

*Autorità per la Vigilanza
sui Contratti Pubblici
di Lavori, Servizi e Forniture*



*RELAZIONE AIR al
Documento di consultazione
Bozza di Determinazione
“Linee guida per l’affidamento degli appalti pubblici di servizi
postali”*

Introduzione.....	3
Il quadro normativo di riferimento.....	3
L'affidamento dei servizi postali nel Codice dei contratti pubblici.....	4
Le ragioni dell'intervento dell'Autorità.....	6
Esiti attesi delle Linee guida.....	8
Procedure di consultazione effettuate.....	9
Descrizione dettagliata delle criticità riscontrate, possibili correttivi (ipotesi alternative che si mettono a confronto) motivazione della scelta di determinate soluzioni.	9
1. Procedure di evidenza pubblica.....	9
2. Oggetto dell'affidamento.....	9
3. Divisione in lotti di recapito.....	15
4. Informazioni presenti nei bandi.....	19
5. Determinazione dell'importo a base di gara.....	20
6. Subappalto.....	21
7. Raggruppamenti temporanei di imprese.....	24
8. Requisiti di partecipazione.....	28
9. Criteri di aggiudicazione.....	35
10. Penali.....	37
11. Responsabilità.....	39

Introduzione

La presente Relazione di analisi di impatto della regolazione, redatta in base all'art. 8 del Regolamento *"Disciplina dell'analisi di impatto della regolamentazione (AIR) e della verifica dell'impatto della regolamentazione (VIR)"* descrive il contesto normativo, le motivazioni, gli obiettivi e le fasi del procedimento che hanno condotto all'adozione della Determinazione *"Linee guida per l'affidamento degli appalti pubblici di servizi postali"*.

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 nel 1997, con la direttiva n. 97/67/CE, recepita nel nostro ordinamento 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"*. La direttiva in parola è stata successivamente modificata da altre due direttive, emanate nel 2002 e nel 2008, precisamente la direttiva 2002/39/CE, recepita in Italia dal d. lgs. 23.12.2003, 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"*, e la direttiva 2008/6/CE (cd "terza direttiva postale") trasposta nel nostro ordinamento dal d. lgs. 31.3.2011 n. 58 recante *"Attuazione della direttiva 2008/6/CE che modifica la direttiva 97/67/CE"*. Quest'ultimo decreto legislativo ha portato a compimento la riforma del mercato interno dei servizi postali comunitari delineata dalla legge 4 giugno 2010, n. 96 (legge comunitaria 2009). Infatti, la direttiva del 2003 aveva stabilito un timing per la liberalizzazione progressiva in due fasi:

- dal 1° gennaio 2003 per gli invii di corrispondenza con peso inferiore a 100 grammi;
- dal 1° gennaio 2006 per gli invii di corrispondenza con peso inferiore a 50 grammi.

La terza direttiva postale, 2008/6/CE, ha fissato il termine ultimo per la completa apertura del mercato al 31 dicembre 2010 per la maggioranza degli Stati membri, tra cui l'Italia.

Pertanto, dal 1 gennaio 2011 anche l'Italia non ha più potuto concedere o mantenere in vigore diritti esclusivi per la fornitura di servizi postali.

Il D.Lgs. 58/2011 ha inoltre ridefinito l'ambito del servizio universale¹, nel quale continuano ad essere compresi la posta fino a 2 kg; i pacchi fino a 20 kg; le raccomandate e le assicurate; la c.d. "posta massiva" (comunicazioni bancarie, bollette e bollettini di pagamento, ecc.) esclusa la pubblicità diretta per corrispondenza.

In conformità a quanto stabilito dalla terza direttiva Postale, il decreto 58/2011 ha abolito altresì la residua quota di monopolio in favore del fornitore del servizio universale, che il novellato art. 23

¹ 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. 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.

dello stesso d.lgs. 261/1999 ha individuato in Poste Italiane S.p.A. (Poste) per i successivi 15 anni, vale a dire fino al 30 aprile 2026. A Poste, quale fornitore del servizio universale, è stato lasciato il monopolio sulle notificazioni degli atti giudiziari e quelle relative alle violazioni del Codice della strada.

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, infatti, 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 delle violazioni in materia di Codice della Strada di cui all'art. 201 del d. lgs. n. 285/1992 sono affidati in regime di esclusiva a Poste fornitore del servizio universale, per finalità di ordine pubblico.

L'affidamento dei servizi postali nel Codice dei contratti pubblici

Il quadro normativo di riferimento sopra descritto, connotato dalla rimozione del monopolio e dalla liberalizzazione, fa sì che le amministrazioni aggiudicatrici debbano affidare gli appalti pubblici aventi ad oggetto i servizi postali tramite procedure di selezione del contraente basate su principi di evidenza pubblica, compresi quelli rientranti nell'ambito del servizio universale.

La normativa vigente consente, infatti, l'affidamento diretto a Poste solo per le notifiche a mezzo posta degli atti giudiziari e delle violazioni del codice della strada.

Si precisa che i servizi oggetto delle 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.

Si osserva inoltre che nelle gare di servizi postali compaiono accanto ai servizi postali propriamente intesi, che sembrano rientrare nell'ambito dell'Allegato IIA del Codice, anche altri servizi, quali quelli a monte, che sembrano rientrare nell'allegato IIB del Codice stesso.

Infatti, all'interno dell'allegato II A, oltre ai servizi di trasporto², sono ricompresi, nell'ambito della categoria 2³, i seguenti servizi: a) Servizi di corriere (CPV 64120000-3), Servizi di distribuzione postale per corriere (CPV 64121000-0), Servizi di consegna postale⁴ (CPV 64121100-1) e Servizi di consegna colli (CPV64121200-2). In realtà, il numero di riferimento CPC della categoria 2 sembra fare riferimento esclusivamente ai servizi di corriere: il codice CPC 7512 riguarda specificamente i servizi di corriere, mentre i servizi postali propriamente intesi appartengono al CPC 7511.

² Vale a dire i servizi elencati con i seguenti CPV 60160000-7 (Trasporti postali su strada), 60161000-4 (Servizi di trasporto colli), 60411000-2 (Servizi di linea di trasporto di posta aerea) e 60421000-5 (Servizi di trasporto aereo non regolare di posta), inseriti nella categoria 4.

³ La categoria 2 riguarda i "Servizi di trasporto terrestre, inclusi i servizi con furgoni blindati e servizi di corriere, ad esclusione del trasporto di posta".

⁴ In inglese "Mail delivery service".

Si ricorda, però, che secondo la direttiva 2004/18/CE del 31 marzo 2004, trasposta integralmente nel Codice, in caso di interpretazione divergente tra CPV e CPC si applica la nomenclatura CPC.

La soluzione della questione non sembra rinvenirsi neanche verificando la dizione del CPV in altre lingue, in quanto in francese si parla di servizi di consegna tramite corriere, mentre in inglese e spagnolo, come in italiano, si parla rispettivamente di *“mail delivery service”* e *“servicios de distribución postal”*.

La nuova direttiva comunitaria 2014/24/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014 sugli appalti pubblici, che abroga la direttiva 2004/18/CE, annovera i servizi postali nell'elenco di cui all'Allegato XIV, richiamato dall'art. 74 *“Aggiudicazione degli appalti di servizi sociali e di altri servizi specifici”*, ma non indica espressamente i servizi di cui alla CPV 64121000-0⁵.

Si evidenzia che l'art. 74 è inserito nella direttiva al Capo I del Titolo III *“Particolari regimi di appalto”*, che riserva un regime *“alleggerito”* a talune tipologie di servizi relativi agli appalti sopra soglia, tra cui appunto i servizi postali. Si ricorda altresì che la Direttiva riguarda gli appalti transfrontalieri, per cui le modalità con cui verranno gestite le gare per i servizi di cui all'art. 74 dipenderanno da come la stessa verrà recepita nell'ordinamento italiano e dalle scelte delle stazioni appaltanti.

Si ritiene, infine, che tutti gli altri servizi postali possano rientrare nella Categoria 27 dell'Allegato IIB del Codice, e che pertanto il relativo affidamento sia soggetto all'applicazione degli art. 20, 21 e 27 del Codice stesso⁶, a meno di scelte contrarie da parte dell'amministrazione affidataria (autovincolo).

L'art. 20, comma 1, del Codice prevede che per gli appalti pubblici di servizi elencati nell'Allegato IIB la disciplina codicistica si applica, nei settori ordinari, alle specifiche tecniche (art. 68) e agli avvisi di avvenuta aggiudicazione degli appalti (art. 65). L'Autorità ha avuto modo di chiarire che l'art. 20 è da integrarsi con il successivo art. 27, per il quale l'affidamento dei contratti esclusi, in tutto o in parte, dall'applicazione del Codice, deve avvenire nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, proporzionalità, trasparenza e pubblicità⁷. Infatti, la riconducibilità del servizio appaltato all'Allegato II B del Codice non esonera le amministrazioni aggiudicatrici dall'applicazione dei principi generali in materia di affidamenti pubblici desumibili dalla normativa comunitaria e nazionale. L'Autorità ha, inoltre, sottolineato come, sebbene i

⁵ Servizi postali con CPV 64000000-6 [Servizi di poste e telecomunicazioni], 64100000-7 [Servizi postali e di corriere], 64110000-0 [Servizi postali], 64111000-7 [Servizi postali per giornali e riviste], 64112000-4 [Servizi postali per la corrispondenza], 64113000-1 [Servizi postali per pacchi], 64114000-8 [Servizi di sportello presso gli uffici postali], 64115000-5 [Servizi di affitto di cassette postali], 64116000-2 [Servizi di fermo posta], 64122000-7 [Servizi di messaggeria interna].

