacenza sono spesso un elemento necessario nella gestione dei servizi di recapito delle raccomandate inesitate, nella valutazione del servizio complessivo si potrebbero valutare le alternative al possesso dei punti di giacenza idonei a ridurre l'incidenza della

posta inesitata, ad esempio considerando la proposta di un servizio che preveda un secondo recapito anche in orari serali e/o mediante un appuntamento concordato telefonicamente per il recapito.

In definitiva, secondo Fulmine, ai fini dell'attribuzione del punteggio tecnico, sono da considerare:

- l'incidenza percentuale delle giacenze per definire la percentuale di punteggio tecnico sul totale punteggio tecnico;
- le modalità di gestione della consegna, valorizzando il numero di tentativi di recapito, anche in orari diversi;
- la dichiarazione di che percentuale di giacenze il fornitore può garantire, oltre la quale può incorrere in penale;
- i servizi a valore aggiunto rispetto a quelli base previsti dal codice postale.

Per Fise Are, se da un lato tali modalità alternative possono rappresentare un'innovazione, dall'altro non possono essere totalmente sostitutive dei punti di giacenza. Pertanto, eventuali sistemi alternativi potrebbero al limite portare ad un punteggio aggiuntivo rispetto a quello base rappresentato da un numero minimo di punti giacenza.

In sede di consultazione la Provincia di Napoli ha condiviso la soluzione di tener conto, nella valutazione delle offerte tecniche, anche di soluzioni alternative rispetto a quelle praticate dal fornitore del servizio universale. In caso di aggiudicazione al prezzo più basso, per ciò che riguarda i punti di giacenza, si potrebbe disporre che l'aggiudicatario disponga di punti di giacenza all'interno del comune di destinazione oppure che disponga di un call center cui il destinatario possa rivolgersi, dopo aver ritrovato l'avviso di giacenza, per concordare una nuova consegna.

In sede di consultazione Cna ha condiviso l'individuazione del criterio prevalente in quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, fermo restando che ci dovrebbe essere una precisa ed univoca percentuale, congrua, tra progetto tecnico e offerta economica. Inoltre, in uno scenario tecnologicamente evoluto, con modi di vita estremamente variati dovrebbero essere debitamente tenute in considerazione soluzioni innovative e migliorative rispetto a quelle praticate dall'ex monopolista.

Poste, in sede di consultazione, ha rappresentato che i meccanismi di valutazione delle offerte dovrebbero contenere forti incentivi alla copertura con propri mezzi e correttivi opportuni per evitare ribassi eccessivi. Per l'assegnazione dei punteggi dell'offerta economica, si dovrebbe adottare la seguente formula (già utilizzati in alcuni bandi di gara):

$$PE = x \cdot [1 - (1 - R)^n]$$

Dove R è il ribasso medio ponderato e x il punteggio assegnato alla componente economica dell'offerta.

Poste ha rappresentato la curva di ponderazione che deriva dalla suddetta formula, che, ponendo ad 1 l'esponente, sarebbe lineare, e fornirebbe un forte incentivo a sconti elevati. Invece, esponenti più elevati limiterebbero la convenienza di ribassi molto elevati. Per Poste, il valore dell'esponente si dovrebbe determinare all'equilibrio tra le esigenze di risparmio della stazione appaltante e la necessità di assicurare agli operatori una remunerazione equa, che copra almeno i costi legati alla retribuzione dei lavoratori del settore postale, che vale il 70% dei costi. Per Poste il migliore esponente è 16, il che significa che con uno sconto del 30% sui prezzi a base d'asta si raggiungerebbe il 100% del punteggio economico, oltre il quale si verificherebbero fenomeni di dumping sociale.

Poste ha rappresentato altresì la necessità che l'offerta tecnica abbia un valore almeno pari a quello economico (non inferiore quindi al 50%), affinché si possa valorizzare l'aspetto dell'affidabilità dell'offerta e del fornitore che, nel caso del servizio postale, assume un significativo rilievo.

Infatti, nel settore dei servizi l'offerta tecnica deve essere valutata sulla base di criteri quali-quantitativi, fra i quali sarebbe auspicabile che rientrassero anche la considerazione della pregressa esperienza

dell'impresa, la solidità ed estensione della sua organizzazione, nonché, più in generale, la solidità e l'affidabilità del progetto tecnico e dell'organizzazione messa a disposizione dall'operatore per l'espletamento del servizio. Potrebbe essere utilizzata una formulazione dello schema dell'offerta che preveda la possibilità di quotare i singoli servizi (eventualmente singolarmente anche al rialzo) e prevedere l'attribuzione del punteggio sul ribasso complessivo del lotto di riferimento.

