



# DELIBERA N. 607

8 settembre 2021.

## Oggetto

Istanza singola di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 211, comma 1 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 presentata dalla società CITYPOST Spa – Accordo quadro per il servizio di stampa, imbustamento e recapito degli avvisi di pagamento relativi ai contributi consortili dei Consorzi di Bonifica della Regione Toscana – Criterio di aggiudicazione: offerta economicamente più vantaggiosa – Importo a base di gara: euro 2.488.705,54 – S.A.: Consorzio di Bonifica 6 Toscana Sud.

**PREC 159/2021/S**

## Riferimenti normativi

*Art. 83 del d.lgs. n. 50/2016*

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

## Parole chiave

Stampa, imbustamento e recapito degli avvisi di pagamento – Capacità di recapito degli avvisi riferita ai CAP della Regione – Requisito di partecipazione – Limitazione della concorrenza – Clausola legittima se prevista come condizione di esecuzione.

## Massima

**Non massimabile**

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza dell'8 settembre 2021



## DELIBERA

**VISTA** l'istanza acquisita al prot. ANAC n. 0051386 del 30.6.2021, con la quale la società Citypost Spa contesta la clausola di cui al punto 7.b) del Disciplinare di gara, che prevede, tra gli altri requisiti di partecipazione, per quanto attiene alla prestazione principale, la «*capacità di recapitare integralmente, per ogni singolo CAP, gli avvisi ad almeno l'80 % dei CAP dei Comuni della Regione Toscana di cui all'elenco allegato*» (con la specificazione, aggiunta in nota, che «*un CAP si intende integralmente coperto quanto l'operatore è in grado di recapitare a tutti i cap in esso compresi (c.d. stradario) e a tutti i numeri civici in essi compresi*»);

**CONSIDERATO**, più specificamente, che la società istante contesta la clausola in parola atteso che «*una richiesta di copertura che faccia semplicemente riferimento ai CAP in termini territoriali, senza prendere in considerazione il peso di ciascun CAP in termini di popolazione residente sullo stesso, è in generale poco indicativa e fuorviante*», ma soprattutto perché si sostiene che «*dall'analisi del file Elenco CAP in cui vi è una stima del numero di avvisi per Consorzio è emerso che nel territorio Toscano, a cui fa riferimento il suddetto requisito di accesso, gli invii non sono distribuiti in modo uniforme, bensì su alcuni CAP insistono quantitativi considerevoli, a scapito di altri CAP, sui quali viene recapitato un numero veramente esiguo di spedizioni. Risulta pertanto illogica la richiesta di una copertura basata su una valutazione indifferenziata dei CAP, come se contassero tutti allo stesso modo sui recapiti, mentre pesano in modo diverso in relazione al numero di avvisi che si presume vi ricadranno e che codesta spettabile Stazione Appaltante ha interesse che vengano recapitati direttamente*»;

**CONSIDERATO** che a parere dell'operatore economico istante il requisito speciale in discussione sarebbe anticoncorrenziale e avrebbe, quindi, impedito la sua stessa partecipazione alla gara, posto che «*l'unico operatore in grado di coprire da solo il 100% del territorio italiano è Postelitaliane; d'altronde gli operatori privati alternativi al Servizio Universale necessariamente obbediscono a dinamiche basate dalla maggior redditività che in termini di copertura è garantita dalla maggiore densità abitativa*»;

**CONSIDERATO** che secondo la Stazione appaltante, in primo luogo, l'istanza presentata da Citypost S.p.A. è inammissibile, ai sensi e per gli effetti dell'art. 7, comma 1 lett. c) del Regolamento di precontenzioso, «*non avendo la Società tempestivamente impugnato il Bando di gara pubblicato in data 17.05.2021, pur in presenza della inequivocabile volontà della Stazione appaltante di tener fermo il requisito già in data 31.05.2021*» e che, in ogni caso, la contestazione è infondata per le motivazioni tecniche di seguito riportate: «*Il contributo di bonifica non è dovuto indistintamente da tutta la popolazione ma dai soli proprietari di immobili ai sensi dell'art. 8 della L.R.T. n. 79/2012.*

*Muovendo pertanto da tali presupposti normativi, la Stazione appaltante ha ritenuto rispondente a logiche di ragionevolezza e proporzionalità - così come all'interesse pubblico - attribuire lo stesso peso ai CAP della Regione Toscana sulla scorta delle seguenti valutazioni:*

*a) il numero delle persone fisiche e/o giuridiche che ricevono l'avviso di pagamento non coincide con il numero totale della popolazione o dei residenti ricompresi nei limiti territoriali di un CAP; pertanto, sarebbe stato illogico attribuire ai CAP un peso proporzionale alla popolazione o ai residenti;*

