

Parere n.24 del 23/02/2012

PREC 260/11/S

Oggetto: Istanze di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentate da Assoposte e da Consorzio Multiservizi Integrati - " *Servizio di trasporto dei prodotti postali e attività collegate nell'ambito territoriale delle province di: Ancona, Ascoli Piceno, Bologna, Fermo, Ferrara, Macerata, Modena, Parma, Pesaro Urbino, Piacenza, Ravenna, Reggio Emilia, Rimini e Forlì Cesena* ". Criterio di aggiudicazione: offerta economicamente più vantaggiosa; importo complessivo stimato - euro 12.493.130,22; S.A.: Poste Italiane s.p.a..

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

A) In data 15 settembre 2011 è pervenuta la prima delle istanze in epigrafe, con la quale Assoposte (Associazione Nazionale Imprese Servizi Postali) ha chiesto un parere in merito alla legittimità del capitolato speciale d'appalto predisposto da Poste Italiane s.p.a. per l'aggiudicazione dell'accordo quadro, ai sensi dell'art. 222 del d.lgs. n. 163/2006, avente ad oggetto il servizio di trasporto dei prodotti postali e le attività collegate, per le province di: *Ancona, Ascoli Piceno, Bologna, Fermo, Ferrara, Macerata, Modena, Parma, Pesaro Urbino, Piacenza, Ravenna, Reggio Emilia, Rimini e Forlì Cesena*. La durata del servizio da affidare è di 24 mesi, rinnovabili fino ad un massimo di ulteriori 24 mesi e l'importo complessivo stimato dell'affidamento è pari ad euro 12.493.130,22.

Assoposte dubita della legittimità dell'art. 2 del capitolato speciale d'appalto - parte A, nella parte in cui prevede che:

1) " *Gli impegni in termini quantitativi vincolanti per Poste saranno assunti con l'emissione dei Buoni di Consegna, che potranno subire variazioni in aumento o in diminuzione nei limiti del 25% del valore del buono stesso* ", secondo i parametri specificati negli artt. 8 e 9 del capitolato tecnico - parte B;

2) " *Qualora Poste dovesse avvalersi della facoltà di rinnovo del presente Accordo Quadro fino ad un massimo di 24 mesi ... l'Impresa potrà richiedere a Poste, a partire dal primo giorno successivo ed entro 3 mesi dalla scadenza del presente Accordo Quadro, l'adeguamento dei compensi previsti, nella misura massima del 50% dell'incremento medio dell'indice ISTAT dei prezzi al consumo delle famiglie, rilevato nell'anno precedente* ", con la precisazione che, decorso il termine trimestrale, l'appaltatore non avrà più titolo a pretendere il compenso revisionale, restando in ogni caso esclusa l'applicabilità dell'art. 1664 cod. civ.

B) In data 18 novembre 2011 è pervenuta la seconda delle istanze in epigrafe, con la quale il Consorzio Multiservizi Integrati ha chiesto a questa Autorità un parere in merito alla legittimità dei criteri di valutazione delle offerte tecniche adottati da Poste Italiane s.p.a., nell'ambito della medesima procedura di gara, ed in merito agli effetti indiretti che detti criteri hanno prodotto sulla valutazione dell'anomalia del prezzo.

In riscontro all'istruttoria procedimentale, formalmente avviata in data 5 dicembre 2011, la stazione appaltante ha ribadito la legittimità del capitolato speciale di gara (quesito Assoposte) e delle modalità di valutazione delle offerte tecniche (quesito Consorzio Multiservizi Integrati).

