



Autorità Nazionale Anticorruzione

Delibera n. 649 del 10 luglio 2019

Fascicolo UVCS/VIG/UVSF 5195/2015

Oggetto: Aggiudicazione di appalti di servizi nel settore dell'informatica - Analisi generale sull'attività contrattuale di Poste Italiane S.p.A. e delle società facenti parte del Gruppo – Attività ispettiva del Nucleo Speciale Anticorruzione della Guardia di Finanza.

Il Consiglio

nell'adunanza del 10 luglio 2019;

Visto l'articolo 19, comma 2, del decreto legge 24 giugno 2014, n. 90, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 agosto 2014, n. 114, secondo cui i compiti e le funzioni svolti dall'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture sono trasferiti all'Autorità nazionale anticorruzione;
Visto il decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 e successive modificazioni;
Vista la relazione dell'Ufficio Vigilanza centrali di committenza e concessioni di servizi,

Considerato in fatto

A seguito di esposto concernente presunte irregolarità su affidamenti di appalti nel settore dell'informatica, l'Autorità ha chiesto alla Soc. Poste Italiane informazioni preliminari all'avvio del procedimento con nota prot. n. 149171 del 9.11.2015.

In riscontro a tale richiesta è pervenuta memoria esplicativa al prot. n. 11965 del 25.1.2016, con la quale la suddetta Società, nel fornire i dati richiesti, ha precisato di qualificarsi come "impresa pubblica" titolare di diritti speciali ed esclusivi, in quanto impresa quotata sul Mercato Telematico Azionario della Borsa Italiana, che agisce principalmente come soggetto imprenditoriale, assumendosi il rischio economico connesso all'esercizio delle attività postali di cui all'allora vigente art. 211 del d.lgs. n. 163/2006 (*Servizi postali*), ferme restando le esenzioni concesse dalla Commissione Europea ai sensi dell'art. 219 del medesimo decreto (*Procedura per stabilire se una determinata attività è direttamente esposta alla concorrenza*).

L'Autorità ha quindi estrapolato i dati concernenti cig e smartcig richiesti da Poste e relativi a gare d'appalto pubblicate negli anni 2013, 2014 e 2015 per lavori, servizi e forniture.

A valle della elaborazione di tali dati sono emerse alcune anomalie, quali la richiesta generica di cig e smartcig indifferentemente dalle soglie di importo, il ricorso a procedure di gara *prima facie* non in linea con le disposizioni allora vigenti previste dalla parte III del codice appalti ed affidamenti carenti nelle comunicazioni dei dati relativi all'aggiudicatario.

Preso atto delle prime risultanze istruttorie, sono stati demandati ulteriori approfondimenti al Nucleo Speciale Anticorruzione della Guardia di Finanza mediante apposita delega prot. n. 90907 del 9.6.2016, mentre per gli aspetti di carattere generale inerenti la natura giuridica di Poste Italiane S.p.A. è stato investito l'Ufficio interno deputato alla trattazione dei pareri giuridici (UPAG) con richiesta prot. n. 149853 del 12.10.2016.

L'UPAG ha fornito il parere con prot. n. 64526 del 9.5.2017, significando, tra l'altro, che la Soc. Poste, in quanto concessionaria del servizio postale universale fino al 30.4.2026, è affidataria in esclusiva anche dei servizi postali di notificazione previsti dall'art. 4 del d.lgs. n. 261/1999. In particolare, ai sensi dell'art. 4 del d.lgs. 261/1999, il fornitore del servizio universale è affidatario in via esclusiva di servizi quali le notificazioni di atti giudiziari ex L. n. 890/1982 e dei servizi inerenti le notificazioni a mezzo posta ex art. 201 del d.lgs. 285/1992. Ne consegue che, oltre alle attività imprenditoriali realizzate in regime di concorrenza, la società mantiene una connotazione pubblicistica non soltanto sotto un profilo soggettivo ma anche in ragione dei predetti servizi.