*b) gli avvisi da recapitare emessi dai singoli consorzi sono distribuiti territorialmente in maniera molto diversa; pertanto attribuire ai CAP un peso proporzionale al numero degli avvisi totali da recapitare per singolo CAP sarebbe stato altrettanto illogico nonché poco rappresentativo e fuorviante in alcuni casi. Per tale motivo, l'elenco relativo ai CAP allegato ai documenti di gara è stato suddiviso per Consorzio.*

*Si aggiunga che da un confronto effettuato tra il rapporto del numero dei CAP di ogni provincia con il totale degli stessi CAP dell'intera regione Toscana ed il rapporto del numero degli avvisi di ogni provincia con il totale degli*



*stessi avvisi della Toscana, le percentuali di riferimento sono risultate del tutto similari e non sono emerse discontinuità tali da influire in termini di partecipazione degli operatori economici»;*

**VISTO** l'avvio dell'istruttoria avvenuto in data 9.7.2021;

**VISTA** la documentazione in atti e le memorie delle parti;

**RITENUTO**, preliminarmente, di non poter accogliere l'eccezione inammissibilità dell'istanza per tardività di cui all'art. 7, comma 1, lett. c) del Regolamento di precontenzioso invocata dalla Stazione appaltante, atteso che:

- ben prima della scadenza del termine per impugnare la clausola ritenuta immediatamente escludente, ovvero in data 3.6.2021, la Stazione appaltante comunicava che, causa necessità di rettifica del disciplinare di gara, sarebbe stata effettuata, come prevede la normativa in materia, una nuova pubblicazione del bando di gara e della documentazione allegata;
- tale nuova pubblicazione avveniva in data 22.6.2021;
- stante le diverse interlocuzioni e diffide formali intercorse tra la società odierna istante e la Stazione appaltante in ordine alla clausola in contestazione tra la prima e la seconda pubblicazione del bando, la comunicazione preventiva effettuata dall'Amministrazione circa la sua imminente ripubblicazione "*causa necessità di rettifica del disciplinare di gara*" ha ingenerato nell'istante medesimo, anche in ragione della genericità dell'avviso, una ragionevole aspettativa circa l'accoglimento, quantomeno parziale, delle proprie richieste;
- la certezza del mancato accoglimento di quest'ultime può considerarsi formalmente acquisita solo con la nuova pubblicazione avvenuta, come detto, in data 22.6.2021;
- pertanto l'istanza non è tardiva in quanto è proprio tale ultima data a costituire il *dies a quo* di decorrenza del termine per l'impugnativa giurisdizionale e dunque per valutarne l'ammissibilità ai sensi e per gli effetti dell'art. 7, comma 1, lett. c) del Regolamento;

**PRESO ATTO**, relativamente alla contestazione nel merito del requisito di partecipazione previsto dal punto 7.b) del Disciplinare di gara, che sia la giurisprudenza amministrativa che l'Autorità hanno sempre riconosciuto alla stazione appaltante un margine apprezzabile di discrezionalità nel richiedere requisiti di capacità economica, finanziaria e tecnica ulteriori e più severi rispetto a quelli normativamente previsti, salvo il rispetto della proporzionalità e ragionevolezza e nel limite della continenza e non estraneità rispetto all'oggetto della gara e considerato che tale esercizio della discrezionalità è stato ritenuto, dunque, compatibile con i principi della massima partecipazione, concorrenza, trasparenza e libera circolazione delle prestazioni e servizi purché i requisiti richiesti siano attinenti e proporzionati all'oggetto dell'appalto e la loro applicazione più rigorosa si correli a circostanze debitamente giustificate;

**CONSIDERATO**, dunque, acclarato che, in questi limiti, la pretesa del possesso di requisiti più stringenti relativi alla capacità tecnica, economica e/o finanziaria non costituisce un ostacolo ingiustificato alla partecipazione delle imprese alla gara, occorre valutare – nel caso in esame – se l'esercizio di siffatta discrezionalità da parte dell'Amministrazione committente non abbia esorbitato i confini di proporzionalità e ragionevolezza sopra indicati;

