

Autorità Nazionale Anticorruzione

VIGILANZA CONTRATTI PUBBLICI

Documento di consultazione

Bozza di Determinazione

*“Linee guida per l’affidamento degli appalti pubblici di servizi
postali”*

Sommario

Premessa	3
Il quadro normativo di riferimento	4
Questioni relative all'affidamento dei servizi postali	5
1 Procedure di evidenza pubblica	5
2 Oggetto dell'affidamento	5
3 Divisione in lotti di recapito	7
4 Informazioni che devono essere presenti nei bandi	8
5 Determinazione dell'importo a base di gara	9
6 Subappalto	10
7 Raggruppamenti temporanei di imprese.	11
8 Requisiti di partecipazione	12
9 Criteri di aggiudicazione	15
10 Penali	16

Determinazione

“Linee guida per l’affidamento degli appalti pubblici di servizi postali”

Premessa

Nell’ambito dell’attività di vigilanza, l’Autorità ha rilevato, sulla base delle segnalazioni pervenute dagli operatori del settore, alcune criticità nelle procedure di affidamento degli appalti pubblici di servizi postali a seguito dell’intervenuta liberalizzazione del mercato di riferimento.

Tenuto conto dell’importanza rivestita dal settore postale sia nel mercato interno sia a livello comunitario, l’Autorità ha ritenuto opportuno avviare una procedura per l’emanazione di un atto a carattere generale.

Al fine di meglio comprendere da un punto di vista tecnico le problematiche evidenziate e di garantire il rispetto del principio di massima partecipazione all’*iter* decisionale da parte dei soggetti interessati, la presente Determinazione è stata preceduta dai lavori di un Tavolo tecnico al quale hanno partecipato Poste Italiane S.p.A. (Poste), le maggiori associazioni rappresentative degli operatori privati, alcuni operatori privati in proprio nonché l’Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni (AGCOM) quale autorità preposta alla regolamentazione e vigilanza del settore postale.

Con le presenti Linee guida l’Autorità intende pertanto fornire indicazioni operative alle stazioni appaltanti ed agli operatori economici riguardo all’affidamento dei contratti pubblici aventi ad oggetto servizi postali.

Conformemente a quanto previsto dal Regolamento “*Disciplina dell’analisi di impatto della regolamentazione (AIR) e della verifica dell’impatto della regolamentazione (VIR)*”, la bozza della presente Determinazione è sottoposta a consultazione pubblica sul sito www.avcp.it ed è accompagnata dalla Relazione AIR, che illustra in maniera più diffusa le criticità riscontrate, le ipotesi alternative messe a confronto, le motivazioni delle scelte effettuate ed il possibile effetto sulle stazioni appaltanti, gli operatori economici ed il mercato in generale.

Nelle presenti linee guida sono fornite indicazioni operative su come trattare problematiche relative ai temi che riguardano in modo specifico il settore postale, mentre per quanto riguarda aspetti di ordine generale comuni a tutte le procedure per gli affidamenti di servizi si rimanda a quanto già rappresentato dall’Autorità in atti a carattere generale¹. Si tratta, in particolare di:

¹ In particolare, per quanto concerne la verifica dei requisiti di ordine generale si veda la Determinazione n. 1 del 16.5.2012; per quanto concerne l’offerta economicamente più vantaggiosa nei servizi e forniture si veda la Determinazione n. 7 del 24.11.2011. Utili indicazioni possono essere trovate anche nei bandi-tipo predisposti dall’Autorità ai sensi dell’art. 64, comma 4-bis, del d.lgs. 163/2006.