Del resto, anche l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (28.6.2016 n. 16), in linea con precedenti orientamenti giurisprudenziali (Cons. Stato, Sez. VI, n. 1206/2001 e n. 2855/2002; Sez. III n. 2720/2014), ha riconosciuto la natura di "organismo di diritto pubblico" a Poste Italiane, argomentando dall'art. 3, comma 26, del d.lgs. n. 163/2006.

Già nella prima fase istruttoria, pertanto, ritenuta la sua natura di organismo di diritto pubblico, era emersa la riconducibilità della detta Società nell'ambito di applicazione dell'allora vigente art. 207 del d.lgs. n. 163/2006.

A valle dell'istruttoria condotta dall'Ufficio precedente è poi confluito agli del procedimento il rapporto del Nucleo Speciale Anticorruzione della Guardia di Finanza, pervenuto al prot. n. 75278 del 12.9.2018, articolato in due capitoli dedicati rispettivamente alla natura giuridica di Poste Italiane e alle modalità di affidamento di appalti da parte della Società.

Nell'ampio quadro di affidamenti oggetto di disamina da parte della Guardia di Finanza e nell'assunto di ritenere Poste Italiane organismo di diritto pubblico, l'indagine si è incentrata a fini istruttori sugli affidamenti riconducibili a prestazioni sanitarie, stante la loro sistematica ripetizione, entro la soglia di 40.000,00 euro, in favore degli stessi medici e liberi professionisti. Altri rilievi di interesse ai fini dell'indagine hanno riguardato, invece, problematiche inerenti la gestione di servizi a mezzo di società *in house*, collegate e/o controllate da Poste Italiane.

Con comunicazione di risultanze istruttorie prot. n. 29039 del 9.4.2019 sono state quindi contestate alla Soc. Poste Italiane S.p.A. alcune criticità concernenti la configurabilità di artificiosi frazionamenti di appalti di servizi relativi al settore sanitario in contrasto con gli artt. 125 comma 13 e 29 comma 4 del previgente codice appalti, come risultante *per tabulas* dai reiterati e sistematici affidamenti sotto la soglia di 40.000,00 euro a favore dello stesso affidatario, nonché la carenza di motivazione per il ricorso all'*in house providing* di alcuni servizi demandati alla gestione diretta di alcune società del gruppo Poste Italiane.

A seguito della detta comunicazione di risultanze istruttorie la Soc. Poste Italiane S.p.A. ha formulato istanza di accesso agli atti del fascicolo, poi consegnati al richiedente in data 8.5.2019, con contestuale richiesta di proroga dei termini per produrre controdeduzioni, accordata dall'Ufficio unitamente all'accoglimento dell'istanza di accesso. In data 16.5.2019 è stata, altresì, espletata audizione con i rappresentanti di Poste, *giusta* verbale prot. n. 39331 del 16.5.2019.

In riscontro alle contestazioni formulate con prot. n. 29039/2019 è pervenuta, infine, una articolata memoria di controdeduzioni da parte Poste Italiane S.p.A., acquisita al prot. n. 41623 del 23.5.2019, con la quale la Società ha fornito aggiornamenti e precisazioni utili a completare il quadro informativo a disposizione tesi a giustificare l'operato posto in essere dalla stazione appaltante.

La memoria è incentrata sulla corretta qualificazione da riconoscere alla natura giuridica della Società che, diversamente da quanto affermato nella comunicazione di risultanze istruttorie, assume, nelle difese di parte, la configurazione di impresa pubblica e non di organismo di diritto pubblico, con la conseguenza che Poste Italiane S.p.A. sarebbe tenuta all'applicazione della normativa sull'evidenza pubblica esclusivamente laddove operi nei settori speciali e nei limiti delle attività connesse a questi

settori, mentre non potrebbe ritenersi vincolata dalla normativa pubblicistica in materia contrattuale per gli appalti cd. estranei.

A supporto di tale tesi la Società cita la Decisione della Commissione Europea n. 1642 del 30.4.2008, che dichiara l'esenzione di Poste Italiane dal rispetto della disciplina dettata dalla direttiva 2004/17/CE per gli appalti destinati a permettere la prestazione di *“servizi di corriere espresso nazionali e internazionali”*.