Per Poste, al fine di non comprimere irragionevolmente i diritti del destinatario, è necessario prevedere in ogni caso un numero di punti di giacenza che abbiano i requisiti di accessibilità e sicurezza per la corrispondenza registrata inesitata, operanti per un termine ragionevole (es. 30 giorni). La frequenza del recapito anche su appuntamento non può porsi come sostitutiva di un numero minimo di punti di giacenza. Anzi, all'interno dell'offerta tecnica uno specifico punteggio andrebbe garantito al numero complessivo superiore al numero previsto di sedi di giacenza della corrispondenza inesitata per la consegna al pubblico rispondenti alle norme poste a garanzia della sicurezza e della privacy.

Nondimeno sarà interesse della stazione appaltante chiarire che l'invio di comunicazioni a contenuto rilevante venga svolto con modalità tali da assicurare che la consegna sia suffragata da un'attestazione con valore probatorio. Infatti, il nostro ordinamento, così come quello internazionale, riconoscono valore probatorio ai soli invii cosiddetti "a firma", la cui ricezione presuppone la sottoscrizione da parte del destinatario o di altra persona abilitata da un apposito documento.

## **Opzione scelta**

Nelle Linee guida è indicato che il criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa debba costituire la modalità esclusiva o quantomeno privilegiata di attribuzione degli appalti di servizi postali. L'offerta economicamente più vantaggiosa è, infatti, l'unico criterio di selezione idoneo a valorizzare le soluzioni sia dal punto di vista operativo che da quello economico, con il massimo vantaggio per le stazioni appaltanti.

Anche le nuove direttive comunitarie del 2014<sup>49</sup> prevedono che il criterio ordinario di aggiudicazione degli appalti pubblici sia quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa. L'offerta economicamente più vantaggiosa è individuata sulla base del prezzo o del costo, seguendo un approccio costo/efficacia, quale il costo del ciclo di vita, e può includere il miglior rapporto qualità/prezzo, valutato sulla base di criteri, quali gli aspetti qualitativi, ambientali e/o sociali, connessi all'oggetto dell'appalto.

L'obiezione avanzata dalla Provincia di Napoli tesa a privilegiare il criterio di aggiudicazione del prezzo più basso non appare, pertanto, completamente condivisibile. Tale criterio, in un settore caratterizzato da un'elevata incidenza del fattore lavoro, rischia di condurre a fenomeni di "dumping" sociale. Tuttavia, non si può escludere a priori il ricorso al criterio del prezzo più basso, specie per gli appalti di ridotte dimensioni. In questo caso, è auspicabile che la stazione appaltante introduca criteri di qualità stringenti nell'effettuazione del servizio e penali adeguate in caso di mancato rispetto degli stessi.

Rimandando a quanto già indicato in generale dall'Autorità in merito all'offerta economicamente più vantaggiosa per i servizi e forniture nella determinazione n. 7 del 24 novembre 2011, vale ricordare che ciascuna stazione appaltante dovrebbe individuare i parametri e i relativi criteri di attribuzione del punteggio sulla base delle proprie necessità. Ad esempio, se vi sono ragioni di particolare urgenza nel recapito, dovrebbero essere maggiormente premiate quelle offerte che permettano una riduzione dei

---

<sup>49</sup> Direttiva 2014/24/UE sugli appalti pubblici, art. 64; direttiva 2014/25/UE sui settori speciali e direttiva 2014/23/UE sulle concessioni, pubblicate sulla Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea L 94 del 28 marzo 2014.

tempi proposti in sede di gara.

Considerata la particolare natura del servizio postale, nel quale, di fatto, solo un operatore può al momento disporre di una rete capillare su tutto il territorio nazionale, la definizione dei parametri di valutazione dovrebbe avvenire cercando di non premiare in modo eccessivo il possesso di requisiti e capacità derivanti dal fatto di essere l'ex-monopolista. Al riguardo, come segnalato da Fulmine e Cna, potrebbero essere valutate soluzioni alternative rispetto a quelle standard che garantiscano comunque il medesimo risultato voluto dalla stazione appaltante. Per quanto riguarda i punti di giacenza, si ritiene che l'obiettivo dell'amministrazione sia quello della riduzione e del miglior trattamento della posta inesitata, permettendo agli utenti di reperirla facilmente e velocemente, recandosi presso il punto stesso. Soluzioni che prevedano, ad esempio, il contatto con il cliente e un secondo recapito a domicilio, previo appuntamento, possono comunque permettere di raggiungere questo obiettivo, senza imporre ai concorrenti di istituire nuovi punti di giacenza per la gestione di un singolo appalto. Naturalmente, un numero minimo di punti di giacenza potrà comunque essere richiesto e il concorrente dovrà fornire evidenze alla stazione appaltante della funzionalità della gestione della posta inesitata, sia che questa venga fatta tramite punti di giacenza che con soluzioni alternative.

