

I) Premesse.

1. Xplor Italia è Associazione di categoria che raccoglie le imprese fornitrici o utilizzatori di sistemi *hardware* e *software* per l'archiviazione, composizione, gestione, stampa e distribuzione di documenti elettronici, cartacei e multimediali.

2. Nel seguito essa prende posizione sulla Bozza, assumendo come specifico riferimento le domande formulate da ANAC nella *“Relazione AIR al Documento di consultazione Bozza di Determinazione “Linee guida per l'affidamento degli appalti pubblici di servizi postali””* che assumono particolare rilievo ai fini dell'attività degli Associati alla scrivente Associazione.

3. Ciò avviene sulla scorta di alcuni consolidati principi, qui di seguito riassunti:

i. è *“cruciale garantire a tutti gli operatori postali (consolidatori e recapitisti) la piena contendibilità della domanda rappresentata dalla P.A. attraverso la partecipazione più ampia possibile alle gare da essa indette. Ciò determinerà non solo benefici sul fronte della concorrenza per il mercato ma anche sensibili risparmi di spesa e maggiori efficienze per le stazioni appaltanti.”* (AGCM, provvedimento AS 930, cit., p. 24);

ii. in linea di principio, gli appaltanti godono di ampia discrezionalità nella scelta dell'oggetto delle gare (Consiglio di Stato, Sez. V, 20 marzo 2007, n. 1331; Consiglio di Stato, Sez. V, 5 settembre 2008, n. 4283); non si tratta però di arbitrio, ma di *discrezionalità*, il cui uso non è *in toto* libero; esso si deve allineare a principi e parametri normativi, patendo così (Corte costituzionale, 23 novembre 2007, n. 401) *sensibili* limiti legati al rispetto dei principi di *par condicio*, trasparenza, ragionevolezza e proporzionalità (T.a.r. Lazio, Roma, Sez. III, 21 marzo 2014, n. 3206; T.a.r. Lombardia, Milano, Sez. I, 18 giugno 2007, n. 5269; Consiglio di Stato, Sez. V, 2 febbraio 2009, n. 525);

iii. gli appaltanti devono perseguire la più ampia concorrenza, anche per ridurre la spesa pubblica, secondo i dettami del d.lgs. 163/2006, che:

a. *ex art. 2* li obbliga ad agire secondo principi di economicità, efficienza, libera concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione, proporzionalità e pubblicità;

b. *ex art. 68* (e l'all. VIII richiamatone), li vincola a regole di guida la stesura dei capitolati d'appalto sottolineando che *“le specifiche tecniche devono consentire pari accesso agli offerenti e non devono comportare la creazione di ostacoli ingiustificati all'apertura dei contratti pubblici alla concorrenza”*;

iv. ecco perché nei casi di *bundling* fra servizi di recapito e servizi diversi gli appaltanti *“limitano ingiustificatamente la partecipazione dei consolidatori agevolando, invece, i grandi operatori integrati verticalmente come Poste Italiane S.p.a.”* (AGCM, AS 930, cit., p. 2);

v. tanto più che *ex art. 2 comma 1 bis* d.lgs. 163/2006 (inserito *ex d.l.* 201/2011), con specifico obiettivo di stimolare la concorrenza, è prescritto che *“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. I criteri di partecipazione alle gare devono essere tali da non escludere le piccole e medie imprese”*; si tratta di canone ripreso e accentuato dalle direttive europee sui contratti pubblici 24/2014/Ue e 25/2014/Ue.

*

I) In generale sulle procedure a evidenza pubblica.

“1) si condivide la soluzione proposta dall’Autorità di considerare, almeno per gli appalti che superano le soglie comunitarie, non corretta la predisposizione di bandi di gara che considerano in un unico lotto i servizi di recapito con quelli cosiddetti a monte (vale a dire acquisizione, elaborazione, stampa e imbustamento)?