⁶ In dottrina è stato, infatti, rilevato che poiché l'elenco di cui all'Allegato IIB del Codice termina con la voce *“altri servizi”*, la regola generale in tema di appalti di servizi sia quella della non applicabilità dell'intera disciplina codicistica e regolamentare agli appalti di servizi, la quale costituisce un'eccezione, essendo prevista per le sole tipologie di servizi indicate (tassativamente) nell'Allegato IIA. Si veda F.CARINGELLA, M. GIUSTINIANI, *i Contratti Pubblici*, Roma, Dike Giuridica, 2014.

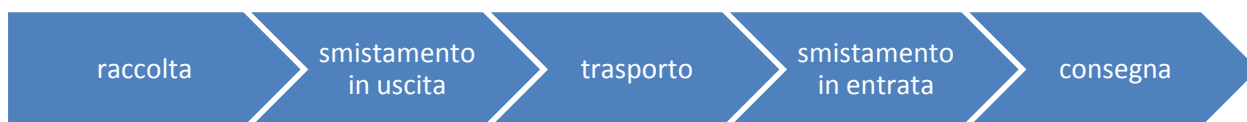
⁷ Deliberazione n. 108 del 19.12.2012, in senso conforme CdS, V, 10.1.2013 n. 95.

servizi rientranti nell'Allegato II B siano soggetti, a stretto rigore, solo alle norme richiamate dall'art. 20 del D.Lgs. 163/2006, oltre a quelle espressamente indicate negli atti di gara (in virtù del principio di autovincolo), quando il valore dell'appalto è superiore alla soglia comunitaria è opportuna anche una pubblicazione a livello comunitario, in ossequio al principio di trasparenza (cui è correlato il principio di pubblicità), richiamato dall'art. 27 del d. lgs. 163/2006 a tenore del quale l'affidamento deve essere preceduto da invito ad almeno cinque concorrenti, se compatibile con l'oggetto del contratto. In particolare, questa Autorità ha posto in rilievo l'esigenza che anche gli affidamenti dei servizi di cui all'Allegato II B siano preceduti da un adeguato livello di pubblicità, così che quando il valore dell'appalto è superiore alla soglia comunitaria è opportuna anche una pubblicazione a livello comunitario, in ossequio al principio di trasparenza^{8 9}.

Infine, l'Autorità ha anche chiarito per gli appalti aventi ad oggetto l'affidamento di servizi inquadrati nell'Allegato IIB del D. Lgs. 163/2006, *"le amministrazioni aggiudicatrici sono tenute a rispettare i principi del Trattato, dai quali discende anche il vincolo di predeterminazione dei criteri selettivi nell'ambito dell'offerta economicamente più vantaggiosa in ragione di una analitica indicazione delle componenti della prestazione"*¹⁰.

Si ricorda infine che in base a quanto disposto dall'art. 21 del Codice, se oggetto dell'affidamento sono sia i servizi di cui all'allegato II A, sia i servizi di cui all'Allegato IIB, troverà applicazione la disciplina dei servizi la cui somma delle voci, nel quadro economico, sarà maggiore, in base al principio della prevalenza economica.

Nel settore postale il servizio si svolge secondo il seguente schema:



Si ritiene che la parte preponderante del servizio postale sia quella di consegna, per la necessità di disporre di una rete capillare di distributori (postini) sul territorio. Per le ragioni sopra esposte questa parte di attività dovrebbe rientrare nell'Allegato II A del Codice.

Le ragioni dell'intervento dell'Autorità

Gli operatori del settore hanno segnalato all'Autorità come in Italia la liberalizzazione dei servizi postali sia stata in realtà solo di carattere formale, in quanto, nonostante la presenza di numerosi operatori postali in concorrenza con Poste Italiane, permane una struttura di mercato

⁸ Deliberazione n. 25 dell'8/3/2012 e Deliberazione n. 4 del 12/2/2014.

⁹ La disposizione dell'art. 27 è stata meglio chiarita dalla Comunicazione interpretativa della Commissione Europea 2006/C 179/02, cui ha fatto seguito il Comunicato del Presidente AVCP del 30 novembre 2007

¹⁰ Deliberazione n.25 dell' 8/3/2012.

oligopolistica e ancora dominata dall'ex-monopolista, che detiene l'80-85% del volumi e l'85-90 % del valore del mercato^{11 12}.

Le associazioni dei recapitasti hanno sottolineato *in primis* come alcune stazioni appaltanti, nonostante la liberalizzazione, non effettuino procedure di evidenza pubblica per l'affidamento degli appalti aventi ad oggetto i servizi postali, continuando ad effettuare affidamenti diretti a Poste.

Hanno, inoltre, evidenziato questioni molto delicate relative ai bandi di gara per l'affidamento di appalti pubblici di servizi postali, che spesso sono redatti in modo tale che possa partecipare solo Poste, oppure in modo tale che Poste abbia un notevole vantaggio competitivo sugli operatori privati.

Tale vantaggio è determinato, in primo luogo, dall'esenzione IVA di cui Poste beneficia in qualità di gestore del servizio universale, e che fa sì che nelle gare che hanno ad oggetto servizi integrati (sia prestazioni rientranti nel servizio universale sia prestazioni che non ne fanno parte) questa possa offrire un prezzo ribassato fino al 22%.

Le associazioni di categoria hanno inoltre segnalato una serie di ulteriori criticità attinenti al contenuto dei bandi di gara per l'affidamento dei servizi *de quo*, che hanno l'effetto di restringere irragionevolmente il numero dei possibili partecipanti alle procedure selettive; quali il cd. "*bundling*" (affidare nello stesso appalto servizi diversi); la richiesta di requisiti di partecipazione assai eterogenei e spesso non sufficienti a garantire l'affidabilità dell'esecutore; lo scarso atteggiarsi degli istituti del subappalto e dell'ATI ad un servizio che, per gli operatori economici che non posseggono una rete estesa come Poste I, deve essere svolto necessariamente in *partnership* con altri soggetti.

Dal canto suo Poste ha evidenziato che proprio in virtù dello status di gestore universale, e quindi soggetto a regolamentazione (oggi da parte dell'AGCOM) e vigilanza antitrust per la sua posizione dominante, si trova impossibilitato in molti casi a poter formulare offerte competitive, in quanto le tariffe delle prestazioni sono determinate dall'Autorità di regolamentazione, che definisce altresì i parametri di separazione contabile e procede alla verifica del costo netto del servizio universale. Il vantaggio lamentato dai concorrenti sarebbe, quindi, controbilanciato dall'impossibilità di modificare unilateralmente le condizioni tariffarie.

I servizi postali costituiscono un elemento importante del mercato interno dei servizi, essendo un vettore essenziale di comunicazione e di commercio e svolgendo una funzione irrinunciabile per

¹¹ Deliberazione AGCM A441 n. 24293 nella quale si evidenzia che "*considerando l'insieme dei servizi postali rientranti nel servizio universale, resi su tutto il territorio nazionale, Poste Italiane detiene una posizione particolarmente significativa che si attesta intorno all'80% sia in termini di numero che di valore degli invii. Anche considerando i singoli mercati rilevanti ... la posizione di Poste Italiane è qualificabile come dominante*".

¹² La Relazione annuale al Parlamento dell'AGCOM del 2013 evidenzia che l'unico concorrente di un certo rilievo di Poste Italiane è TNT Post, che nel 2012 ha raggiunto una quota del 10% del mercato, con il rimanente 7% gestito da una pluralità di imprese di piccola e piccolissima dimensione.

numerose attività economiche e sociali, ponendosi al confine fra tre mercati fondamentali per l'economia, quali comunicazioni, pubblicità, trasporti e logistica.

Anche a livello comunitario è stata riconosciuta l'importanza dei servizi postali come fattori essenziali di coesione sociale e territoriale ed è stato evidenziato il loro contributo alla competitività come fonte di crescita economica e stimolo alla creazione di posti di lavoro¹³.

La liberalizzazione è avvenuta in un contesto di mercato non in crescita, ma caratterizzato dalla contrazione strutturale e progressiva dei volumi di corrispondenza tradizionale, a vantaggio della corrispondenza elettronica (la cosiddetta “*e-substitution*”, ovvero la sostituzione elettronica della posta cartacea attraverso e mail o strumenti di consultazione on line, ad esempio degli estratti conto bancari).