Ad avviso di Poste, nel caso di specie non sarebbe affatto configurabile la natura di “organismo di diritto pubblico” in quanto, diversamente dai connotati tipici di tale organismo, primo fra tutti il requisito teleologico dell'istituzione per il soddisfacimento di esigenze di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale, la Società ha uno scopo di lucro, quindi il fine perseguito è prevalentemente quello di generare profitti con correlato rischio di impresa ed assoggettabilità alle disposizioni del Codice Civile che impongono, in caso di perdita rilevante e continuativa, la riduzione del capitale sociale in proporzione alla perdita, nonché nei casi più gravi la contestuale ricapitalizzazione patrimoniale.

Anche i servizi finanziari di raccolta del risparmio tramite conti correnti, prestiti per conto di banche e altri intermediari finanziari, nonché il servizio ed attività di investimento (custodia e gestione di strumenti finanziari) e quello di collocamento di strumenti finanziari (quali obbligazioni) e di prodotti della previdenza complementari e finanziari/assicurativi (polizze individuali pensionistiche) e i servizi di pagamento e di trasferimento di denaro devono ritenersi esclusi dall'applicazione della direttiva 2004/17/CE per effetto della Decisione della Commissione Europea del 5.1.2010.

A corroborare la natura di “impresa pubblica” viene poi precisato da Poste che anche se per il servizio postale universale, di cui la Società è il fornitore designato, lo Stato assume oneri a parziale copertura dei costi, in ciò fornendo ad UPAG argomenti per individuare negli esborsi statali un indice rivelatore della natura di organismo di diritto pubblico, si tratta tuttavia di contributi esigui che non consentono di integrare sufficientemente i requisiti richiesti per la configurabilità di un organismo di diritto pubblico, considerato che i costi netti degli obblighi del servizio postale universale superano di gran lunga il contributo pubblico, che quindi si palesa “marginale”, sussistendo a carico della Società il rischio di impresa che si traduce nel necessario ripianamento delle perdite tramite i ricavi provenienti da altre attività.

Inoltre, vengono richiamati precisi orientamenti giurisprudenziali che qualificano Poste Italiane quale impresa pubblica (T.A.R. Sicilia, Palermo, Sez. I, n. 2727/2017 e Cons. di Giustizia Amm. per la Reg. Siciliana n. 280/2018 del 15.5.2018).

In tale contesto motivazionale, avuto riguardo alla tesi che qualifica la Soc. Poste Italiane come “impresa pubblica”, assume altresì interesse la decisione del Consiglio di Stato (Ad. Plen. n. 16 del 1.8.2011) che esclude l'applicabilità della disciplina pubblicistica ai contratti esclusi di imprese pubbliche per prestazioni estranee “agli scopi e all'oggetto del codice e delle direttive comunitarie”, con la precisazione che tali imprese sono assoggettate alle procedure di evidenza pubblica solo se operanti nei settori speciali e nei limiti delle attività connesse a questi settori, mentre non possono ritenersi vincolate dalla normativa pubblica in materia contrattuale per gli appalti “estranei”, ovvero per quelli “aggiudicati per scopi diversi dalle attività nei settori speciali”.

Relativamente, invece, ai reiterati affidamenti del servizio di sorveglianza sanitaria, Poste Italiane S.p.A. esclude l'artificioso frazionamento contestato nella comunicazione di risultanze istruttorie in quanto gli appalti di sorveglianza sanitaria non rientrerebbero nell'ambito di quei servizi che, ai sensi del combinato disposto degli artt. 14 e 120 del Codice, legittimano l'applicazione della disciplina pubblicistica.

Per essi, peraltro, la Società esclude altresì un qualsivoglia nesso di strumentalità dell'appalto rispetto al compimento dell'attività istituzionale dell'ente operante nei settori speciali, atteso che la

sorveglianza sanitaria è una attività complementare e trasversale rispetto a qualsiasi servizio svolto da Poste.