4. La soluzione è condivisibile. Essa è anzi *obbligata* alla luce del vigente quadro normativo europeo (direttive 2004/17/Ce e 2004/18/Ce) e nazionale (d.lgs. 163/2006 e d.p.r. 207/2010), nonché nella prospettiva del doveroso recepimento delle direttive 2014/24/Ue e 2014/25/Ue. In vista di quel recepimento, il dovere di leale collaborazione Ue-Stati membri, vieta sin d’ora (nelle more del formale recepimento delle nuove direttive) a tutte le emanazioni di questi ultimi di assumere misure – normative e amministrative – difformi dalle medesime.

5. Emergono quali tratti di questo sistema (al quale si saldano i principi amministrativi generali ex l. 241/1990 nonché le norme di tutela della concorrenza e delle imprese ex l. 241/1990 ed ex d.lgs. 180/2011):

- i. l’obbligo di rendere l’assegnazione degli appalti pubblici un momento di promozione della *massima* concorrenza *nel e per* il mercato;
- ii. la sottrazione della strutturazione dell’oggetto di ciascun contratto e gara all’arbitrio di ciascun appaltante che *deve* invece agire per perseguire gli obiettivi rammentati;
- iii. il dovere incondizionato degli appaltanti (ancor più ex d.lgs. 180/2011 e direttive 2014/24/Ue e 2014/25/Ue) di strutturare detto oggetto al fine (*normativo*) di stimolare il maggior possibile accesso alle gare, *specie* da parte di imprese medio-piccole.

6. È invece estremamente criticabile la clausola limitativa con la quale Codesta Autorità ventila la restrizione del divieto di *bundling* ai soli “*appalti che superano le soglie comunitarie*”. Infatti:

- i. sin dal secondo *considerando* motivazionale, la direttiva 2004/18/Ce chiarisce senza lasciare spazio a soluzioni diverse che “*L’aggiudicazione degli appalti negli Stati membri per conto dello Stato, degli enti pubblici territoriali e di altri organismi di diritto pubblico è subordinata al rispetto dei principi del trattato ed in particolare ai principi della libera circolazione delle merci, della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi, nonché ai principi che ne derivano, quali i principi di parità di trattamento, di non discriminazione, di riconoscimento reciproco, di proporzionalità e di trasparenza.*”, specificando (parte finale del *considerando*” che queste condizioni minimali, a valere per *tutti* i contratti, sopra e sotto soglia, si traducono sopra soglia in speciali regole comportamentali (quelle dettagliate dalle direttive europee in tema di contratti sopra soglia);
- ii. la giurisprudenza europea conferma la necessità del rispetto dei principi predetti anche sotto la soglia (CGUE, Sez. IV, 23 dicembre 2009, causa C-376/08, *Serrantoni e altri / Comune di Milano*, § 23); la quale è confermata pure dalla Commissione Ue in tema di appalti non, o solo in parte, disciplinati dalle direttive (2006/C 179/02);
- iii. l’esplicita estensione anche al di sotto della soglia del regime valevole per i contratti sopra soglia è disposto ex art. 121 d.lgs. 163/2006. Fra le possibili deroghe a ciò (artt. 122 e ss.) *non* ve ne è alcuna che permetta il *bundling* di prestazioni, che Codesta Autorità mira correttamente a impedire sopra soglia;
- iv. dette norme di *favor* per la competitività delle imprese medio-piccole ostano a titolo ulteriore e autonomo alla restrizione ventilata da Codesta Autorità per i contratti sotto soglia.

*

“2) si condivide, altresì, la proposta di valutare l’opportunità di unire nello stesso lotto i servizi di recapito con alcuni servizi cosiddetti a valle (come la rendicontazione e la conservazione delle ricevute di ritorno)?

3) in caso di risposta negativa alla domanda precedente, si chiede di indicare le ragioni per cui non si ritiene utile unire nello stesso lotto i servizi cosiddetti a valle, ovvero di indicare quali servizi a valle potrebbero essere uniti ai servizi di recapito.”.

7. È fermo il dissenso dall’idea di ammettere il *bundling* fra servizi di recapito e quelli a valle del recapito medesimo.