Sull'andamento del comparto postale influisce altresì la progressiva digitalizzazione delle procedure di interazione della Pubblica Amministrazione con i cittadini¹⁴.

Si deve, inoltre, evidenziare l'impossibilità di applicare ai servizi postali i principi ed i meccanismi che hanno caratterizzato la liberalizzazione del settore delle telecomunicazioni. Infatti, la rete postale è costituita non da infrastrutture, come avviene nel settore delle telecomunicazioni, ma essenzialmente da lavoratori, per cui la componente del lavoro prevale sugli altri aspetti e diventa essenziale per la determinazione della copertura territoriale.

I temi proposti dagli operatori privati e dall'ex monopolista, in quanto idonei ad alterare i corretti meccanismi concorrenziali che dovrebbero presidiare lo svolgimento delle gare, hanno fatto ritenere opportuno un intervento dell'AVCP.

L'Autorità intende, pertanto, fornire, attraverso Linee Guida, indicazioni operative alle stazioni appaltanti ed agli operatori economici sui principali aspetti problematici della procedura di affidamento dei contratti pubblici aventi ad oggetto i servizi postali, al fine di superare le criticità riscontrate.

Esiti attesi delle Linee guida

Con l'emanazione delle Linee guida l'Autorità si pone l'obiettivo di rendere effettiva nel settore degli appalti pubblici dei servizi postali l'applicazione dei principi di libera concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, economicità, efficacia, tempestività e correttezza sanciti dall'art. 2 del Codice dei Contratti pubblici.

¹³ Si vedano in proposito *la Comunicazione della Commissione UE, Strategia per il mercato interno - Priorità 2003-2006*, COM(2003) 238 e *la Relazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento Europeo sull'applicazione della direttiva postale (Direttiva 97/67/CE modificata dalla direttiva 2002/39/CE)* COM(2006) 595.

¹⁴ Si veda il “*Documento di informazione finanziaria annuale 2013*” di Poste Italiane (www.poste.it).

Procedure di consultazione effettuate

L'emanazione delle Linee guida è stata preceduta dai lavori di un Tavolo tecnico al quale hanno partecipato Poste Italiane S.p.A. (Poste) le associazioni rappresentative degli operatori privati Confindustria FISE ARE, Associazione Imprese Servizi Recapito Postale e Parcel (FISE ARE), CNA Agenzie di Recapito (CNA), Fulmine Group S.r.l., consorzio che riunisce circa 250 operatori postali (Fulmine). Tutti i partecipanti hanno presentato memorie e documenti. Anche la società Rotomail Italia S.p.A. (Rotomail) pur non partecipando ai lavori del tavolo, ha presentato un *position paper* relativamente al tema del *bundling*.

Al Tavolo ha partecipato altresì l'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni (AGCOM) quale Autorità preposta alla vigilanza del settore postale.

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 Determinazione viene sottoposta a consultazione pubblica sul sito www.avcp.it, al fine di ottenere le osservazioni, integrazioni e suggerimenti di tutti i soggetti interessati al funzionamento del mercato delle gare per l'affidamento dei servizi postali. Inoltre, considerata gli aspetti innovativi di talune delle tematiche trattate, quali la delimitazione del concetto di subappalto nell'ambito dei servizi a rete, e il permanere di talune differenze nelle posizioni dei soggetti partecipanti al tavolo, si è ritenuto opportuno far accompagnare il documento di consultazione dalla presente Relazione AIR.

Descrizione dettagliata delle criticità riscontrate, possibili correttivi (ipotesi alternative che si mettono a confronto) motivazione della scelta di determinate soluzioni.

1. Procedure di evidenza pubblica

Fise ARE ha evidenziato che numerose stazioni appaltanti, nonostante l'avvenuta liberalizzazione, continuano a non espletare alcuna procedura di evidenza pubblica per l'affidamento dei servizi postali, disponendo affidamenti diretti in favore di Poste, gestore del servizio universale, a prezzi sovente più elevati di quelli reperibili sul libero mercato, oppure disponendo delle proroghe dell'affidamento al gestore del servizio universale.

E' dunque sembrato necessario evidenziare, nelle linee guida, 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, poiché la normativa vigente consente l'affidamento diretto a Poste solo delle notifiche a mezzo posta degli atti giudiziari e delle violazioni del codice della strada.

2. Oggetto dell'affidamento

Criticità riscontrate

Relativamente ai servizi oggetto di affidamento, alcuni operatori del settore (Fulmine, Rotomail) ed il CNA hanno rappresentato la necessità che i bandi di gara prevedano l'affidamento separato, con gara unica suddivisa in lotti, dei servizi "a monte" - in primis quelli di stampa e imbustamento - rispetto al servizio di recapito e di quelli "a valle" del recapito stesso (ad esempio i servizi di "archiviazione/conservazione sostitutiva" e la cd. "sala posta", ovvero la gestione della posta in entrata e/o in uscita per le gare degli enti più grandi)¹⁵.

Tali operatori hanno, infatti, segnalato che i bandi di gara *bundled* restringerebbero irragionevolmente il numero dei possibili partecipanti alle procedure selettive, in quanto nel mercato postale italiano vi sono numerosi operatori di servizi di stampa (a livello nazionale sono circa 60) di cui solo pochissimi possono fornire anche il servizio di recapito (nell'ordine di 2 o 3). L'obbligo di partecipazione congiunta di stampatori e recapitasti alla gara, unitamente al divieto stabilito dal Codice dei contratti di duplicare le partecipazioni alle procedure concorsuali, ridurrebbero il possibile numero degli offerenti a due (Poste e TNT) e solo in alcuni casi a tre/quattro operatori, laddove il recapito debba essere svolto a livello meramente locale.

Il *bundling* determinerebbe una limitazione alla partecipazione alle gare per gli operatori attivi esclusivamente sul mercato a monte del recapito, i quali non possono partecipare individualmente a gare così strutturate e devono, perciò presentare offerta in ATI con società attive nel mercato del recapito.

Inoltre, sotto il profilo economico, i bandi di gara *unbundled* determinerebbero un risparmio di costi per le stazioni appaltanti, che potrebbero beneficiare delle migliori condizioni di offerte nei due mercati separati. Peraltro, garantire una maggiore partecipazione alle gare permette il mantenimento sul mercato di operatori di piccole e medi dimensioni dinamici, favorendo il contenimento dei costi anche nel lungo periodo, circostanza che non si verificherebbe nel caso di unificazione delle offerte.

FISE ARE e Poste, invece, hanno evidenziato che la separazione dei servizi "a monte" del recapito non sarebbe efficiente sia dal punto di vista organizzativo che da quello economico. Infatti, i servizi di stampa e imbustamento, se integrati con quelli di recapito, permetterebbero alla stazione appaltante di conseguire un servizio qualitativamente migliore e prezzi più bassi. L'integrazione consentirebbe la massima efficienza nel ciclo di comunicazione sia dal soggetto che origina la comunicazione, sia nel canale di ritorno delle informazioni sull'esito della comunicazione.

¹⁵ Il servizio postale, di recapito in senso stretto, consiste nella distribuzione fisica degli invii postali dal punto di raccolta al domicilio del destinatario. I servizi a monte del recapito possono essere individuati nei servizi di elaborazione, composizione dei documenti, stampa, imbustamento e consegna all'operatore postale. 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.

Inoltre, l'integrazione dei servizi permetterebbe alla stazione appaltante di avere un unico referente, consentendole di individuare univocamente e chiaramente le responsabilità.

FISE ARE e Poste hanno rilevato che l'affidamento congiunto del servizio di stampa con quello di recapito garantirebbe risparmi economici; performance tecniche ed operative; aumento della qualità del servizio integrato; progettualità a valore grazie ai servizi opzionali integrabili (VAS).

Il risparmio economico viene quantificato nella misura del 5-10%.

Poste ha evidenziato che la suddivisione in lotti funzionali diversi per le attività a monte del servizio di recapito, qual è la stampa e per le attività a valle, deve avvenire nel rispetto sia del principio di convenienza economica rispetto al lotto unico (ex art. 2 comma 1 bis D.Lgs. 163/2006) sia del requisito dell'autonomia funzionale del lotto (Determinazione AVCP n. 5/2005).

Per Poste, l'affidamento del servizio di stampa separatamente dal servizio di recapito garantirebbe unicamente la possibilità per le stazioni appaltanti di spuntare offerte migliori per il servizio di stampa, mentre comporterebbe sicuri maggiori costi di transazione, del contenzioso potenziale in fase di esecuzione e rischi maggiori sul fronte della qualità del servizio.

Inoltre, relativamente alla posta tracciata, la coincidenza tra i soggetti che si occupano di stampa e recapito potrebbe essere necessaria per offrire standard di qualità accettabili, in quanto tale tipologia di servizio è offerta solo su porzioni determinate del territorio nazionale, con modalità tecniche diverse da ogni azienda di recapito.