Infine, in ordine al secondo rilievo contenuto nella comunicazione di risultanze istruttorie, relativo alla gestione di servizi a mezzo di società *in house*, Poste Italiane ribadisce, nella memoria difensiva da ultimo prodotta, che gli affidamenti di cui trattasi non sono riconducibili a gestioni *in house providing*, trattandosi invece di affidamenti a società controllate o collegate ai sensi dell'art. 218 del d.lgs. n. 163/2006 (artt. 6 e 7 del d.lgs. n. 50/2016). La disciplina dell'*in house* non è applicabile a Poste come peraltro confermato dall'art. 1, comma 5, del d.lgs. 19.8.2016 n. 175 e ss.mm.ii.

Ritenuto in diritto

Il procedimento di vigilanza ha avuto ad oggetto criticità concernenti *in primis* la ritenuta configurabilità di artificiosi frazionamenti di servizi di sorveglianza sanitaria e, secondariamente, riscontrate carenze motivazionali per alcuni affidamenti ritenuti riconducibili a gestioni *in house providing* di Poste Italiane.

L'accertamento istruttorio sulle criticità in argomento, quantomeno per il primo profilo inerente al dedotto frazionamento, presuppone la previa verifica in ordine alla sussistenza o meno per Poste Italiane S.p.A. dell'obbligo di svolgere procedure contrattuali di evidenza pubblica, dovendosi pertanto individuare prioritariamente la natura giuridica della Società, qualificando la stessa in termini di "organismo di diritto pubblico" ovvero di "impresa pubblica".

Preliminarmente va, inoltre, evidenziato che le dette criticità, confluite nella comunicazione di risultanze istruttorie del 9.4.2019, trovano fondamento in orientamenti e riferimenti giurisprudenziali che a valle dell'istruttoria, ancorché in presenza di giurisprudenza contrastante sopravvenuta, come da ultimo palesata nella memoria di controdeduzioni di Poste Italiane S.p.A., risultano tuttavia confermati dalle recenti iniziative del giudice amministrativo di rimessione alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea della questione sulla natura giuridica di Poste.

Sul piano strettamente interpretativo delle disposizioni vigenti, esaminate in correlazione con la realtà fattuale di Poste Italiane S.p.A., anche per ciò che concerne i servizi da essa forniti, la sua posizione di mercato e il correlato rischio di impresa, si ritiene che le ragioni difensive prospettate nella memoria di controdeduzioni ed imperviate su tali aspetti siano di per sé utili al quadro informativo ma non sufficienti a sottrarre Poste Italiane S.p.A. alla ritenuta natura di organismo di diritto pubblico, stante il permanere nella specie dei connotati tipici di tale organismo, oggi previsti dall'art. 3, comma 1, lettera c), del d.lgs. n. 50 del 2016 ed immutati rispetto alla disciplina previgente, quali:

- 1) finalizzazione specifica dell'avvenuta istituzione dell'organismo di diritto pubblico per il soddisfacimento di esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale;
- 2) possesso di personalità giuridica (senza distinzioni fra natura pubblica o privata della stessa);
- 3) attività finanziata in modo maggioritario dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico, oppure la cui gestione sia soggetta al controllo di questi ultimi, oppure il cui organo di amministrazione, di direzione o di vigilanza sia costituito da membri, dei quali più della metà è designata dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico.

Le decisioni europee citate in memoria da Poste Italiane S.p.A., rispettivamente la n. 1642 del 30.4.2008 e la successiva n. 10382 del 5.1.2010, di esenzione all'applicabilità della direttiva 2004/17/CE, sebbene prevedano una disciplina in deroga per la Soc. Poste Italiane, si riferiscono solo ad alcuni servizi e precisamente ai servizi di corriere (decisione n. 1642/2008) e ai servizi finanziari ivi elencati (decisione 10382/2010). Ne deriva che esse non sono dirimenti della questione interpretativa inerente alla natura giuridica della Società.

Parimenti insufficienti appaiono le ragioni addotte, anche qui a sostegno della qualificazione di impresa pubblica, relativamente al servizio postale universale, di cui Poste Italiane è il concessionario

designato sino al 2026, in quanto l'operare in un mercato competitivo e assumere il rischio di impresa non esclude la ricorrenza dei citati parametri normativi rivelatori della natura di organismo di diritto pubblico (fine teleologico, personalità giuridica e contributi pubblici) che, invece, coesistono con la realtà fattuale di mercato della Società senza eliderne la qualificazione pubblicistica.