8. Sul piano normativo-formale, nazionale ed europeo, valgono le ricordate regole che impediscono in linea di principio a ogni appaltante di fare sì che l’assegnazione di un contratto pubblico sia altro che un momento di promozione della concorrenza *nel e per* il mercato. In relazione a ciò, l’ammissione del *bundling* fra servizi di recapito e servizi a valle ha identica portata anticoncorrenziale – e merita perciò identica critica – del *bundling* fra servizi di recapito e servizi a monte.

9. Il *bundling* dei servizi a valle vale dunque in identici termini quale circostanza di non giustificabile restrizione concorrenziale, a danno tanto dell’economicità delle gestioni della committenza (e perciò, in ultima analisi, della *cassa*) pubblica, quanto degli operatori dei servizi a valle, dei quali sarebbe così grandemente ristretto l’accesso al mercato.

10. Sotto un diverso e concorrente profilo, il *bundling* dei servizi a valle va impedito in ragione del *fisiologico* conflitto di interessi che contrappone in linea di principio il prestatore del servizio a valle al prestatore del servizio di recapito.

11. Nella loro varietà, i servizi a valle sono connotati dal rappresentare momenti di una complessiva “presa d’atto e verifica” dell’operato del prestatore del servizio di recapito.

12. Permettere il *bundling* dei due generi di servizi impedisce ogni credibile controllo in tal senso, sia nell’ipotesi che il *bundling* avvenisse in capo a un unico soggetto a un tempo recapitatore-prestatore di servizi a valle, sia allorché si desse vita a raggruppamenti temporanei di imprese (r.t.i.) fra soggetti svolgenti le due attività.

13. È chiaro infatti che data la notoria – e oggettiva sul mercato – preponderanza e forza economica del recapitatore (il *teorico* controllato) sul prestatore di servizi a valle (il *teorico* controllante), verrebbe meno ogni effettivo e credibile controllo sull’operato recapitatore, con danno per l’appaltante sotto ogni profilo.

*

“4) si ritiene che, per favorire la partecipazione alle gare, potrebbe essere opportuno valutare i servizi a valle come servizi aggiuntivi nell’ambito dell’offerta economicamente più vantaggiosa, piuttosto che come servizi integrati nell’ambito del lotto?

5) vi possono essere delle soluzioni alternative, al bundling o all’unbundling dei servizi sopra in oggetto?

6) in caso positivo, vi sono evidenze economiche o tecniche a supporto delle soluzioni alternative?”.

14. Quanto illustrato in risposta alle domande 2) e 3) porta a escludere la legittima fattibilità di quanto così prospettato e a escludere l’esistenza di alternative al divieto di *bundling* fra servizi di recapito e servizi a valle, nonché della non fattibilità tecnica ed economica di simili alternative.

15. Per le ragioni già viste resta innaturale e controproducente sotto plurimi profili l’accostamento della prestazione dei servizi di recapito e a valle da parte di un unico appaltatore, fosse anche in forma di r.t.i.

16. La prospettazione del servizio a valle come “servizio aggiuntivo” a quello di recapito – al di là della estrema vaghezza con la quale essa è illustrata nella domanda – non appare in grado di superare *alcuna* delle concorrenti e plurime ragioni autonome che valgono a dimostrare l’illegittimità del *bundling* – fosse pure tramite il detto schema di servizi aggiuntivi – fra servizi di recapito e a valle.

17. Si aggiunge che un tentativo che fosse articolato da cercare in ogni modo di rendere compatibili i due servizi nel contesto di una medesima prestazione darebbe inevitabilmente vita a schemi capitolari e a regole di gara estremamente complesse e di più che sicura altamente complessa e controvertibile applicazione.

18. Con ciò si violerebbero i canoni generali di linearità e semplificazione amministrativa, impositivi di procedimenti snelli, trasparenti e controllabili che la l. 241/1990 esige senza deroghe da parte di ogni soggetto pubblico e che l’art. 2 d.lgs. 163/2006 – con il suo richiamo espresso della disciplina ex l. 241 cit. al campo contrattuale pubblico – estende al settore degli appalti pubblici.

*

III) Sulla suddivisione in lotti di recapito.