Infine, non appare condivisibile la proposta formulata da Poste per l'assegnazione del punteggio per l'offerta economica, in quanto non conforme al Codice e, di fatto, idonea ad annullare il confronto concorrenziale sul fattore prezzo. In merito a quest'ultimo elemento è sufficiente far notare che con uno sconto del 18% rispetto al prezzo a base di gara (valore minimo indicato dalla stessa Poste per la convenienza ad effettuare una gara) si ottiene un punteggio pari al 95,8% del totale. Ovvero, con lo sconto minimo praticabile, di fatto, è annullata la componente economica per l'offerta economicamente più vantaggiosa.

È evidente che, se l'obiettivo perseguito attraverso la formula proposta da Poste è di evitare sconti eccessivi, la soluzione migliore passa nella riduzione del punteggio massimo accordato alla componente economica e nell'adozione della formula bilineare prevista dall'Allegato P del d.p.r. 5 ottobre 2010 n. 207, recante il regolamento di attuazione del Codice. Ciò che differenzia quest'ultima formula rispetto a formule senza interdipendenza, quali quella proposta da Poste, è il fatto che il punto di flesso, ovvero il punto oltre il quale risulta meno conveniente effettuare sconti, è determinato dal mercato (la media delle offerte presentate) e non ex-ante da parte della stazione appaltante<sup>50</sup>. L'assenza di interdipendenza, in generale, può favorire comportamenti opportunistici da parte della stazione appaltante e dei concorrenti.

Come già evidenziato nel paragrafo 8, nelle linee guida si è ritenuto di invitare le stazioni appaltate a valutare l'opportunità di attribuire, per gli appalti di maggiori dimensioni, un punteggio aggiuntivo alle imprese in possesso del *rating*, di legalità rilasciato dall'Agcm ai sensi dell'art. 5 ter decreto-legge 24.1.2012, n. 1, nel più ampio contesto volto a contrastare i comportamenti illegali delle imprese nonché la corruzione nei contratti pubblici. Tale misura assume una valenza particolare in un'ottica evolutiva, in quanto idonea ad incentivare le imprese a ricorrere ad una misura inserita dal legislatore a tutela della concorrenza.

## 10. Penali

### Criticità riscontrate

---

<sup>50</sup> Per un'analisi puntuale della questione si rimanda al punto 5.1.2 della Determinazione n. 7 del 24 novembre 2011, «Linee guida per l'applicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa nell'ambito dei contratti di servizi e forniture».

Fise Are ha evidenziato che spesso le stazioni appaltanti fissano penali di importo del tutto sproporzionato rispetto all'entità del ritardo e/o all'importanza dell'inadempimento (talvolta superiori a 100 volte l'importo della tariffa unitaria per ogni giorno di ritardo nel recapito di una singola spedizione). Ha auspicato pertanto che l'Autorità fornisca indirizzi idonei a chiarire che il tetto massimo delle penali giornaliere debba essere commisurato alla tariffa per la singola spedizione e non già all'importo complessivo a base di gara.

Per Fulmine e Cna le penali devono essere ragionevoli, tenendo conto dei tempi fisici necessari per il recapito e devono essere commisurate alle eventuali inadempienze riferite al singolo invio.

Per essere efficaci, ai fini di deterrenza contro possibili comportamenti opportunistici da parte del fornitore, la penale dovrebbe avere le seguenti caratteristiche: a) essere adattata alle specifiche caratteristiche tecniche dei servizi, b) essere proporzionata alla gravità delle inadempienze accertate.

Fulmine suggerisce di adottare il sistema di autocontrollo fornito dagli operatori postali privati attraverso la certificazione dell'avvenuta consegna, ormai accettato come standard dal mercato, mentre lo strumento degli invii cosiddetti "civetta" monitorati dalla stazione appaltante non soddisferebbe i requisiti sopra citati.