Ritenuto in diritto

A) Il primo dei quesiti all'esame, avanzato da Assoposte, riguarda la legittimità dell'art. 2 del capitolato speciale - parte A, per due distinti profili:

1) la facoltà riservata alla stazione appaltante di variare, in aumento o in diminuzione e comunque nei limiti del 25%, il valore dei buoni di consegna, *secondo i parametri specificati negli artt. 8 e 9 del capitolato tecnico - parte B (ove è stabilito che l'appaltatore, per sopravvenute necessità operative di servizio, sarà assoggettato ad eventuali modifiche in corso di validità del buono di consegna, nel rispetto del termine minimo di preavviso; dette modifiche potranno riguardare l'incremento o la riduzione di un servizio già contrattualmente previsto, l'eliminazione di un servizio, l'attivazione di un nuovo servizio o la modifica della tipologia di veicolo da utilizzare per il trasporto; la valorizzazione delle variazioni è regolamentata, secondo criteri predeterminati, nell'allegato G al capitolato tecnico)*;

2) *la limitazione del diritto dell'appaltatore alla revisione prezzi, nell'ipotesi di rinnovo biennale dell'affidamento, alla misura massima del 50% dell'incremento medio dell'indice ISTAT dei prezzi al consumo delle famiglie per l'anno precedente, con onere di richiesta entro 3 mesi dalla scadenza del primo biennio, a pena di decadenza.*

Quanto al primo profilo, Assoposte prospetta il rischio che l'applicazione da parte del committente di plurime variazioni "a cascata", ciascuna nella misura del 25% della prestazione base, giunga ad azzerare il contenuto negoziale del capitolato d'appalto, esponendo l'appaltatore all'incertezza sulla quantità delle prestazioni dovute nel corso del rapporto e sulla remunerazione, entrambe rimesse alla discrezionalità del committente.

Il rilievo non può essere accolto.

In via generale, deve escludersi che vi sia violazione del principio generale di determinatezza degli elementi essenziali della gara, in rapporto alle quantità del servizio o della fornitura, allorché l'Amministrazione appaltante si avvalga di una clausola della lettera di invito in cui sia chiaramente previsto lo *ius variandi*, ossia la facoltà di modificare il corrispettivo dell'appalto, in positivo o in negativo, per la sopravvenienza di circostanze predeterminate: in tali casi, non si produce alcun comportamento lesivo della *par condicio* dei partecipanti, data la presenza di una disciplina cui l'Amministrazione stessa si è autovincolata in sede di gara (in questo senso: Cons. Stato, sez. IV, 24 marzo 2003 n. 1544; TAR Emilia Romagna, Bologna, sez. I, 8 maggio 2003 n. 549).

Con riguardo agli appalti dei settori speciali (in cui rientra senz'altro la procedura in esame, relativa a servizi postali), si osserva poi che l'art. 206 del Codice dei contratti pubblici esclude l'applicabilità delle previsioni restrittive dettate dagli artt. 114 e 132 dello stesso Codice, in tema di ammissibilità delle varianti in corso d'opera; per quanto riguarda i servizi e le forniture, inoltre, l'art. 339 del D.P.R. n. 207/2010 parimenti esclude l'estensione ai settori speciali delle limitazioni dettate dall'art. 311 dello stesso Regolamento, in tema di varianti disposte dalla stazione appaltante.

Ma, tutto ciò premesso, la legittimità delle clausole contrattuali predisposte da Poste Italiane s.p.a. discende viepiù dalla considerazione della natura e delle finalità tipiche dell'accordo quadro, definito dall'art. 1, quarto comma, della Direttiva 2004/17/CE e dall'art. 3, tredicesimo comma, del Codice come un accordo concluso tra una o più stazioni appaltanti ed uno o più operatori economici " *il cui scopo è quello di stabilire le clausole relative agli appalti da aggiudicare durante un dato periodo, in particolare per quanto riguarda i prezzi e, se del caso, le quantità previste*". Per i settori speciali, il ricorso all'accordo quadro è oggi regolato, senza limitazioni di sorta al suo impiego (e fermo restando il divieto per le stazioni appaltanti di utilizzarlo per ostacolare o restringere la concorrenza), dall'art. 14 della Direttiva 2004/17/CE e dall'art. 222 del Codice, che nella specie Poste Italiane s.p.a. ha rispettato.