Parimenti è a dirsi per i richiami ai recenti orientamenti giurisprudenziali che hanno qualificato Poste Italiane quale impresa pubblica (T.A.R. Sicilia, Palermo, Sez. I, n. 2727/2017 e Cons. di Giustizia Amm. per la Reg. Siciliana n. 280/2018 del 15.5.2018), in quanto a fronte di tali decisioni si registrano altresì recenti posizioni del T.A.R. Lazio (ord. n. 7778 del 12.7.2018 e ord. n. 5327 del 26.4.2019) che, nel rimettere alla Corte di Giustizia Europea la questione sull'inquadramento di Poste Italiane S.p.A. come organismo di diritto pubblico, affronta la tematica con argomenti che ribadiscono la qualificazione della anzidetta Società in termini di organismo di diritto pubblico.

Le ordinanze in argomento ripercorrono l'evoluzione storica della Società e gli orientamenti giurisprudenziali sul tema, anche di segno opposto, evidenziandone l'assetto proprietario, le caratteristiche societarie riconducibili ai parametri dell'art. 3, comma 1, lettera c), del d.lgs. n. 50 del 2016 e il regime dei controlli pubblici.

Alla luce di quanto sopra esposto, si ribadisce quanto affermato nella comunicazione di risultanze istruttorie prot. n. 29039 del 9.4.2019 sia per quanto riguarda la qualificazione di Poste come organismo di diritto pubblico, sia per ciò che concerne i rilievi di artificioso frazionamento di appalti a danno della concorrenza, non ravvisandosi nella memoria da ultimo depositata nuovi elementi giustificativi rispetto a quelli già trattati nell'istruttoria.

Le risultanze istruttorie desumibili dalla documentazione in atti, infatti, hanno rivelato, nell'arco temporale compreso fra il 2013 ed il 2015, reiterati affidamenti a favore dello stesso soggetto medico professionista, disposti periodicamente ogni sei mesi per importi semestrali di euro 39.900,00, quindi artatamente sotto soglia, al fine di eludere le ordinarie procedure di scelta del contraente.

Si ravvisa, pertanto, la violazione del divieto di artificioso frazionamento di appalti di servizi relativi al settore sanitario in contrasto con gli artt. 125 comma 13 e 29 comma 4 del previgente codice appalti, come risultante *per tabulas* dai reiterati e sistematici affidamenti sotto la soglia di 40.000,00 euro a favore dello stesso affidatario.

Tenuto conto, infatti, che gran parte dei servizi in argomento sono riconducibili a identiche o analoghe prestazioni, quali ad. es. la collaborazione professionale, che pertanto sarebbero dovute essere aggregate, non può non rilevarsi come Poste Italiane, oltre a non aver provveduto alla programmazione pluriennale degli approvvigionamenti, abbia di fatto parcellizzato commesse pubbliche che, complessivamente considerate, avrebbero imposto, in ragione del loro valore aggregato, di appaltare tali servizi solo previo esperimento di procedure di evidenza pubblica.

Parimenti risultano carenti i presupposti per il ricorso alla procedura negoziata senza bando cd. per "unicità del prestatore", difettando nei casi esaminati la sussistenza di adeguata motivazione.

Sul punto si è di recente pronunciata questa Autorità con delibera n. 1006 dell'11 ottobre 2017, affermando che *"la procedura negoziata senza bando di gara di cui all'art. 57 del d.lgs. 163/2006 costituisce una deroga al principio di concorrenzialità che guida la materia degli appalti pubblici. Pertanto, i casi in cui essa è prevista dal legislatore sono da ritenersi tassativi e da interpretarsi restrittivamente. Ne discende che è onere dell'amministrazione motivare espressamente ed in modo rigoroso la sussistenza dei presupposti giustificativi"*.

Dall'esame del carteggio in atti non è dato evincere la presenza di elementi idonei a confutare la diffusa carenza di motivazione qui oggetto di contestazione.