- a) l'oggetto dell'affidamento ed in particolare del problema del bundling del servizio di recapito con altri servizi a monte o a valle dello stesso;
- b) la divisione in lotti di recapito, considerata la presenza sul mercato di operatori attivi in ambiti territoriali ristretti;
- c) le informazioni che devono essere presenti nei bandi di gara;
- d) la determinazione dell'importo a base di gara, considerati i problemi che sono spesso sorti a causa dell'esenzione dell'IVA di cui gode Poste in qualità di fornitore del servizio universale;
- e) il subappalto, segnatamente il problema di come considerare gli invii di posta transfrontaliera e di quella immessa nel circuito del servizio universale (c.d. postalizzazione);
- f) i raggruppamenti temporanei di imprese, affrontando i problemi relativi ai RTI sovrabbondanti e la possibilità di modificare la composizione di detti RTI per le gare in più lotti;
- g) i requisiti specifici di partecipazione, tra cui la necessità di dotarsi di un organico medio;
- h) i criteri di aggiudicazione ed, in particolare, di come valutare nell'ambito dell'offerta tecnica i punti di giacenza (della posta inesitata);
- i) le penali, in considerazione della peculiarità del servizio postale.

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 con la Direttiva n. 97/67/CE, alla quale hanno fatto seguito la Direttiva 2002/39/CE e la Direttiva 2008/6/CE (cd "terza direttiva postale") che ha decretato, a decorrere da gennaio 2011, la completa liberalizzazione del mercato del recapito in tutti i paesi dell'Unione Europea.

In Italia dunque per effetto delle norme che hanno recepito nel nostro ordinamento le suddette direttive² si è assistito progressivamente alla liberalizzazione dei servizi postali. L'ultima di tali norme, il d. lgs. n. 58/2011 di recepimento della terza direttiva postale, ha infatti abolito l'ultima quota residua del monopolio di Poste. Tuttavia, lo stesso d. lgs. 58/2011 ha affidato a Poste il servizio postale universale³ fino al 30 aprile 2026, ed ha affidato in via esclusiva a Poste, in quanto

²La Direttiva 97/67/CE è stata recepita dal D.Lgs. n.261 del 22 luglio 1999 "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" e la Direttiva 2002/39/CE è stata recepita 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".

³ Il servizio universale postale ricomprende una serie di servizi essenziali da fornire, a prezzi accessibili, a tutti gli utenti su tutto il territorio nazionale. Il servizio postale universale, ai sensi dell'articolo 3 del d. lgs n.

gestore del servizio universale, i servizi di notificazioni a mezzo posta degli atti giudiziari e degli atti relativi alle violazioni del codice della strada. Su tali ultimi servizi Poste si trova quindi, ad oggi, in una situazione di monopolio⁴.

Si precisa che i servizi oggetto delle presenti Linee guida sono gli appalti pubblici di servizi postali affidati dalle amministrazioni aggiudicatrici in base alle disposizioni delle Parti I e II del d. lgs. 12.4.2006 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.

Questioni relative all'affidamento dei servizi postali

1 Procedure di evidenza pubblica

Il quadro normativo di riferimento sopra descritto, connotato dalla rimozione del monopolio e dalla liberalizzazione, fa sì che le stazioni appaltanti debbano affidare gli appalti pubblici aventi ad oggetto i servizi postali tramite procedure di selezione del contraente basate su principi di evidenza pubblica. La normativa vigente (art. 4 d. lgs. 22.7.1999 n. 261) consente, infatti, l'affidamento diretto a Poste esclusivamente dei seguenti servizi:

- a) i servizi inerenti le notificazioni di atti a mezzo posta e di comunicazioni a mezzo posta connesse con la notificazione di atti giudiziari di cui alla legge 20.11. 1982 n. 890;
- b) i servizi inerenti le notificazioni a mezzo posta di cui all'art. 201 del d. lgs. 30.4.1992, n. 285.

2 Oggetto dell'affidamento

Relativamente all'oggetto dell'affidamento, occorre distinguere preliminarmente il servizio postale in senso stretto, o di recapito, dai servizi "a monte" ed "a valle" dello stesso.

Il servizio postale consiste nella distribuzione fisica degli invii postali dal punto di raccolta al domicilio del destinatario, mentre i servizi a monte possono essere individuati nei servizi di elaborazione, composizione dei documenti, stampa, imbustamento e consegna all'operatore postale.