In sostanza, con l'accordo quadro l'Amministrazione effettua una gara unica, accorpando per un periodo determinato prestazioni di tipo omogeneo e ripetitivo, rispetto alle quali non v'è certezza *ex ante* in ordine alla quantità di lavori, servizi o prodotti che nel tempo dovranno essere acquisiti (ed ai relativi prezzi), cosicché essa procede all'affidamento dei singoli appalti man mano che l'esatta misura e consistenza delle attività viene definita, sulla base di clausole e condizioni economiche pattuite con l'operatore economico selezionato mediante procedura di evidenza pubblica. La dottrina ha ricondotto l'accordo quadro al *pactum de modo contrahendo*, ovvero al contratto normativo, con il quale la stazione appaltante non si obbliga fin da principio alla realizzazione completa del programma negoziale, ma si riserva la facoltà di valutare discrezionalmente se procedere alla stipula dei successivi affidamenti, in base alla disponibilità finanziarie ed alle concrete esigenze di servizio, fermo restando l'obbligo di osservare le condizioni contrattuali fissate nell'accordo con l'operatore economico.

Chiamata a pronunciarsi sulla legittimità degli accordi quadro aventi ad oggetto i lavori di manutenzione della rete idrica, questa Autorità ha avuto modo di precisare che " *le condizioni dell'appalto e pertanto l'oggetto e le attività devono comunque essere individuate e definite nella loro tipologia, non potendo considerare tale accordo come un contenitore nel quale far convergere le necessità, di volta in volta, rinvenute dall'Amministrazione*" (cfr. A.V.C.P., deliberazione 20 febbraio 2007 n. 40, che ha concluso nel senso dell'illegittimità di un affidamento avente oggetto indeterminato, nel quale l'appaltatore non sia posto in grado di valutare la portata e la fattibilità delle lavorazioni richieste).

Altrettanto non può dirsi, tuttavia, nella fattispecie in esame, poiché il capitolato d'appalto predisposto da Poste Italiane s.p.a. contiene l'analitica descrizione dei servizi richiesti all'operatore economico e fissa in via preventiva i corrispettivi unitari, sui quali i concorrenti sono stati invitati ad offrire il ribasso percentuale. La mera facoltà di variazione del valore dei buoni di consegna, in aumento o in diminuzione entro il 25%, non è causa di indeterminatezza della prestazione, né configura violazione delle regole concorrenziali. La natura del servizio non è in tal modo suscettibile di essere alterata in misura così profonda da comportarne la novità assoluta, giacché restano immutati l'oggetto della prestazione (il trasporto su strada di prodotti postali) e gli elementi costitutivi di essa (linee, orari, frequenze e mezzi impiegati, questi ultimi modificabili in parte), potendo al più verificarsi, dal punto di vista qualitativo, lo svolgimento di un servizio modificato e non integralmente nuovo.

Da ultimo, anche la giurisprudenza amministrativa ha affermato la legittimità di siffatte previsioni, proprio con riferimento agli accordi quadro stipulati da Poste Italiane s.p.a., affermando che

l'attribuzione alla stazione appaltante dello *ius variandi* nei limiti della percentuale indicata nel capitolato di gara svolge, in compiuta forma, un principio che deve ritenersi ormai connaturato all'appalto pubblico di servizi e che si esprime nell'attribuzione al committente della potestà di adattare, in corso d'opera, l'oggetto del contratto in ragione delle sopravvenute esigenze, secondo un'eventualità tutt'altro che infrequente al cospetto di un *facere* continuato, attraverso l'indicazione di una misura percentuale di variante in linea con le previsioni legali e non manifestamente irragionevole, anche alla luce dell'estrema mutevolezza delle condizioni fattuali e tecniche sulla cui base deve esercitarsi il trasporto dei servizi postali (cfr. TAR Lombardia, Milano, sez. I, 14 settembre 2011 n. 2211).