Sulla questione del *bundling* l'AGCOM ha evidenziato la necessità che ogni valutazione vada letta nell'ottica del contenimento dei costi per la stazione appaltante.

Tutti i partecipanti, ferme restando le relative posizioni in tema di *bundling*, hanno concordato sul fatto che per alcuni appalti di dimensioni più ridotte può non essere opportuna la divisione in lotti, prevalendo in questo caso i costi di transazione e di gestione dell'appalto con più fornitori. Tali appalti possono essere individuati in quelli in cui il valore del servizio oggetto di affidamento non superi la soglia comunitaria.

Opzione scelta

Esaminate le posizioni dei partecipanti e considerati i principi di concorrenza e di *favor participationis* a cui si ispira il Codice dei contratti, si ritiene che l'affidamento del servizio di recapito ed i servizi a monte del recapito stesso debba avvenire con gara unica a lotti separati, e nelle Linee guida è stata data indicazione in tal senso alle stazioni appaltanti. Perplessità permangono, invece, per i servizi a valle, soprattutto quando questi si limitino ad attività di reportistica e rendicontazione.

In altri termini, i bandi di gara non dovrebbero essere strutturati con un unico lotto, composto dai servizi integrati (recapito più servizi a monte o a valle), ma dovrebbero essere suddivisi in lotti funzionali, attraverso i quali affidare separatamente da un lato il servizio di recapito, dall'altro servizi a monte ed eventualmente a valle dello stesso.

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. Infatti, l'art. 2 comma 1 bis del Codice, che detta i principi generali dell'affidamento dei contratti pubblici¹⁶ stabilisce che *“nel rispetto della disciplina comunitaria in materia di appalti pubblici, 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”*.

Inoltre, la motivazione della mancata suddivisione dell'appalto in lotti deve essere indicata nella determina a contrarre.

A ciò si aggiunga che tra le competenze dell'AVCP è stata espressamente inserita quella di vigilare al fine di garantire l'osservanza dei principi di tutela delle piccole e medie imprese attraverso adeguata suddivisione degli affidamenti in lotti funzionali (art. 6 comma 5 del d.lgs. 163/2006).

Anche a livello comunitario la nuova direttiva settori ordinari 2014/24¹⁷ afferma, al Considerando 78, 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.

L'art. 46 della direttiva prevede altresì che le amministrazioni aggiudicatrici possono decidere di aggiudicare un appalto sotto forma di lotti separati e possono determinare le dimensioni e l'oggetto di tali lotti, indicando i motivi principali della loro decisione di non suddividere in lotti¹⁸.

Giova ricordare in questa sede che per la dottrina il lotto è funzionale quando esiste una sostanziale omogeneità tecnico funzionale della prestazione richiesta tale da determinare un'autonomia operativa del bene posto a base della procedura ad evidenza pubblica. Anche la prevalente giurisprudenza ha affermato che “lotto” identifica uno specifico oggetto dell'appalto la cui progettazione o realizzazione sia tale da assicurarne funzionalità, fruibilità e fattibilità, indipendentemente dalla realizzazione delle altre parti¹⁹.

Il frazionamento è doveroso se diretto a favorire l'accesso alla commessa pubblica delle piccole e medie imprese, con la conseguenza che la stazione appaltante dovrà motivare anche con riferimento a tale aspetto, valorizzando la suddivisione in lotti sotto il profilo teleologico.

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

¹⁶ Introdotto, In attuazione delle linee programmatiche dettate dallo Statuto delle imprese ,dalla legge n. 214 del 2011, poi modificato dalla legge n. 135 del 2012, poi dalla legge n. 98 del 2013.

¹⁷ Direttiva 2014/ 24 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014 sugli appalti pubblici, che abroga la direttiva 2004/18/CE.

¹⁸ Il comma 4 dell'art. 46 prevede anche che gli Stati membri possano rendere obbligatorio aggiudicare un appalto sotto forma di lotti separati, a condizioni da definire conformemente al rispettivo diritto nazionale e nel rispetto del diritto dell'Unione.

¹⁹ CdS., II, 7.11.2007, n. 2803.

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.

Nel caso di specie, la documentazione prodotta da Poste e FISE ARE non appare sufficiente a descrivere in modo risolutivo la convenienza del *bundling* dei servizi a monte con quelli di recapito. Peraltro, proprio le modalità con cui dovrebbero avvenire le gare per l'affidamento dei servizi di recapito emerse nel corso delle riunioni del tavolo tecnico (ed illustrate in seguito) sembrerebbero deporre nel senso dell'inutilità, oltre che dell'impraticabilità, del *bundling* quale strumento di contenimento dei costi. È stata, infatti, rappresentata l'opportunità di prevedere già in sede di bando di gara la postalizzazione della corrispondenza che l'aggiudicatario del servizio di recapito non può trattare direttamente (da parte della stazione appaltante o dell'aggiudicatario). Infatti, a prescindere dai casi in cui il servizio è aggiudicato ad un RTI (nel quale, seguendo il ragionamento di Poste e FISE ARE, ogni partecipante dovrebbe avere un proprio stampatore per creare sinergie nel servizio complessivo) si osserva che la postalizzazione prevede la presenza di due distinti recapitisti, che utilizzano proprie specifiche tecniche, ovvero lo stampatore prescelto dall'aggiudicatario, se le ragioni invocate per il *bundling* sono fondate, non potrebbe creare sinergie per la corrispondenza ceduta a Poste .

Diverso è, invece, il caso dei servizi cosiddetti a valle, ovvero la tracciatura elettronica massiva, la rendicontazione della posta registrata, che consente di avere informazioni cumulative sull'esito delle spedizioni attraverso l'identificazione elettronica degli invii, nonché i servizi aggiuntivi di conservazione sostitutiva/archiviazione degli avvisi di ricevimento. In questo caso, sembrano esservi valide ragioni affinché il servizio possa essere svolto dallo stesso soggetto affidatario del servizio di recapito, considerando le inefficienze che la separazione di tali servizi potrebbe determinare, ad esempio nel caso della tracciatura elettronica che, laddove richiesta nel bando di gara, potrebbe essere fornita esclusivamente dall'affidatario del servizio di recapito. Ciò che comunque dovrebbe essere evitato è che, mediante la previsione di più servizi, si vada 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 un'indagine preliminare sullo stesso, esistano imprese che possano offrire in modo efficiente servizi a valle rispetto a quello di recapito.

L'Autorità ha, infatti, precisato che la suddivisione in lotti, non solo debba essere tecnicamente possibile, ma anche economicamente vantaggiosa, e pertanto la stazione appaltante che voglia attuarla deve effettuare un'analisi che ponga a confronto tale scelta con moduli organizzativi della fornitura alternativi, capaci di valorizzare, ad esempio, anche la grande distribuzione che offre, come noto, una presenza sul territorio più capillare delle piccole e medie imprese.

E' certo, infatti, che 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 pubblica, come del resto impone lo stesso art. 2 del Codice dei contratti pubblici.

In ogni caso, la suddivisione in lotti, anche quella diretta a favorire l'accesso al mercato da parte delle piccole e medie imprese, non dovrà violare il divieto di artificioso frazionamento dei contratti di cui all'art. 29 comma 4 del Codice²⁰.

Anche l'AGCM nel parere AS930 ha affermato che *“la previsione di un lotto unico integrato per l'affidamento dei servizi di acquisizione, elaborazione, stampa, imbustamento e consegna al destinatario è suscettibile di ridurre ingiustificatamente il novero dei potenziali partecipanti alla procedura di gara attribuendo, al contempo, un ingiustificato vantaggio concorrenziale agli operatori verticalmente integrati, in contrasto con i principi a tutela della concorrenza e con gli obiettivi di liberalizzazione dei servizi postali perseguiti dal D.Lgs. n. 58/11 che recepisce la terza direttiva postale (direttiva 2008/6/CE)”*.

Il suddetto parere è stato richiamato anche da una recente pronuncia del TAR Lazio (Sent. n. 3206 del 21.3.2014) che ha annullato un bando di gara che aveva previsto un lotto unico per stampa e recapito, per violazione del principio di proporzionalità.

Si rileva inoltre che i partecipanti al Tavolo tecnico non hanno chiarito, con dati tecnici verificabili, quali siano in concreto i risparmi per la stazione appaltante. Oltre alla riduzione dei costi di transazione, il principale risparmio di spesa che sembrerebbe emergere è legato alla possibile riduzione del costo del trasporto (se la stampa avviene vicino al punto di consegna), risparmio, però, controbilanciato dalle perdite di economie di scala derivanti dal frazionamento della stampa in più punti separati.

Rotomail ha, peraltro, fornito evidenze ricavabili dagli esiti delle gare aggiudicate, dai quali non sembrerebbero emergere risparmi di spesa per la stazione appaltante nel caso di affidamento integrato del servizio di recapito con i servizi e/o a monte del recapito stesso.