“3) si condivide la soluzione proposta dall’Autorità relativamente alla suddivisione in lotti di recapito?

4) si ritiene che possa essere utile per superare le problematiche prospettate?

5) vi possono essere delle soluzioni alternative?

6) vi sono dei dati tecnici o economici a supporto delle soluzioni alternative?

7) si condivide la proposta presentata da diversi operatori economici di permettere la presentazione di offerte limitate ad una frazione (con un minimo definito) con relativa penalizzazione nel punteggio? Si invita a motivare.”.

19. La soluzione proposta è in linea di principio condivisibile. La maggior concorrenza nel settore dei servizi postali, che ancora risente gli effetti del relativo storico monopolio, è fattore potenzialmente positivo anche per i mercati dei servizi a monte e a valle.

IV) Informazioni presenti nei bandi.

“5. si condividono le proposte dell’Autorità?

6. si ritiene che nei bandi di gara debbano essere presenti ulteriori informazioni? In caso di risposta affermativa, indicare quali.”.

20. Si condividono le proposte dell’Autorità.

*

V) Sul subappalto.

“4) si condividono le proposte formulate dall’Autorità in merito al subappalto?

5) si ritiene che possano essere utili per superare le problematiche prospettate?

6) vi possono essere delle soluzioni alternative? Se sì, indicare quali e fornire motivazioni e suggerimenti al riguardo.

7) Indicare, motivando, se si ritiene che possano rientrare nella fattispecie del subappalto di cui all’art. 118 del Codice dei contratti, e quindi debbano essere computate ai fini del raggiungimento del limite del 30% del servizio subappaltabile le seguenti fattispecie:

a) le “sedi mandatarie” che devono essere dichiarate in sede di rilascio delle licenze/autorizzazioni;

b) i contratti di servizio;

c) il franchising;

d) i contratti di trasporto”.

21. Si rileva 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.

22. Va infatti considerato che, in assoluto, la restrizione al subappalto è misura di valenza *estremamente* anticoncorrenziale, restringendo i limiti di operatività imprenditoriale dell'appaltatore.

23. Come osserva la miglior Dottrina (R. GAROFOLI-G. FERRARI, *Codice degli Appalti Pubblici*, Roma, 2011, 1230), i limiti al subappalto sono di più che dubbia la *“compatibilità con la normativa comunitaria del diritto interno [l'art. 118 comma 2 d.lgs. 163/2006 – n.d.r.] che tali limiti preveda al fine di escludere il subappalto di tutta l'opera.”*. La norma nazionale infrange infatti *“il principio della subappaltabilità di tutte le lavorazioni”*, ed essa *“non ha fondamento nel diritto comunitario”* (*ibidem*), dal quale si trae semmai l'indicazione contraria della subappaltabilità *integrale* dell'oggetto dell'appalto, dal momento che *“la direttiva 2004/18/CE non prevede limiti quantitativi (o qualitativi) al subappalto”*, permettendo quindi appieno – e nel rispetto degli obiettivi pro concorrenziali sottesi al sistema – che si spieghi la libertà imprenditoriale che può esigere il subappalto *integrale*.

24. L'art. 25 direttiva 2004/18/Ce reca infatti una *compiuta* disciplina del subappalto. Il quale è *ammesso in generale*. E rispetto a esso né è contemplato dalla norma alcun limite, né la norma ammette che lo Stato membro o la stazione appaltante *possano* restringere la generale facoltà di subappaltabilità *totale* del *quid* appaltato.

25. In relazione alla portata anticoncorrenziale della restrizione del subappalto e alla sua lampante contrarietà al diritto pro concorrenziale europeo, che *non conosce* (e perciò non ammette, **la regola essendo quella della massima concorrenza**) quel limite, si impone di tenere conto del consolidatissimo insegnamento per cui (*ex plurimis*, Corte costituzionale 389/1989) qualsiasi organo – giurisdizionale ma anche *amministrativo*, come è Codesta Autorità – è *tenuto* a disapplicare qualsiasi norma interna difforme dalle omologhe norme europee.