Quanto al secondo profilo, Assoposte dubita della legittimità dell'art. 2 del capitolato speciale d'appalto, laddove comprime i *l diritto dell'appaltatore alla revisione del prezzo (nell'ipotesi di rinnovo dell'affidamento per ulteriori 24 mesi), consentendone il riconoscimento nella misura massima del 50% dell'incremento medio dell'indice ISTAT dei prezzi al consumo delle famiglie per l'anno precedente, nonché onerando l'impresa di farne richiesta, a pena di decadenza, entro 3 mesi dalla scadenza del primo biennio. Secondo l'istante, tale clausola contrasterebbe con le norme vigenti in materia di revisione del corrispettivo d'appalto, sia per l'eccessiva restrizione dell'adeguamento concesso (soltanto il 50% dell'indice ISTAT, nel quale peraltro non confluirebbero voci di costo significative per le imprese del settore), sia per la previsione di un termine decadenziale troppo breve, non previsto dalla legge.*

Anche per tale parte i rilievi di Assoposte non hanno pregio.

In materia di compenso revisionale, l'art. 115 del Codice dei contratti pubblici (ai cui sensi "*Tutti i contratti ad esecuzione periodica o continuativa relativi a servizi o forniture debbono recare una clausola di revisione periodica del prezzo. La revisione viene operata sulla base di una istruttoria condotta dai dirigenti responsabili dell'acquisizione di beni e servizi sulla base dei dati di cui all'articolo 7, comma 4, lettera c) e comma 5*") ha in parte riprodotto il disposto dell'art. 6, quarto comma, della legge n. 537/1993, senza tuttavia disciplinare in modo esplicito l'ambito soggettivo di applicazione dell'istituto.

Poste italiane s.p.a. è pacificamente un "*ente aggiudicatore nel settore dei servizi postali*", ai sensi dell'art. 3, comma 29, e dell'allegato VI-F del D.Lgs. n. 163/2006, in quanto operante in virtù di diritti speciali o esclusivi concessi dall'autorità competente secondo le norme vigenti (cfr. TAR Veneto, sez. I, 29 luglio 2009 n. 2247). Come tale, non è soggetta alla diretta applicazione della parte II del Codice dei contratti pubblici, concernente i contratti di lavori, servizi e forniture nei settori ordinari, nella quale rientra la disciplina sulla revisione prezzi di cui al richiamato art. 115, che non figura tra le norme cui fa rinvio, per i settori speciali, l'art. 206 del Codice. Di recente, la giurisprudenza ha perciò categoricamente escluso l'applicabilità dell'istituto della revisione prezzi agli appalti aggiudicati da Poste Italiane s.p.a. (cfr. TAR Lazio, sez. II, 13 aprile 2010 n. 6655).

Invero, l'ultimo comma dell'art. 206 del Codice stabilisce che, nel rispetto del principio di proporzionalità, gli enti aggiudicatori operanti nei settori speciali "*... possono applicare altre disposizioni della parte II, alla cui osservanza non sono obbligati in base al presente articolo, indicandolo nell'avviso con cui si indice la gara, ovvero, nelle procedure in cui manchi l'avviso con cui si indice la gara, nell'invito a presentare un'offerta*", lasciando così, per quanto qui rileva, alla discrezionalità della stazione appaltante la scelta tra il sistema del prezzo chiuso e quello della revisione prezzi ancorata agli indici ISTAT.

Nella fattispecie, la *lex specialis* di gara non recepisce integralmente la previsione dell'art. 115 del Codice in ordine alla corresponsione del compenso revisionale, ma regola in modo autonomo il meccanismo di adeguamento automatico del prezzo in favore dell'appaltatore, con decorrenza dal terzo anno del rapporto, secondo modalità che paiono eque, ragionevoli ed immuni dai vizi prospettati da Assoposte, sia per quanto concerne la misura percentuale dell'incremento, sia per la previsione di un termine decadenziale breve.