Si rileva infine che la Determinazione AVCP n. 5 del 9.10.2005, richiamata da Poste, non contrasta con l'impostazione sopra illustrata. Occorre innanzitutto precisare che tale Determinazione è stata emanata, in vigore della Legge Merloni²¹, in relazione al fenomeno della suddivisione in lotti degli appalti di lavori appartenenti alla medesima categoria finalizzato all'elusione delle gare ed all'affidamento degli stessi tramite trattativa privata, sia in relazione al fenomeno opposto, ovvero la possibile elusione delle norme poste a garanzia della concorrenza nel caso dell'accorpamento di più appalti di lavori al fine dell'affidamento al *general contractor*.

Nella citata Determinazione è stato precisato che l'esecuzione di un'opera può essere frazionata solo se i lavori oggetto di ciascun appalto sono comunque immediatamente fruibili per gli scopi e le funzioni che l'opera deve assolvere, e che le stazioni appaltanti, in merito alla scelta di frazionare gli appalti, devono operare una corretta pianificazione degli interventi e certificare la funzionalità, fruibilità e fattibilità di ciascun lotto unicamente nei casi in cui le “parti” di un

²⁰ Parere sulla normativa AG 18/12 del 13/9/2012.

²¹ Legge 11 febbraio 1994, n. 109.

intervento, singolarmente considerate, evidenzino autonoma funzionalità e una propria utilità correlata all'interesse pubblico, indipendentemente dalla realizzazione dell'opera complessiva. Viceversa, in merito alla scelta di accorpare in un'unica procedura ad evidenza pubblica più appalti di lavori, le stazioni appaltanti devono fornire chiara e completa dimostrazione dei benefici derivanti da detta scelta, a confronto con le altre soluzioni industriali possibili, in un'ottica di efficienza, economicità e coerenza con gli obiettivi da raggiungere e nel rispetto dei principi di trasparenza e di massima partecipazione alle gare.

Nel presente paragrafo si è indicata la preferenza verso una soluzione unbundling per i servizi di recapito e quelli a monte, almeno per affidamenti che superano le soglie di rilevanza comunitaria, lasciando l'opportunità di valutare alle stazioni appaltanti la convenienza per gli affidamenti di importo inferiore (ipotizzando che per questi ultimi i costi di transazione possano essere superiori a quelli legati ai risparmi derivanti dal frazionamento della commessa). Per quanto riguarda i servizi a valle, sembrerebbero essere prevalenti le considerazioni connesse ai risparmi che i servizi integrati potrebbero permettere. Si richiede di fornire le proprie osservazioni in merito, rispondendo in particolare ai seguenti quesiti:

- 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)?
- 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.
- 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?

3. Divisione in lotti di recapito

Criticità riscontrate

Gli operatori privati hanno segnalato che numerose procedure per l'affidamento dei servizi postali hanno ad oggetto servizi di recapito estesi a tutto il (o a gran parte del) territorio nazionale. Ciò determina una forte restrizione dal lato dell'offerta anche per il mercato del recapito in quanto,

come è noto, solo pochi operatori sono in grado di fornire servizi di recapito a livello sovraregionale e, allo stato, solo Poste è in grado di garantire una copertura totale del territorio italiano.

Gli operatori hanno quindi evidenziato l'opportunità che le gare siano distinte per lotti, ad esempio in base ai CAP di destinazione della corrispondenza.

I partecipanti hanno altresì evidenziato le problematiche connesse al fenomeno della cd "postalizzazione", che si verifica quando gli operatori privati affidano a Poste la corrispondenza che non sono in grado di consegnare.

FISE ARE ha evidenziato che la postalizzazione espone l'operatore al rischio di perdite, in quanto le tariffe del servizio postale possono essere modificate in aumento dal Regolatore. Tale rischio non si ravvisa nel subappalto, dove il prezzo è fisso e stabilito contrattualmente.

Fulmine ha sostenuto che i costi di postalizzazione dovrebbero essere incorporati dall'offerta (così come previsto, ad esempio, dalla gara indetta da Acquedotto Pugliese).

L'AGCOM, dal canto suo, ha evidenziato di aver emanato la Delibera n. 728 del 2013 nella quale ha stabilito, tra l'altro, che Poste deve rispettare l'obbligo di non discriminazione interna ed esterna nell'applicazione dei prezzi della posta massiva (art. 4 della Delibera n. 728/13/CONS). La Delibera in esame è stata impugnata da Poste innanzi al TAR ed è attualmente *sub iudice*.

Sul fenomeno della postalizzazione Poste ha precisato di essere tenuta al rispetto dei principi di parità di trattamento e non discriminazione di cui all'art. 4 della Delibera AGCOM 728/13/Cons esempio, isolando i servizi rientranti nel servizio universale dagli altri. Tuttavia, negli appalti pubblici di servizi postali le prestazioni oggetto della gara si differenziano da quelle rientranti nel servizio universale, quantomeno per le diverse SLA richieste, le penali, i quantitativi minimi, le condizioni di pagamento, i servizi a valore aggiunto inclusi nel prezzo, destinazioni tariffarie, scaglioni di peso, ambiti territoriali circoscritti ecc.

Tale circostanza assume rilievo in particolare per i cosiddetti servizi di postalizzazione, consistenti nell'immettere sul circuito del servizio universale la posta che non può essere recapitata direttamente dall'aggiudicatario del servizio. Poste sostiene che le prestazioni oggetto delle gare si discostano di regola dal servizio universale, e quindi la società non è tenuta ad applicare i principi di non discriminazione e parità di trattamento di cui alla Delibera AGCOM 728/2013. Poste non è tenuta, cioè, a praticare, nei confronti dell'aggiudicatario della gara, i medesimi prezzi ed i medesimi servizi che ha offerto in sede di gara. Infatti, nella formulazione del prezzo offerto in gara il fornitore del servizio universale ha tenuto conto della totalità dei costi, dei servizi e dei volumi oggetto della gara stessa, mentre la postalizzazione avviene in genere per porzioni di territorio marginali, non coperte direttamente dall'aggiudicatario, oppure per alcuni specifici servizi. Di conseguenza, Poste si trova a dover fornire il servizio all'aggiudicatario solo nelle aree caratterizzate da maggiori costi o per servizi per i quali Poste ha offerto in gara la marginalità inferiore.

Gli operatori economici diversi da Poste hanno sostenuto che una soluzione innovativa potrebbe essere quella esemplificata nel bando Consip-Inail²², di chiedere agli operatori, in sede di offerta, di indicare quali siano i CAP su cui ciascuno riesce a garantire il recapito (es. 70% del CAP o dei volumi) e su tale percentuale effettuare l'aggiudicazione. L'offerta dei concorrenti dovrebbe essere valutata sulla base della loro possibilità di operare, calcolando come prezzo complessivo quello derivante dalla somma del prezzo offerto per la quota garantita e, considerando come prezzo per i servizi non offerti, il prodotto tra quelli massimi indicati dall'AGCOM per il servizio universale e la quota transitata sul servizio universale. 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:

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

In sostanza il prezzo offerto sarebbe uguale alla somma tra il prezzo offerto con peso pari alla quota offerta e prezzo del servizio universale con peso pari alla quota postalizzata.

Analogamente, anche al punteggio tecnico deve essere assegnato un valore proporzionale al servizio effettivamente prestato.

All'aggiudicatario viene affidata quindi solo l'attività di recapito della corrispondenza gestita dalla propria organizzazione diretta e/o indiretta, mentre la corrispondenza che l'affidatario deve postalizzare viene stralciata dal contratto ed affidata direttamente dalla Stazione appaltante a Poste.

Tale modello eviterebbe che l'aggiudicatario debba provvedere ad affidare la parte del servizio che non riesce a coprire a Poste, con le relative conseguenze. Per l'appaltatore l'affidamento a Poste determina, infatti, una serie di svantaggi, quali gli elevati oneri connessi alla necessità di subappaltare a Poste servizi a costi maggiori rispetto al prezzo di aggiudicazione, nonché il rischio che le tariffe di Poste possano essere modificate in aumento nel corso di validità del contratto (invece in un contratto di subappalto il prezzo rimane fisso), con conseguente riduzione dei margini. Tale modello presenta vantaggi anche per quanto riguarda la responsabilità, in quanto l'aggiudicatario risponde esclusivamente dell'attività di recapito che gestisce direttamente o mediante i propri subappaltatori, senza incorrere in responsabilità eventuali inadempimenti del gestore del Servizio Universale.

I partecipanti al tavolo sono stati concordi nell'affermare che deve essere garantita da parte dell'operatore privato la copertura di una quota minima del servizio, quantificabile in almeno il 70% dei volumi.

In relazione a quanto sopra, condividendo le finalità della proposta, Poste ha rappresentato il rischio che l'eccessiva suddivisione in lotti, se da un lato favorisce la concorrenza, dall'altro

²² Gara per l'affidamento dei servizi postali per la gestione della corrispondenza per l'INAIL. CIG Lotto 1: 4478631B35; CIG Lotto 2: 4478650AE3. Indetta il 10.8.2012 consultabile in <http://www.consip.it/online/Home/Gare/Bandidigara/Bandiincorso/scheda852.html>.

provoca una frammentazione degli aggiudicatari asimmetrica rispetto alle strutture organizzative delle Stazioni appaltanti (esempio: pagamento tributi e corrispondenza extra lotto).