Poste ha auspicato che l'ammontare delle penali sia commisurato alla tipologia di invio (raccomandato o con valore dichiarato) come previsto anche dalla Convenzione UPU<sup>51</sup>. Nel caso di posta indescritta, sarebbe auspicabile quantomeno la previsione di un sistema di penali che tenga conto non del recapito puntuale dell'oggetto ma della percentuale degli obiettivi raggiunti.

In sede di consultazione Poste ha dissentito dal sistema di penali proposto dall'Autorità nel documento di consultazione per la postalizzazione, richiamando la sentenza del Tar Lazio, sez. III, 16 giugno 2014 n. 6325). Secondo Poste, lo schema di determinazione, così come formulato, potrebbe lasciar intendere che il fornitore del servizio universale potrebbe essere soggetto a penali per il mancato rispetto dei tempi di consegna garantiti dall'aggiudicatario del servizio.

### **Opzione scelta**

Nelle Linee guida è evidenziato che le penali devono essere commisurate alla tipologia, la categoria e l'entità complessiva dell'affidamento. In particolare, per quanto concerne i controlli, si ritiene che questi debbano essere effettivi e garantire il rispetto delle previsioni di gara e dell'offerta presentata dall'aggiudicatario. Il criterio proposto da Fulmine sembra idoneo a fornire un quadro complessivo della qualità del servizio, ma sembrano necessari alcuni correttivi. In particolare, la stazione appaltante dovrebbe poter verificare la validità di quanto autocertificato e, inoltre, disporre di strumenti di controllo per quanto concerne gli invii per i quali non è prevista la certificazione della consegna.

Nella definizione delle penali si dovrà tenere altresì conto della corrispondenza postalizzata a carico dell'affidatario, per la quale i tempi di consegna di Poste sfuggono al controllo dell'affidatario. In tal caso su detta parte di attività non devono essere previste penali a carico dell'affidatario se si verificano le seguenti condizioni:

- a) gli invii postalizzati sono corrispondenti a quelli chiaramente indicati nell'ambito dell'offerta tecnica;
- b) l'affidatario ha rispettato i tempi per l'immissione nella rete del servizio universale previsti

---

<sup>51</sup> L'Unione postale universale (Union postale universelle, UPU) è un'agenzia dell'ONU che coordina le politiche postali dei paesi membri e, di conseguenza, l'intero sistema postale mondiale <http://www.upu.int/en.html>.

nell'offerta e nel contratto di appalto.

Il fornitore del servizio universale, invece, risponderà esclusivamente per eventuali inadempienze secondo la normativa vigente in materia di qualità del servizio universale.

## **11. Responsabilità**

Relativamente alla responsabilità, Fise Are ha evidenziato come le stazioni appaltanti impongano spesso ai partecipanti un regime di responsabilità per danni estremamente gravoso, chiedendo agli operatori postali di assumersi la responsabilità per danni, diretti ed indiretti, senza alcuna limitazione. Considerato che l'operatore postale non conosce (né potrebbe conoscere) il contenuto della corrispondenza che deve gestire e che tale contenuto potrebbe anche comportare profili di responsabilità ingentissime (es. lettere di disdetta di contratti di locazione, esiti medici, ecc.), per Fise Are appare indispensabile che negli schemi di contratto e nei capitolati speciali venga specificato che gli operatori postali rispondano dei danni derivanti dall'esecuzione del contratto limitatamente ai soli danni materiali diretti.

Per Fise Are sarebbe inoltre necessario, anche al fine di garantire la par condicio competitorum, che negli schemi di contratto e nei capitolati speciali fosse specificato che gli operatori privati (allorquando l'appaltatore postalizzi la corrispondenza, così assumendosi la piena responsabilità per un servizio che in realtà non gestisce) sono soggetti al medesimo regime di responsabilità previsto per il gestore del servizio universale senza mai soggiacere a oneri e/o rischi aggiuntivi.

Anche Poste ha concordato con quanto espresso da Fise Are in ordine all'esclusione della responsabilità per danni indiretti, ed ha suggerito la predeterminazione di un indennizzo che costituisce un risarcimento forfettario in rapporto ad un danno non prevedibile da parte del debitore.

L'applicazione delle disposizioni civilistiche in materia di servizio postale incontra dei limiti importanti, che derivano da caratteristiche oggettive del servizio, per cui non vi è una esclusione di responsabilità, ma la predeterminazione di un risarcimento forfettario in rapporto ad un danno non prevedibile ex art. 1225 cc da parte del debitore.

L'Autorità, prendendo atto di quanto rappresentato dalle parti, rileva che sul punto non ha competenza a pronunciarsi, in quanto le questioni rappresentate coinvolgono anche profili di responsabilità penale e civile.