26. Nell'Unione europea e nel nostro Paese l'acquisto di beni e servizi da parte di soggetti latamente pubblici (pubbliche amministrazioni in senso formale o soggetti privati obbligati ad applicare direttive 2004/17/Ce e 2004/18/Ce e d.lgs. 163/2006) è parte essenziale del mercato. La spinta del sistema verso un più diffuso uso di centrali di acquisto (archetipo di CONSIP S.p.a.), con crescita esponenziale dell'entità economica dei contratti assegnati, eleva ulteriormente il rilievo del settore pubblico.

27. È pertanto impossibile prendere posizione allo stato sulle domande di Codesta Autorità.

28. Si auspica semmai che alla luce dei doveri di disapplicazione appena ricordati, essa – visti anche in generali i propri compiti istituzionali - colga l'occasione di questa consultazione per chiarire l'illiceità europea dell'incongruo limite nazionale al subappalto.

*

VI) *Sui r.t.i.*

“18) si condivide l'orientamento dell'Autorità in materia di RTI per la partecipazione alle gare nei settori speciali? Si prega di motivare la risposta.

19) si ritiene che esistano altre misure o accorgimenti per favorire una più ampia partecipazione alle gare? Nel caso di risposta positiva spiegare quali, motivando.

29. Si condivide l'orientamento dell'Autorità.

*

VII) *Sui requisiti di partecipazione.*

“20) si condividono i requisiti di partecipazione individuati dall'Autorità?”

21) in particolare, si ritiene corretto prevedere tra i requisiti di partecipazione il possesso di un organico medio calcolato in percentuale rispetto a quello necessario per garantire l'espletamento del servizio?

22) si ritiene che possano essere richiesti ulteriori requisiti, e per quali motivi? ”.

30. La condivisione in linea di principio della posizione dell'Autorità si accompagna ai seguenti rilievi critici.

31. Non è condivisibile la commisurazione del fatturato globale d'impresa "per un valore fino al doppio di quello posto a base di gara" ("RELAZIONE AIR", pag.32). Per quanto dettato in tema di requisiti tecnici, l'art. 42 comma 3 d.lgs. 163/2006, riproducendo le corrispondenti norme delle direttive 2004/17/Ce e 2004/18/Ce, esprime in principio generale in forza del quale "Le informazioni richieste non possono comunque eccedere l'oggetto dell'appalto". Ciò corrisponde a quanto più volte affermato dalla CGUE (e dalla CGCE) in ordine alla portata anticoncorrenziale di una richiesta di referenze di prequalificazione che vada oltre l'entità dell'oggetto d'appalto. Per quanto, ovviamente, la fissazione dei requisiti di accesso non debba – con riferimento a parametri misurabili, come il fatturato – aderire pedissequamente alla base d'asta, non appare congruo consentire agli appaltanti di fissare griglie d'accesso tali da fissare il requisito in misura doppia della base stessa. Proprio la ratio della prequalificazione enucleata dalla giurisprudenza ANAC e amministrativa di cui alla nota 33 di pag. 32 della *RELAZIONE AIR*, esclude la proporzionalità e la ragionevolezza della soluzione proposta.

32. Parimenti non condivisibile – per i servizi *a monte* di quelli di recapito – è la richiesta di licenza individuale *ex d.m. 73/2000* o autorizzazione generale *ex art. 75/2000*.

*

VIII) Criteri di aggiudicazione.

"23) si condivide che il criterio prevalente di aggiudicazione debba essere quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa?

24) si condivide con la necessità che nella valutazione delle offerte tecniche si tenga conto anche di soluzioni alternative rispetto a quelle fino ad oggi proposte dall'ex monopolista?

25) vi possono essere criteri ulteriori o alternativi?"

33. Si condivide in linea di principio la posizione dell'Autorità.

*

IX) Penali.

"8. si condivide quanto affermato dall'Autorità in tema di controlli e di penali?

9. vi possono essere soluzioni alternative, e quali conseguenze possono comportare?"

34. Si condivide in linea di principio la posizione dell'Autorità.

*

Con osservanza.

Enrico Barboglio (Presidente Xplor)