Opzione scelta

Si ritiene che l'indicazione da fornire alle Stazioni appaltanti, che devono affidare il servizio di recapito postale su più aree territoriali, sia di valutare, nei bandi di gara, l'opportunità di suddividere 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.

Ciò dovrebbe permettere una maggiore partecipazione alle gare e, quindi, consentire a più imprese di potersi aggiudicare il servizio e contestualmente ridurre la spesa complessiva.

Siffatta suddivisione in lotti non dovrebbe essere problematica, in quanto le stazioni appaltanti dovrebbero essere in possesso dei dati relativi ai mercati di riferimento (almeno per quanto concerne lo storico), per cui dovrebbero essere in grado di effettuare la suddivisione dei lotti di recapito nei termini sopra prospettati.

Si ritiene che la soluzione innovativa prospettata dagli operatori privati esemplificata dal bando Consip-Inail possa essere considerato un utile sistema per permettere una maggiore partecipazione alle gare di importo elevato.

Tale modello può permettere di superare le problematiche relative al fenomeno della postalizzazione - ovvero al problema se far rientrare gli affidamenti a Poste nell'ambito del subappalto, con i conseguenti vincoli normativi - esaminate in seguito, poiché prevede lo scorporo iniziale, da parte della stazione appaltante, della parte da postalizzare, e l'affidamento diretto della stessa a Poste.

Nel modello sopra descritto, deve essere comunque garantita da parte dell'operatore privato la copertura di un minimo del 70% dei volumi.

Posto che, tuttavia, una simile soluzione potrebbe presentare la criticità di generare la presentazione di offerte non omogenee, nelle Linee guida è chiarito che deve essere prestata 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. Il punteggio ottenuto per l'offerta tecnica, analogamente a quanto indicato per l'offerta economica, dovrebbe essere parametrato per la quota di servizio offerto (se l'offerente dichiara di poter coprire unicamente determinate porzioni di territorio pari ad esempio al 70% del volume posto a base di gara, il punteggio per la parte tecnica dovrà essere ridotto di conseguenza, ovvero il punteggio tecnico ottenuto dovrà essere moltiplicato per 0,7). Ciò serve ad impedire un uso strumentale della possibilità presente nel bando di limitare le offerte ad una sola frazione del lotto.

Relativamente al fenomeno della postalizzazione, a legislazione vigente, si ritiene corretta l'interpretazione di Poste in ordine alla Deliberazione AGCOM 728/13/Cons, per cui non si ritiene che Poste sia tenuta a negoziare con l'aggiudicatario una tariffa diversa rispetto a quella del servizio universale.

Nel presente paragrafo sono state affrontate le questioni relative agli affidamenti di servizi di recapito nell'ambito dell'intero territorio nazionale, o in parte consistenti dello stesso. Si è suggerito di dividere la gara in più lotti omogenei. Inoltre, nell'ambito di ciascun lotto si è proposto di valutare l'opportunità di ammettere le offerte anche degli operatori che non riescono a coprire l'intero lotto, accettando la possibilità che l'offerta venga limitata ad una frazione (superiore ad una certa quota, ad esempio il 70% dei volumi). I punteggi per l'offerta dovrebbero essere corretti per tener conto della minore copertura. In merito a tali proposte si richiede di inviare le proprie osservazioni, rispondendo in particolare alle seguenti domande:

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.

4. Informazioni presenti nei bandi

Gli operatori del settore hanno rilevato un'ulteriore criticità rappresentata dalla carenza di informazioni presenti nei bandi di gara, che fanno sì che gli operatori non possano formulare un'offerta consapevole.

Si ritiene di suggerire alle stazioni appaltanti di indicare nel bando di gara, sulla base dei dati storici, i flussi 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).

Come sopra considerato, infatti, si ritiene che la stazione appaltante dovrebbe possedere il dato storico delle destinazioni, rispetto al quale dovrebbe indicare i possibili correttivi tenuto conto delle possibili modificazioni di contesto intervenute o che potranno intervenire sui volumi di corrispondenza (ad es. per il passaggio all'invio telematico delle fatture).

Qualora dette informazioni siano in possesso dell'aggiudicatario del servizio postale, o dei servizi a monte e a valle, appare opportuno che la stazione appaltante introduca nei bandi delle penali per il mancato rilascio di informazioni che sono necessarie, oltre che per la funzionalità dell'amministrazione stessa, anche per redigere i bandi di gara per i futuri affidamenti.

Nel paragrafo si è affrontato il problema delle informazioni da inserire nel bando di gara, prevedendo

anche penali nel caso in cui dette informazioni sono in possesso del precedente aggiudicatario. Si chiede di fornire informazioni in merito, rispondendo anche alle seguenti questioni:

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.

5. Determinazione dell'importo a base di gara

Criticità riscontrate

Nel caso di bando che preveda l'affidamento congiunto del servizio universale con altri servizi, FISE ARE e Fulmine hanno rappresentato come alcune stazioni appaltanti pongano come importo a base di gara l'importo al lordo dell'IVA, anziché quello netto, così come previsto dall'art. 29 del Codice dei Contratti. Ciò fa sì che Poste, che in qualità di gestore del servizio universale è l'unico operatore postale che può beneficiare dell'esenzione dall'IVA, goda di un vantaggio competitivo sostanzialmente incolmabile, potendo praticare un ribasso del 22%, senza praticare alcuna efficienza, ma solo grazie a un privilegio fiscale non riconosciuto a tutte le altre imprese del settore.

Inoltre, occorre considerare che in ragione di quanto chiarito dalla Corte di Giustizia delle Comunità Europee nella sentenza 23 aprile 2009, causa 357/07, dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (nel caso A/441, Poste Italiane applicazione dell'Iva sui servizi postali, provvedimento n. 24293 del 29 aprile 2013, in boll. 16/2013) e, ancor più di recente, dall'Autorità per le Garanzie delle Comunicazioni (cfr. delibera n. 385/13/CONS del 20 giugno 2013, G.U. 16-7-2013, serie generale n. 165) Poste Italiane non può beneficiare di alcuna esenzione IVA dovendo applicare l'imposta in tutti i contratti commissionati da Pubbliche amministrazioni con procedure di evidenza pubblica relativamente ai servizi che non rientrano nel servizio universale. Si deve, però, rilevare che anche Poste ha riconosciuto che i servizi in gara, poiché per le ragioni già esaminate in precedenza, esulano dall'ambito del servizio universale, non può applicare il prezzo scontato di IVA.

Opzione scelta

Innanzitutto appare opportuno richiamare espressamente le Stazioni appaltanti, affinché applichino in maniera puntuale l'art. 29 del Codice, il quale stabilisce che il valore stimato degli appalti pubblici a base di gara deve essere al netto dell'IVA.

Sull'applicazione dell'IVA si condivide la recente sentenza del TAR Lazio sez. I del 7 febbraio 2014, che ha affermato che gli accordi di Poste con i clienti business sono condizioni negoziate individualmente, pertanto non facendo parte del servizio universale sono soggetti ad IVA (non c'è l'esenzione). Il giudice amministrativo ha stabilito che L'AGCM, disapplicando la norma interna in

contrasto con il diritto comunitario, abbia legittimamente ordinato a Poste di astenersi da tale comportamento, cioè di non applicare l'IVA.

A ciò si aggiunga che Poste Italiane, durante i lavori del tavolo, ha dichiarato che, relativamente agli accordi negoziati individualmente, e quindi nella quasi totalità dei casi di servizi diversi da quello universale, non avrebbe avuto alcuna difficoltà a non applicare l'IVA.

6. Subappalto

Criticità riscontrate

FISE ARE e Fulmine hanno evidenziato come in alcuni bandi di gara sia imposto il divieto di subappalto per la partecipazione alle gare. Si tratterebbe di un ulteriore elemento, insieme alla mancata suddivisione in lotti, che potrebbe ostacolare la partecipazione alle gare di operatori diversi da Poste, non sussistendo operatori privati in grado di garantire direttamente una copertura del 100% del territorio nazionale. La mancata suddivisione in lotti e/o la presenza di limiti stringenti al subappalto costringerebbero le imprese alla costituzione di ATI con altri operatori economici. Ciò costituirebbe, tuttavia, un ostacolo all'efficiente partecipazione alle gare in considerazione anche dei vincoli posti in taluni bandi ATI sovrabbondanti, nonché al divieto di modifica della composizione delle ATI nel caso di gare con più lotti.

Relativamente alla corrispondenza internazionale, gli operatori hanno segnalato l'opportunità di chiarire espressamente 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 *de quibus*.

Poste, dal canto suo, ha evidenziato il fenomeno della cd "postalizzazione", che si verifica quando gli operatori privati affidano a Poste la corrispondenza che non sono in grado di consegnare. Per Poste si tratterebbe di una forma di subappalto, anche se "inconsapevole", che andrebbe computato ai fini del raggiungimento del limite del 30% .