261 del 1999, comprende la raccolta, il trasporto, lo smistamento e il recapito degli invii postali fino a 2 kg, ivi compresi gli invii raccomandati e assicurati, e dei pacchi fino a 20 kg.

⁴ L'art.4 del d. lgs. n.261/1999, nel testo risultante a seguito delle modifiche apportate dall'art. 1 D.Lgs. 31.3.2011, n. 58, prevede che i servizi inerenti le notificazioni di atti a mezzo posta connesse con la notificazione di atti giudiziari di cui alla legge n. 890/1982 nonché i servizi inerenti le notificazioni a mezzo posta di cui all'art. 201 del decreto legislativo n. 285/1992 (violazioni in materia di Codice della Strada) sono affidati in regime di esclusiva al fornitore designato del servizio universale, Poste Italiane, per finalità di ordine pubblico.

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.

Al riguardo si osserva che i bandi di gara relativi all'affidamento dei servizi postali dovrebbero essere redatti secondo il principio generale per cui il servizio di recapito va affidato separatamente dai servizi a monte ed eventualmente a valle dello stesso.

In altri termini, le stazioni appaltanti dovrebbero affidare il servizio di recapito ed i servizi a monte con gara unica a lotti separati, anziché con un unico lotto, composto dai servizi integrati (recapito più servizi a monte). Gli appalti dovrebbero essere suddivisi in lotti funzionali, attraverso i quali affidare separatamente i servizi di gestione della corrispondenza a monte ed a valle del recapito, ed in un diverso lotto i servizi di recapito della corrispondenza.

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 (art. 2, comma 1 bis, d. lgs. 163/2006). Anche a livello comunitario la nuova direttiva 2014/ 24/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 26.2.2014 sugli appalti pubblici che abroga la direttiva 2004/18/CE afferma, al Considerando 78 e all'art. 46, che al fine di agevolare la partecipazione delle PMI 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 PMI, o su base qualitativa, in conformità alle varie categorie e specializzazioni presenti, per adattare meglio il contenuto dei singoli appalti ai settori specializzati delle PMI o in conformità alle diverse fasi successive del progetto.

Anche dal punto di vista tecnico ed economico vi sono ragioni che inducono a ritenere che il servizio di recapito sia distinto funzionalmente dagli altri servizi a monte del recapito stesso. A conferma di ciò, le attività a monte del recapito vengono svolte da soggetti che generalmente non sono attivi nel mercato del recapito in senso stretto.

Viceversa, per alcuni dei servizi cosiddetti a valle, potrebbero esservi valide ragioni affinché il servizio sia svolto dallo stesso soggetto affidatario del servizio di recapito. Ciò in quanto la separazione di taluni servizi potrebbe determinare inefficienze per la stazione appaltante, come, ad esempio, nel caso della tracciatura elettronica che, laddove richiesta nel bando di gara, potrebbe essere fornita esclusivamente dall'affidatario del servizio di recapito.

Dovrebbe comunque essere evitato che, mediante la previsione di più servizi, si venga 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 a seguito di un'indagine preliminare sullo stesso, esistano imprese che possano offrire in modo efficiente servizi a valle rispetto a quello di recapito.

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.

Come affermato dall'Autorità, infatti, 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 pubblica⁵.

Si ritiene che, in considerazione del fatto che i costi di transazione e di gestione dell'appalto con più fornitori potrebbero comportare oneri tali da compensare i benefici ottenibili dalla suddivisione in lotti, per gli appalti in cui il valore del servizio oggetto di affidamento è contenuto, le stazioni appaltanti possono procedere all'affidamento integrato del servizio di recapito con quello a monte o a valle dello stesso. Si ritiene di poter indicare come valore per l'affidamento congiunto dei servizi quello corrispondente alle soglie di rilevanza comunitaria.