B) Con il secondo dei quesiti in epigrafe, il Consorzio Multiservizi Integrati (che ha partecipato alla gara *de qua* come mandante in a.t.i.) contesta la legittimità dei criteri di valutazione delle offerte tecniche, stabiliti nella lettera d'invito da Poste Italiane s.p.a., evidenziando che:

- vi era squilibrio non giustificato tra il punteggio massimo di 20/100 attribuito alle offerte tecniche ed il punteggio massimo di 80/100 riservato al ribasso percentuale sul prezzo a base d'asta;

- i quattro criteri di valutazione delle offerte tecniche (utilizzo di sistemi di controllo satellitare, livello di puntualità, ecosostenibilità dei veicoli, disponibilità di veicoli di scorta), oltre a presentare intrinseci aspetti di incongruità rispetto all'oggetto dell'appalto, sono stati applicati dalla commissione di gara in modo automatico e vincolato, sulla base delle risposte date da ciascun concorrente e senza un'effettiva considerazione degli aspetti qualitativi del progetto;

- di conseguenza, i concorrenti erano in grado di prevedere *ex ante* il punteggio conseguito per l'offerta tecnica e potevano eludere la verifica obbligatoria sull'anomalia, ai sensi dell'art. 86,

secondo comma, del D.Lgs. n. 163/2006 (a riprova di ciò, per molti lotti l'impresa che ha offerto il maggior ribasso percentuale non è incorsa in anomalia);

Dalle risultanze istruttorie emerge che l'istanza avanzata dal Consorzio Multiservizi Integrati non può essere accolta in nessuno dei tre punti sopra richiamati:

1. non il primo, in quanto, a prescindere dall'ampia discrezionalità tecnica della S.A. in sede di determinazione dei criteri di aggiudicazione e di fissazione dei subcriteri (anche motivazionali) di articolazione del punteggio tecnico (tra un minimo e un massimo), nei limiti di ragionevolezza, proporzionalità e logicità, resta da considerare che nella fattispecie l'offerta tecnica ottiene un punteggio molto basso (max 20 punti) perché si tratta di servizi in cui l'aspetto tecnico assume una valenza residuale rispetto a quello economico. Le specifiche tecniche, peraltro, sono estremamente dettagliate, non residuando in capo ai concorrenti la possibilità di introdurre significative varianti nell'offerta;

2. il secondo rilievo, oltre ad essere strutturato in modo alquanto generico in merito all'asserita "incongruità rispetto all'oggetto dell'appalto", non può trovare accoglimento nella parte in cui si afferma che tale criterio conduca ad un'applicazione automatica e vincolata da parte della Commissione, essendo quest'ultima investita di una propria discrezionalità tecnica in sede di attribuzione del punteggio;

3.- parimenti infondato il terzo rilievo, in quanto è escluso che i concorrenti possano ex ante prevedere i punteggi che la Commissione attribuirà loro nelle fasi di valutazione, e ciò per eludere la verifica di anomalia ex art. 86 co. 2 del Codice, in quanto il punteggio dell'offerta tecnica è demandato alla discrezionalità tecnica della Commissione (nella sua collegialità), mentre quello dell'offerta economica scaturisce necessariamente dall'applicazione di una formula matematica che tiene conto di diversi fattori, tutti segreti fino all'apertura del plico. Non si capisce, pertanto, come poter eludere la suddetta verifica di anomalia.

In base a tutto quanto sopra considerato, pertanto,

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione:

- legittimo l'art. 2 del capitolato speciale d'appalto - parte A, relativo all'accordo quadro per il *servizio di trasporto dei prodotti postali e attività collegate, adottato da Poste Italiane s.p.a.*;

- legittimi i criteri di valutazione delle offerte tecniche adottati da Poste Italiane s.p.a. nella gara indicata in epigrafe.

I Consiglieri Relatori: Giuseppe Borgia, Sergio Gallo

Il Presidente f.f.: Sergio Santoro

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 2 marzo 2012

Il Segretario: Maria Esposito