In merito, FISE ARE ha evidenziato che la postalizzazione espone l'operatore al rischio di perdite, in quanto le tariffe del servizio postale possono essere modificate in aumento dall'AGCOM. Tale rischio non si ravvisa nel subappalto, dove il prezzo è fisso e stabilito contrattualmente.

Per Fulmine, i costi di postalizzazione dovrebbero essere scorporati dall'offerta così come previsto dalla gara indetta da Acquedotto Pugliese, che li rimborsa allo stampatore alle tariffe vigenti, così come già fanno oggi tutte le pubbliche amministrazioni che stampano all'esterno.

Poste ha inoltre evidenziato che nel settore postale dovrebbe essere considerato subappalto anche l'attività svolta dalle cd "sedi mandatarie", che l'operatore dichiara di possedere nell'ambito del procedimento per il rilascio delle licenze/autorizzazioni.

Gli altri partecipanti al tavolo non hanno condiviso la ricostruzione offerta da Poste sulle sedi mandatarie, ed hanno altresì evidenziato che gli operatori privati sono soliti organizzare il servizio

attraverso la stipula di una serie di contratti con terzi soggetti, ad esempio contratti di servizio, contratti di franchising, di affitto di, ecc. sedi.

Opzione scelta

Posto che il subappalto, nei limiti previsti, è un istituto legittimo, previsto dall'art. 118 del Codice, si ritiene opportuno ricordare, nelle linee guida, che i bandi di gara aventi ad oggetto i servizi postali devono sempre ammettere la possibilità di subappaltare entro i limiti del 30% del servizio. 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.

Come evidenziato dai partecipanti al tavolo, nel settore dei servizi postali tale indicazione può risultare complessa, considerato che gli operatori economici, specie di piccole e medie dimensioni, si dotano di 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 di accogliere il suggerimento degli operatori, in quanto il ricorso da parte dell'appaltatore ad altri partner con cui siano stati siglati accordi di collaborazione non sembra costituire 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 *de quibus*. In ogni caso si ricorda che la corrispondenza inviata all'estero dovrebbe costituire, salvo casi eccezionali, una quota assolutamente marginale del servizio postale.

Relativamente al fenomeno della postalizzazione, si ritiene che pur potendosi ravvisare *prima facie* nello stesso alcuni caratteri tipici del subappalto, in realtà mancano gli elementi essenziali del relativo negozio giuridico.

Il subappalto è, infatti, il contratto mediante il quale l'appaltatore, assumendo il ruolo di sub committente, affida ad un terzo l'esecuzione parziale o totale di un servizio che si era impegnato ad effettuare per la stazione appaltante committente, con organizzazione dei mezzi necessari ed a proprio rischio. L'istituto ha matrice civilistica, trovando disciplina nell'art. 1656 del codice civile, secondo cui l'appaltatore non può dare in subappalto l'esecuzione dell'opera affidatagli se non è preventivamente autorizzato dal committente²³.

Il subappalto in linea generale rappresenta una *species* del *genus* subcontratto o contratto derivato in cui l'appaltatore assume a sua volta la parte subappaltante. Il contratto di subappalto fa nascere un rapporto obbligatorio tra appaltatore e subappaltatore rispetto al quale il committente è estraneo perché non acquista né diritti né assume obblighi nei confronti del subappaltatore. L'appalto, infatti, resta immutato tra committente ed appaltatore originario, sul quale continua a far carico la responsabilità esclusiva dell'esecuzione dei lavori.

²³ F.CARINGELLA, M. GIUSTINIANI, op. cit.

Tale schema presuppone la stipula di un contratto o quantomeno la presenza di un accordo tra sub committente e subappaltatore, che non è presente nel fenomeno della postalizzazione. Poste, in quanto gestore del servizio universale, è in ogni caso tenuta ad eseguire il servizio.

Nella postalizzazione difettano alcuni requisiti essenziali del contratto di subappalto ai sensi dell'art. 1325 Codice Civile.

Infatti, manca il requisito dell'accordo tra le parti, in quanto Poste non può rifiutarsi di eseguire il servizio, essendovi tenuta in quanto gestore del servizio universale. Inoltre, la causa, cioè lo scopo economico sociale perseguito dalle parti²⁴ non è quella tipica del subappalto. Da ultimo, difetta il requisito della forma scritta, che per gli appalti pubblici è prescritta dall'art. 11 comma 13 del Codice sotto pena di nullità²⁵, e che è implicitamente richiesta dall'art. 118 comma 2, per cui l'affidatario deve provvedere al deposito del contratto di subappalto presso la stazione appaltante almeno venti giorni prima della data di effettivo inizio dell'esecuzione delle relative prestazioni.

L'assenza di negoziazione, unitamente al fatto che Poste non possa rifiutarsi di eseguire il servizio, fa emergere anche l'impossibilità, almeno a legislazione vigente, da parte di Poste, di negoziare con l'aggiudicatario dei prezzi diversi rispetto a quelli del servizio universale (si veda sopra par. 3 in tema di divisione in lotti di recapito).

Infine, non vi dovrebbe essere un abuso del ricorso alla postalizzazione da parte dell'aggiudicatario, in quanto il prezzo posto a base di gara dovrebbe essere al più pari a quello del servizio universale, e quindi per ogni invio postalizzato l'affidatario subisce una perdita economica.

Nel presente paragrafo si è indicato che, anche nel caso dei servizi postali, è ammissibile il ricorso al subappalto nei limiti previsti dal Codice. Per il calcolo del suddetto limite non dovrebbero essere considerate le quote relative agli invii all'estero e alla cosiddetta postalizzazione. In merito a tali punti si richiede di inviare le proprie osservazioni, rispondendo in particolare alle seguenti questioni:

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;

²⁴ La causa in senso concreto del negozio secondo Santoro Passarelli, Opera (contratto di), Noviss. Dig. It., Utet, 1965, 984.

²⁵ Si veda da ultimo la Determinazione n. 1 del 13.2.2013 .

7. Raggruppamenti temporanei di imprese

Criticità riscontrate

FISE ARE e Fulmine hanno evidenziato che il bando di gara avente ad oggetto servizi postali nel quale è posto il divieto assoluto di costituzione di RTI composte da due o più imprese singolarmente in possesso dei requisiti di partecipazione (RTI sovrabbondante, o “clausola antitrust”) rischia di produrre gravi distorsioni al corretto operare dei meccanismi concorrenziali restringendo il confronto competitivo a vantaggio del gestore del servizio universale, che è l’unico in grado di garantire mediante la propria struttura diretta una copertura che si avvicina alla totalità del territorio nazionale.

Spesso, infatti, a causa della particolare natura del servizio che impone la copertura con addetti di tutto il territorio interessato, le imprese partecipanti ad un RTI sono tutte singolarmente in possesso dei requisiti speciali di partecipazione (specie se questi sono calcolati in base al fatturato totale e specifico realizzato), ma nessuna operativamente in grado di servire direttamente con la propria struttura aziendale tutto il territorio coinvolto dai flussi di corrispondenza. Il divieto di RTI sovrabbondanti determinerebbe un ostacolo alla concorrenza poiché le imprese singolarmente in possesso dei requisiti sono costrette a rinunciare a prendere parte alla procedura non potendo eseguire la commessa se non attraverso la costituzione di RTI con altre imprese sempre dotate dei requisiti speciali di partecipazione, ma operanti su frazioni del territorio non coperte dagli altri membri del RTI.

Per FISE ARE e Fulmine si dovrebbero invitare le stazioni appaltanti a non introdurre il divieto *de quo* nelle gare per l’affidamento di servizi postali o quantomeno rimodularlo, prevedendone l’operatività solo allorquando l’impresa autosufficiente oltre a possedere i requisiti di ammissione in gara sia anche in possesso di una rete che consenta di garantire la copertura del 100% del territorio di destinazione della corrispondenza.

FISE ARE ha, inoltre, evidenziato che alcune stazioni appaltanti di rilievo nazionale dotate di strutture periferiche affidano 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 che partecipano a più lotti di mantenere inalterata la composizione del RTI da un lotto all’altro²⁶.

²⁶ Ad esempio par. 5.1 disciplinare Equitalia per cui *“il concorrente che partecipi a più lotti dovrà, a pena di esclusione, assumere la medesima forma di partecipazione e composizione per tutti i lotti per i quali presenta offerta”*; disciplinare INAIL – Consip par. 2.2 *“Il soggetto che intenda partecipare a più lotti è tenuto a presentarsi sempre nella medesima forma (individuale o associata) ed in caso di R.T.I. o Consorzi, sempre con la medesima composizione, pena l’esclusione del soggetto stesso e del concorrente in forma associata cui il soggetto partecipa”*.

Tuttavia, queste prescrizioni costringerebbero i concorrenti a creare macro RTI inserendo imprese che possono dare un contributo limitato ad alcuni lotti e non in altri in ragione della loro specifica localizzazione territoriale.