3 Divisione in lotti di recapito

Dalle informazioni pervenute all'Autorità è emerso come l'unico operatore in grado di coprire da solo il 100% del territorio nazionale sia Poste, e che gli operatori privati, da soli, riescano a garantire una copertura territoriale regionale, o al massimo sovra regionale.

Al fine di rendere effettiva la liberalizzazione del mercato postale appare necessario che le stazioni appaltanti valutino nei bandi di gara l'opportunità di dividere l'oggetto dell'affidamento in più lotti di recapito 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.

Accanto alla suddivisione per aree territoriali, una soluzione innovativa, già utilizzata da alcune stazioni appaltanti, potrebbe essere quella di chiedere agli operatori, nel bando di gara e per ciascun lotto, di indicare in sede di offerta quali siano i CAP su cui ogni singolo concorrente riesce a garantire il recapito ed effettuare l'aggiudicazione tenendo conto della percentuale del territorio coperta⁶.

⁵ Parere di Precontenzioso AG 18/12 del 13/9/2012.

⁶ Si veda il bando Consip del 10.8.2012 "Gara per l'affidamento dei servizi postali per la gestione della corrispondenza per l'INAIL" CIG Lotto 1: 4478631B35; CIG Lotto 2: 4478650AE3, consultabile in <http://www.consip.it/on-line/Home/Gare/Bandidigara/Bandiincorso/scheda852.html>.

L'offerta dei concorrenti verrebbe valutata sulla base della loro possibilità di operare, calcolando come prezzo complessivo quello derivante dalla somma del prezzo offerto per la quota garantita e, per i servizi non offerti, il prodotto tra i prezzi del servizio universale e la quota transitata sullo stesso. 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 δ del totale il prezzo complessivo da considerare è pari a:

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

Anche il punteggio tecnico deve essere assegnato proporzionalmente al servizio effettivamente prestato.

All'aggiudicatario verrebbe affidata quindi solo l'attività di recapito della corrispondenza gestita dalla propria organizzazione diretta e/o indiretta, mentre la corrispondenza che l'affidatario dovrebbe postalizzare (ovvero affidare a Poste, gestore del servizio universale) viene stralciata dal contratto ed affidata direttamente a Poste dalla stazione appaltante o dal soggetto che gestisce la fase a monte del servizio postale. In ogni caso, deve essere garantita da parte dell'operatore privato la copertura di un quantitativo minimo, ad esempio il 70% dei volumi appartenenti al lotto. Tale modello evita il fenomeno della postalizzazione a carico dell'aggiudicatario, che, come si vedrà in seguito (par.6) può comportare svantaggi sia per l'operatore privato sia per Poste. Inoltre, presenta vantaggi in termini di responsabilità contrattuale, in quanto l'aggiudicatario risponde esclusivamente dell'attività di recapito che gestisce direttamente o mediante i propri subappaltatori, senza incorrere in responsabilità legate ad eventuali inadempimenti da parte del gestore del servizio universale.

Tuttavia, si ribadisce come nei bandi di gara così strutturati occorra prestare 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.

4 Informazioni che devono essere presenti nei bandi

Tenuto conto che spesso la carenza di informazioni impedisce ai concorrenti di formulare un'offerta consapevole, si ritiene che le stazioni appaltanti debbano indicare, nel bando di gara, i flussi storici 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).

Ciò risulta particolarmente importante quale che sia la modalità di gara prescelta (lotto unico o su più lotti, con o senza le modalità evidenziate nel punto precedente). Si pensi che, nel caso in cui è l'aggiudicatario a dover postalizzare la corrispondenza, questi avrà bisogno di conoscere con

sufficiente attendibilità la quota che non può recapitare, per stimare correttamente i suoi costi complessivi.

Si ritiene che la stazione appaltante dovrebbe fornire almeno il dato storico delle destinazioni, con l'indicazione dei possibili correttivi relativi a possibili variazioni che incidono sul recapito (ad es. il passaggio all'invio telematico delle fatture, modifiche intervenute o che si prevedere possano intervenire idonee ad incidere sull'operatività della stazione appaltante, facendo variare l'entità e le modalità di comunicazione con gli utenti finali, ecc.).