In ordine all'artificioso frazionamento di appalti, questa Autorità ha da ultimo precisato nelle Linee Guida n. 4 approvate con delibera n. 1097 del 26 ottobre 2016, che *"il valore stimato dell'appalto è calcolato in osservanza dei criteri fissati all'art. 35 del Codice dei contratti pubblici. Al fine di evitare un artificioso frazionamento dell'appalto, volto a eludere la disciplina comunitaria, le stazioni appaltanti devono prestare attenzione alla*

corretta definizione del proprio fabbisogno in relazione all'oggetto degli appalti, specialmente nei casi di ripartizione in lotti, contestuali o successivi, o di ripetizione dell'affidamento nel tempo".

In via incidentale, si riscontra a margine anche un recente orientamento della Corte di Cassazione (Sez. Penale, 11.06.2018 n. 26610) che ha confermato una sentenza di condanna per il reato di abuso di ufficio a carico di un responsabile del procedimento di una Stazione Appaltante, avendo questi procurato un indebito vantaggio patrimoniale ad una impresa per aver artificiosamente frazionato un appalto (art. 35 d.lgs. n. 50/2016) relativo a lavori di rifacimento di un lucernaio, suddividendoli in 5 distinti interventi, tre dei quali di valore pari ad euro 40.000,00 e due di importo inferiore, così procedendo ad affidamento dei lavori con la procedura del cottimo fiduciario (a suo tempo in vigore), senza espletare la consultazione di almeno altre ditte.

Al tempo degli affidamenti in argomento il dato normativo di riferimento che qui si assume violato va rinvenuto nell'art. 125, comma 13, del d.lgs. n. 163/2006, ai sensi del quale *"Nessuna prestazione di beni, servizi, lavori, ivi comprese le prestazioni di manutenzione, periodica o non periodica, che non ricade nell'ambito di applicazione del presente articolo, può essere artificiosamente frazionata allo scopo di sottoporla alla disciplina delle acquisizioni in economia"*, nonché nell'art. 29, comma 4, del medesimo decreto, che stabiliva che *"Nessun progetto d'opera né alcun progetto di acquisto volto ad ottenere un certo quantitativo di forniture o di servizi può essere frazionato al fine di escluderlo dall'osservanza delle norme che troverebbero applicazione se il frazionamento non vi fosse stato"*.

Si ritiene, invece, che le controdeduzioni fornite con riferimento alle contestazioni afferenti alla carenza di adeguata motivazione nelle gestioni *in house* di Poste Italiane siano adeguatamente motivate e, conseguentemente, consentano di archiviare *in parte qua* i rilievi originariamente formulati. Tutto ciò considerato e ritenuto,

DELIBERA

- di confermare i rilievi e le criticità contestate con comunicazione di risultanze istruttorie prot. n. 29039 del 4.4.2019 nei limiti di cui in motivazione, atteso che dall'analisi dei documenti e delle controdeduzioni prodotte in atti si evince, nell'arco temporale compreso fra il 2013 ed il 2015, la violazione del divieto di artificioso frazionamento di appalti di servizi relativi al settore sanitario in contrasto con gli artt. 125 comma 13 e 29 comma 4 del previgente codice appalti, come risultante *per tabulas* dai reiterati e sistematici affidamenti sotto la soglia di 40.000,00 euro a favore dello stesso affidatario.
- di invitare Poste Italiane S.p.A. a comunicare all'Autorità le iniziative e/o gli atti che intende adottare in relazione alle contestazioni contenute nella presente delibera, mediante sintetica informativa da trasmettere entro il termine di 45 giorni dalla ricezione della stessa;
- di dare mandato al competente Ufficio dell'Autorità di inviare la presente delibera:
 - alla Soc. Poste Italiane S.p.A., in persona dei destinatari della comunicazione di risultanze istruttorie;
 - alla Procura Generale e Regionale della Corte dei conti di Roma;
 - alla Procura della Repubblica presso il Tribunale di Roma.

Il Presidente
Raffaele Cantone

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 25 luglio 2019

Il Segretario, *Maria Esposito*