**VISTE** le Linee Guida ANAC per l'affidamento degli appalti pubblici di servizi postali;



**CONSIDERATO** che non pare potersi revocare in dubbio il fatto che, attualmente, nell'ambito del mercato dei servizi postali, l'unico operatore economico in grado di coprire tutto il territorio (leggasi, nel caso di specie, tutti i CAP) senza particolari o abnormi difficoltà tecnico-organizzative sia il fornitore del servizio universale (ossia Postelitaliane Spa fino al 2026) e che nonostante la formale, progressiva liberalizzazione dei servizi in discussione e nonostante la ormai consolidata presenza di numerosi operatori postali in concorrenza con Poste, sembra permanere una struttura di mercato sostanzialmente oligopolistica ancora dominata dall'ex monopolista; dominio prevalentemente fondato sulla capacità di copertura territoriale, garantita, in special modo, dalla componente lavoro, a differenza di altri settori (come quello, ad esempio, delle telecomunicazioni) in cui lo scorporo della gestione dell'infrastruttura tecnologica, che garantisce l'esercizio (capillare) del servizio, dalla fornitura del servizio stesso all'utenza, tende ad azzerare l'incidenza, limitativa della concorrenza, dell'elemento della copertura territoriale;

**RITENUTO** che se, per un verso, non appare persuasivo il percorso argomentativo della Stazione appaltante in cui la legittimità del requisito di partecipazione in contestazione viene motivata sulla base di una sua asserita stretta correlazione con la natura e le modalità di esazione del contributo richiesto all'utenza e ciò perché, così facendo, si finisce per operare una indebita commistione tra i requisiti di partecipazione e le modalità di esecuzione del servizio; per l'altro verso, la società istante non fornisce sufficienti ed adeguate motivazioni circa la lesività, ai fini della partecipazione alla procedura selettiva, del discusso requisito o, detto altrimenti, circa l'ampliamento della concorrenza che sicuramente si determinerebbe laddove l'80% non fosse genericamente riferito al numero di CAP dei "Comuni della Regione Toscana di cui all'elenco allegato", bensì "al numero degli invii ricadenti su tali CAP";

**RITENUTO** che l'asserito *vulnus* alla concorrenza non deriva tanto dalla clausola in sé quanto piuttosto dall'averla inserita tra i requisiti di partecipazione (verosimilmente come dimostrazione della capacità tecnico-organizzativa) e non – come sarebbe stato più corretto – tra le condizioni di esecuzione e ciò alla luce di due prevalenti considerazioni:

- trattandosi – come già più sopra osservato – di servizi in cui la capacità di copertura territoriale dipende in gran parte dal numero di dipendenti addetti al recapito degli avvisi, la copertura indifferenziata dei CAP richiesta solo quale requisito di esecuzione consentirebbe la partecipazione anche agli operatori economici la cui attività obbedisce a logiche basate esclusivamente sulla maggior redditività dei CAP (che evidentemente cresce all'aumentare della densità abitativa riferita ad ogni CAP), obbligando, così, solo in caso di aggiudicazione a dotarsi di ulteriore personale necessario a coprire anche quelle zone con minore densità abitativa;
- la possibilità per l'appaltatore, espressamente riconosciuta dalla *lex specialis* (**Riserva al Fornitore del Servizio Postale Universale (FSU)**), di ricorrere al Fornitore del Servizio Universale "per la quota parte di avvisi da recapitare non coperti direttamente in autoprestazione... in misura in ogni caso non superiore al 30% del totale invii affidati per ciascuna annualità da ciascun Consorzio", si integra perfettamente con la clausola in questione se intesa come requisito di esecuzione, mentre appare distonica se prevista come requisito di partecipazione perché finisce per generare una indebita commistione tra requisiti di natura diversa;

**RITENUTO**, infine, che se, da un lato, non è stata fornita una prova certa in merito all'esistenza di un nesso eziologico diretto tra la mancata pesatura/ponderazione dei CAP (con riferimento, ad esempio, al numero di avvisi da recapitare, come proposto dall'istante) e la lesione del *favor participationis*, dall'altro, una dimostrazione immediata dell'effetto distorsivo della concorrenza derivante dall'inserimento della clausola in questione tra i requisiti di partecipazione, e non tra le condizioni di esecuzione, è data dalla



partecipazione estremamente esigua alla gara in oggetto (due soli concorrenti, di cui uno è il RTI formato proprio da Posteltaliane Spa e Postel Spa), considerato l'importo posto a base di gara e il discreto numero di operatori economici che popolano il mercato di riferimento,

il Consiglio

ritiene, sulla base delle motivazioni che precedono, che l'operato della Stazione appaltante non sia conforme alle disposizioni normative in materia di requisiti speciali di partecipazione, laddove la clausola contenuta nel punto 7.b) del Disciplinare di gara è stata prevista come un requisito di capacità tecnico-organizzativa e non come condizione di esecuzione dell'appalto.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 14 settembre 2021

Per Il Segretario Maria Esposito

Rosetta Greco

Atto firmato digitalmente