5 Determinazione dell'importo a base di gara

In via preliminare, si ricorda che l'art. 29 del Codice dei contratti stabilisce: *“il calcolo del valore stimato degli appalti pubblici e delle concessioni di lavori o servizi pubblici è basato sull'importo totale pagabile al netto dell'IVA, valutato dalle stazioni appaltanti. Pertanto, il valore stimato degli appalti pubblici a base di gara di gara deve essere indicato al netto dell'IVA”*.

L'indicazione dell'importo lordo di IVA⁷ a base di gara, oltre che illegittimo, nel caso di gare aventi ad oggetto sia prestazioni rientranti nel servizio universale che altre prestazioni, comporterebbe anche l'attribuzione di un vantaggio competitivo in favore di Poste, che, in qualità di gestore del servizio universale è esente dall'applicazione dell'IVA e pertanto potrebbe praticare un ribasso del 22%, senza alcuna efficienza, grazie ad una normativa fiscale favorevole di cui non godono le altre imprese del settore⁸.

Tuttavia, occorre considerare che in ragione di quanto chiarito dalla Corte di Giustizia delle Comunità Europee⁹, dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato¹⁰ e dall'Autorità per le Garanzie delle Comunicazioni¹¹, Poste non può più beneficiare di alcuna esenzione IVA dovendo applicare l'imposta in tutti i contratti commissionati da pubbliche amministrazioni con procedure di evidenza pubblica. In questo caso, infatti, secondo quanto evidenziato dai provvedimenti sopra indicati, le prestazioni oggetto di gara non rientrano nell'alveo del servizio universale, trattandosi di accordi negoziati individualmente.

⁷ Computando l'imposta la cui aliquota è ad oggi pari al 22% della base imponibile.

⁸ L'art. 10, comma 1, n. 16 del D.P.R. 26 ottobre 1972, n. 633, recante *“Istituzione e disciplina dell'imposta sul valore aggiunto”*, come modificato dall'art. 2, comma 4 bis, del D.L. 25 marzo 2010, n. 40, convertito in L. 22 maggio 2010, n. 73, dispone che sono esenti dall'IVA *“le prestazioni del servizio postale universale, nonché le cessioni di beni e le prestazioni di servizi a queste accessorie, effettuate dai soggetti obbligati ad assicurarne l'esecuzione”*.

⁹ Sent. 23.4. 2009, Causa C-357/07.

¹⁰ Caso A/441 Poste Italiane - applicazione dell'Iva sui servizi postali, provv. n. 24293 del 29.4.2013, in boll. 16/2013, confermata da TAR Lazio, I, 7.2.2014 n. 1525.

¹¹ Delibera n. 385/13/CONS del 20.6.2013 recante *“Approvazione, con modifiche, delle condizioni generali di servizio per l'espletamento del Servizio universale postale”*, in G.U. 16-7-2013, Serie Generale n. 165.

6 Subappalto

Si ricorda che il subappalto, nei limiti previsti, è un istituto legittimo, disciplinato dall'art. 118 del Codice. I bandi di gara per l'affidamento di servizi postali devono quindi sempre ammettere la possibilità di subappaltare entro i limiti del 30% del servizio oggetto di affidamento.

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. Nel caso dei servizi postali tale indicazione può risultare complessa, considerato che gli operatori economici, specie di piccole e medie dimensioni, hanno previsto organizzazioni peculiari, ricorrendo a contratti di servizio, franchising 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 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, in quanto le licenze e le autorizzazioni sono limitate al territorio nazionale. In ogni caso si ritiene opportuno che, nei bandi di gara in cui sia prevista la possibilità di invii transfrontalieri, si richieda al concorrente di specificare, in sede di offerta, come intenda gestirli, prevedendo, se del caso, un punteggio nell'ambito dell'offerta economicamente più vantaggiosa, proporzionato alla loro incidenza sul servizio complessivo.

Ai fini del raggiungimento del limite del 30%, si ritiene non debba essere computata, oltre all'affidamento ad altri *partner* stranieri della corrispondenza internazionale, anche la cd. "postalizzazione".

Per quanto riguarda la postalizzazione, ovvero la consegna al fornitore del servizio universale della corrispondenza che gli operatori privati aggiudicatari delle gare non sono in grado di consegnare, non sembrano rinvenirsi gli elementi essenziali tipici del contratto di subappalto.

L'assenza di negoziazione, unitamente al fatto che Poste non può rifiutarsi di eseguire il servizio universale, fa ritenere che la stessa non sia tenuta a negoziare con l'aggiudicatario dei prezzi diversi rispetto a quelli del servizio universale, né a praticare all'aggiudicatario il prezzo eventualmente offerto in sede di gara¹². In ogni caso, si ribadisce che in sede di offerta l'aggiudicatario deve indicare quanta parte del servizio oggetto del lotto è in grado di effettuare direttamente, prevedendo un limite al di sotto del quale l'offerta non può essere considerata valida, indipendentemente dal fatto che la postalizzazione sia effettuata dal concorrente (e il relativo costo rappresenti, quindi, una parte del prezzo offerto) ovvero direttamente dalla stazione

¹² Come meglio spiegato nella Relazione AIR, si ritiene che in tal senso vada interpretata la Deliberazione AGCOM 728/13/Cons.

appaltante (il cui costo non incide sul prezzo offerto ma rileva per la valutazione dell'offerta economica). Si ricorda infatti al riguardo che la gara è volta ad individuare le migliori condizioni di qualità e di prezzo per tutta la corrispondenza inviata.

7 Raggruppamenti temporanei di imprese.

Si evidenzia in primo luogo che i bandi di gara non dovrebbero prevedere in generale il divieto di RTI cd "sovrabbondanti", ovvero quelle forme di partecipazione in forma aggregata create da imprese che sono in grado, già singolarmente, di soddisfare i requisiti tecnico-economici richiesti per la partecipazione.

Questa Autorità, relativamente ai possibili effetti anticoncorrenziali della partecipazione alle gare delle RTI sovrabbondanti, ha già evidenziato che detta tipologia di raggruppamenti non possa ritenersi vietata in senso assoluto e preventivo, ma solo con specifico riferimento a ciascuna singola gara ed a condizione che, in concreto, una tale forma aggregativa possa determinare un'indebita e sproporzionata compressione della concorrenza¹³. Ciò è stato confermato anche dalla giurisprudenza amministrativa¹⁴.

Accanto a queste considerazioni di carattere generale, se ne devono aggiungere altre di ordine specifico che portano anche a mettere in dubbio il concetto di RTI sovrabbondante in un mercato, quale quello dei servizi postali, caratterizzato dalla presenza di un numero estremamente limitato di operatori in grado di coprire l'intero territorio nazionale o una parte rilevante dello stesso e da una pluralità di operatori di dimensioni ridotte, che operano in contesti territoriali limitati. In questo caso, ad esempio, operatori che possiedono formalmente i requisiti tecnici ed economici (spesso legati al fatturato) per partecipare alla gara potrebbero aver bisogno di consorzarsi con altri operatori, che pure possiedono tali requisiti formali, per garantire l'effettiva copertura del territorio presente nel lotto.

La stazione appaltante dovrà comunque valutare ogni volta, caso per caso, se il raggruppamento costituito dalle imprese che singolarmente sarebbero in grado di partecipare alla gara sia finalizzato ad escludere altri concorrenti e quindi rappresentare un possibile accordo in danno della concorrenza, dandone segnalazione alle autorità competenti.

Gli operatori del settore hanno evidenziato, inoltre, come alcune stazioni appaltanti di rilievo nazionale, dotate di strutture periferiche, affidino 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 di mantenere inalterata la composizione del RTI da un lotto all'altro.

¹³ Determinazione n. 4 del 10/10/2012.

¹⁴ CdS, III, 5.2.2013 n. 689; TAR Lazio, III, 9.4.2013 n. 3558.

Tali clausole non appaiono conformi alle previsioni normative, in quanto il Codice prevede unicamente il divieto di partecipazione in più di un RTI ed il divieto di partecipare sia singolarmente che in RTI (art. 37 comma 7 del d. lgs. 163/2006).

L'Autorità, sulla scorta della giurisprudenza amministrativa, ha già avuto occasione di chiarire che la partecipazione di un soggetto 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 Codice¹⁵. Infatti, in caso di appalto suddiviso in lotti, si è sostanzialmente in presenza di più gare (tanti quanti sono i lotti) svolte in un unico contesto temporale: i lotti, infatti sono aggiudicabili separatamente a concorrenti diversi, con successiva stipula di contratti di appalto.

A ciò si aggiunga la specificità del settore postale, nel quale, come già ricordato, un numero estremamente ridotto di operatori ha dimensioni tali per concorrere da solo in più lotti. Un concorrente si trova, in concreto, 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. Ne consegue che le clausole che impediscono la modifica del RTI da un lotto all'altro costringono i concorrenti a creare macro RTI con imprese che in sede di esecuzione possono dare un contributo solo in alcuni lotti e non in altri, finendo con il consorzio operatori che non possono svolgere alcun servizio, poiché sono stati inseriti in RTI solo per il contributo che avrebbero eventualmente potuto rendere in caso di aggiudicazione di un lotto diverso. 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.

L'Autorità ha altresì avuto modo di precisare che l'art. 37 comma 13 del Codice, applicabile anche agli appalti di forniture e servizi, stabilisce che i concorrenti riuniti in raggruppamento temporaneo devono eseguire le prestazioni nella percentuale corrispondente alla quota di partecipazione al raggruppamento, per cui è evidente che deve sussistere una perfetta corrispondenza tra quota di effettiva partecipazione al raggruppamento del singolo operatore economico e parte di servizi eseguita¹⁶.

8 Requisiti di partecipazione

Relativamente ai requisiti di partecipazione, si osserva che i bandi di gara dovrebbero prevedere esclusivamente il possesso dei requisiti di carattere generale di cui all'art. 38 del d. lgs. 163/2006.

L'Autorità e la giurisprudenza amministrativa hanno, infatti, affermato che il possesso, in capo ai partecipanti, di inderogabili requisiti di moralità, rappresenta un principio di carattere generale che trova applicazione anche nelle gare dirette all'affidamento di servizi di cui all'Allegato IIB. Si tratta, infatti, di un fondamentale principio di ordine pubblico economico che soddisfa l'esigenza

¹⁵ Parere di Precontenzioso n. 122 del 19/7/2012 e TAR Lazio, I Ter, 9.12.2010 n. 35960.

¹⁶ Pareri di Precontenzioso n. 28 del 13.2.1014 e n. 137 del 25.7.2012.

che il soggetto che contrae con l'Amministrazione sia "affidabile" e, quindi, in possesso dei requisiti di ordine generale e di moralità che la norma tipizza¹⁷.

Relativamente ai requisiti di carattere speciale, 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 necessario che i bandi di gara richiedano i seguenti requisiti di capacità economico finanziaria e tecnico organizzativa:

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 massimo fino al doppio di quello posto a base di gara¹⁸.

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.

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);
- 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 affidabilità¹⁹. Anche in questo caso vale quanto già osservato per il

¹⁷ Parere sulla Normativa AG 8/13 del 3/7/2013, CdS, VI, 21.5.2013, n. 2725.

¹⁸ Con il Parere di Precontenzioso n. 129 del 24/7/2013 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, 11.4.2008, n. 1424).

¹⁹ Parere di Precontenzioso n. 120 del 17/7/2013. Nel caso dei servizi postali possono essere considerati come analoghi i servizi prestati sempre nell'ambito del settore postale, diversi però da quelli specifici

fatturato globale relativamente ai mezzi di prova.

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, potrebbe essere posseduto solo dall'ex monopolista e da pochi *competitor* per determinati ambiti territoriali. La richiesta del possesso del requisito dell'organico medio basato sul dato storico può, quindi, limitare la partecipazione alla gara. 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.

Il possesso dell'organico necessario per espletare il servizio deve essere invece considerato quale condizione di esecuzione, per cui l'aggiudicatario si impegna, successivamente all'aggiudicazione, ad organizzarsi in maniera tale da raggiungere il livello di dotazione organica richiesto dal contratto di appalto, dotazione che dovrà essere opportunamente certificata al momento della sottoscrizione del contratto e mantenuta per tutta la durata dello stesso. La stazione appaltante dovrà ovviamente esercitare tutte le opportune forme di controllo per verificare se la condizione di esecuzione si sia verificata nonché se i contratti di lavoro stipulati dall'aggiudicatario siano regolari.

Si ritiene che l'organico minimo debba rispettare la seguente proporzione²⁰:

- 1 addetto ogni 120.000 pezzi di ordinaria da spedire nell'arco dell'anno;
- 1 addetto ogni 30.000 pezzi di raccomandata da spedire nell'arco di un anno;
- 1 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 da garantire al momento della stipula 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

oggetto del bando. Ciò vale di regola, a meno che non siano richieste particolari condizioni di esecuzione (quali data e ora certa, firma delle ricevute, ecc.).

²⁰ I dati sono stati forniti da FISE ARE e non contestati dai partecipanti al Tavolo tecnico.

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 locale²¹.

Relativamente ai mezzi di prova del possesso dei requisiti di carattere speciale, la nuova direttiva 2014/ 24 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014 sugli appalti pubblici, che abroga la direttiva 2004/18/CE²², all'art. 60 comma 3 prevede che di norma la prova della capacità economica e finanziaria dell'operatore economico possa 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.

9 Criteri di aggiudicazione

Si ritiene che il criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa debba costituire la modalità privilegiata per l'aggiudicazione 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 la stazione appaltante.

Anche a livello comunitario le nuove direttive emanate nel 2014²³ prevedono come criterio ordinario di aggiudicazione degli appalti pubblici 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.

Nel rimandare 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, si evidenzia che ciascuna stazione appaltante deve 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 tempi proposti in sede di gara.

Considerata la particolare natura del servizio postale, nel quale di fatto solo un operatore può al

²¹ Deliberazione n. 40 del 19/12/2013.

²² Pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea L 94 del 28 marzo 2014.

²³ Direttiva 2014/24/UE sugli appalti pubblici, cit.; 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.

momento disporre di una rete capillare su tutto il territorio nazionale, potrebbero formare oggetto di valutazioni eventuali soluzioni alternative per il recapito. Ad esempio, per quanto riguarda i punti di giacenza per il ritiro della corrispondenza inesitata, si potrebbero premiare con un maggior punteggio tecnico quegli operatori che presentino un maggior numero di punti di giacenza, aventi determinate caratteristiche di sicurezza e riservatezza, o prevedano soluzioni per la gestione dell'inesitato da realizzarsi tramite il contatto con il cliente e/o un secondo recapito previo appuntamento.

10 Penali

Si ritiene che le penali debbano essere commisurate alla tipologia 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. L'autocontrollo fornito dagli operatori sulla base della certificazione dell'avvenuta consegna può essere un metodo contemplato per i controlli, a condizione che la stazione appaltante sia in grado di verificare la corrispondenza di quanto certificato con l'effettiva prestazione offerta.

Nella definizione delle penali si dovrà tenere altresì conto della corrispondenza postalizzata a carico dell'affidatario, per la quale si dovrà tener conto che 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 nell'offerta e nel contratto di appalto.