In caso di aggiudicazione di un solo lotto in favore di un certo concorrente plurisoggettivo (che ha partecipato a più lotti) il RTI che andrà a siglare il contratto sarà giocoforza composta anche da imprese che avranno quote di partecipazione e di esecuzione del servizio minime, se non del tutto nulle, e che sono state inserite in RTI solo per il contributo che avrebbero eventualmente potuto rendere in caso di aggiudicazione di altri lotti relativi ad aree geografiche diverse rispetto a quelle ricomprese nel lotto aggiudicato.

La rimozione di obblighi di questo tipo permetterebbe di scongiurare le distorsioni appena evidenziate, che finiscono per attribuire una responsabilità solidale ad imprese che, di fatto, non hanno alcun ruolo nell'esecuzione della commessa.

Fise ARE chiarisce altresì come gli operatori del settore postale incontrino notevoli difficoltà nell'associarsi in RTI, in quanto per garantire la copertura di tutto o gran parte del territorio nazionale occorre costituire RTI di notevoli dimensioni (a causa dell'obbligo di invarianza del RTI). Ciò comporta *in primis* ingenti spese di gestione, ma soprattutto comporta la produzione di una notevole mole di documentazione amministrativa, che espone il RTI al rischio di esclusione dalle gare per irregolarità, anche formali, nella documentazione amministrativa stessa (si pensi solo alle dichiarazioni ex art 38 che devono essere prodotte da tutti gli associati).

Opzione scelta

Premesso che il raggruppamento temporaneo è un istituto pro-competitivo che favorisce l'accesso al mercato dei contratti pubblici soprattutto alle piccole e medie imprese, nelle Linee guida si ritiene opportuno indicare alle stazioni appaltanti di non introdurre divieti assoluti di RTI sovrabbondanti, ma di valutare caso per caso se il raggruppamento "non necessario" sia finalizzato ad escludere la partecipazione degli altri concorrenti e di segnalare tale evenienza alle autorità competenti.

Il divieto assoluto di RTI sovrabbondanti non ha, infatti, un fondamento normativo specifico ed è osteggiato dalla giurisprudenza amministrativa, che ne ha chiarito la portata in alcune recenti sentenze:

1) TAR Lazio, sez. III sent. n. 3558 del 9.4.2013, ha affermato la nullità della clausola antitrust, anche se in passato è stata ritenuta ammissibile in quanto legittima manifestazione del potere discrezionale delle stazioni appaltanti di disciplinare – eventualmente anche in modo più restrittivo rispetto alla legge – i requisiti di ammissione alle gare. Tuttavia, nel frattempo, questo potere discrezionale è stato soppresso da una norma, l'articolo 46 del d.lg. 12 aprile 2006, n. 163 (introdotto dall'articolo 4 del d.l. 13 maggio 2011, n. 70, convertito con modificazioni dalla legge 12 luglio 2011, n. 106), secondo cui i bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione che non siano previste dalla legge e che dette ulteriori prescrizioni, se inserite, sono comunque nulle.

2) TAR Lazio, sez. II Ter, sent. n. 3810 del 15.4.2013 che, in maniera meno netta rispetto alla sentenza precedente, ha affermato che non è possibile, in linea di massima, presumere un intento anticoncorrenziale e cercare di prevenire lo stesso attraverso l'introduzione di clausole potenzialmente lesive del principio di "favor participationis" alla gara. Tali clausole "inibitorie" della partecipazione in raggruppamento temporaneo non possono in ogni caso essere generiche, sino al punto di escludere anche la possibilità del raggruppamento tra un'impresa già da sola in possesso dei requisiti ed imprese sprovviste di tali requisiti, la cui unica possibilità di partecipazione alla gara sarebbe costituita proprio dall'associazione con l'impresa di maggiori dimensioni.

3) Consiglio di Stato, sez. III, sentenza n. 689 del 5.2.2013 per cui *"il divieto di tal tipo di ATI non è posto in assoluto, né sarebbe legittimamente possibile, stante l'evidente favor del diritto comunitario alla partecipazione alle gare ad evidenza pubblica anche dei soggetti riuniti, al di là della forma giuridica di tale loro aggregazione. Il divieto, come d'altronde ogni limite quantitativo all'ingresso di operatori in un dato mercato competitivo, anche regolato, serve a garantire che non si verifichi un'indebita, sproporzionata o irruzione compressione della concorrenza nella specifica gara. Di converso, il divieto va interpretato secondo gli ordinari canoni di valutazione di coerenza della fonte con le regole ed i principi costituzionali e comunitari, ossia precludendo siffatta partecipazione con riguardo alle evidenze del mercato proprio dell'appalto e nei soli limiti in cui ciò è necessario. Da ciò discende, per un verso, il carattere non immediatamente escludente della clausola e, per altro verso, la necessità di fornire un serio principio di prova dell'interesse concreto e differenziato, ossia del bisogno giuridico dell'appellante di partecipare alla gara nella modalità di ATI sovrabbondante ed in quella sola peculiare modalità"*.

Anche l'Autorità ha avuto modo di pronunciarsi sul divieto di RTI sovrabbondanti, con la Determinazione n. 4/2012, nella quale ha affermato la non ammissibilità di un divieto generalizzato di partecipazione ai raggruppamenti sovrabbondanti. Il divieto può essere giustificato solo quando il sovradimensionamento del raggruppamento si inserisce in un contesto di elementi di fatto che denoti il perseguimento di un fine illecito tramite lo strumento del RTI sovrabbondante, dando luogo sostanzialmente ad un caso di abuso del diritto di costituire il raggruppamento.

Non appare neppure accoglibile il suggerimento avanzato di limitare i RTI sovrabbondanti ai soli operatori in grado di coprire con la propria struttura l'intero territorio nazionale. Si tratterebbe di un divieto imposto alla sola società Poste e che potrebbe porre questa impresa in posizione di indebito svantaggio in talune situazioni specifiche. Vale comunque il suggerimento generale per le stazioni appaltanti di valutare con particolare attenzione situazioni nelle quali Poste partecipa a RTI al fine di segnalare la fattispecie all'Autorità o all'AGCM per un successivo scrutinio di legittimità di tale scelta.

Nelle Linee guida si ritiene altresì di evidenziare che i bandi di gara non debbano contenere clausole che impongano l'obbligo per i concorrenti plurisoggettivi che partecipano a più lotti di mantenere inalterata la composizione del RTI da un lotto all'altro.

L'Autorità, sulla scorta della giurisprudenza amministrativa, ha già avuto occasione di chiarire che la partecipazione di un soggetto (nel caso di specie un Consorzio) 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 d.lgs. n. 163/2006, ovvero il divieto di partecipazione in più di un RTI ed il divieto di partecipare alla stessa gara sia singolarmente che in RTI (Parere di Precontenzioso n. 122 del 19.7.2012).

Infatti, in caso di appalto suddiviso in lotti, si è in presenza di più gare (tanti quanti sono i lotti) svolte in un unico contesto temporale: è come se il bando indicasse tante gare quanti sono i lotti, che sono aggiudicabili separatamente a concorrenti diversi, ed in relazione ai quali vengono stipulati diversi contratti di appalto. Per tali ragioni non ci si trova di fronte ad un appalto unitario e se non vi è appalto unitario non vi può essere unicità della gara²⁷.

Quanto sopra non confligge con la *ratio* dell'art. 37 comma 7, che mira a tutelare il corretto e trasparente svolgimento delle gare, nelle quali il libero gioco della concorrenza sarebbe alterato dall'eventuale presentazione di offerte che, pur essendo formalmente autonome, siano finalizzate, previe possibili intese, ad indirizzare il risultato della gara, con palese violazione dei principi di segretezza delle offerte e della par condicio dei concorrenti²⁸ nonché a salvaguardare il principio della concorrenza, in modo da evitare la contemporanea partecipazione alla gara di soggetti che - in quanto aspiranti all'esecuzione del medesimo contratto sotto la veste di diverse figure soggettive - si trovino nella condizione di finalizzare le proprie offerte ad indirizzare il risultato della gara²⁹.

A meno che la commissione di gara rilevi elementi dai quali si possa dedurre che l'offerta relativa ad un lotto sia in grado di interferire con le offerte riguardanti l'altro lotto e, dunque, a falsare il risultato della procedura sotto il profilo della concorrenza. Si tratta di una situazione verificatasi in un ben noto caso trattato dall'AGCM e relativo ad un'intesa volta a falsare i risultati di una gara indetta dalla centrale di committenza Consip nel settore dei buoni pasto³⁰. La partecipazione singola o associata dei principali concorrenti ai diversi lotti era il sintomo di un'intesa finalizzata a falsare il risultato di una gara, la cui portata restrittiva è stata accertata dall'AGCM a seguito di un'estesa attività istruttoria. È chiaro che, come nel caso del RTI sovrabbondante, sintomi che possono indicare di essere in presenza di intese restrittive, non possono essere generalizzati ad elementi patologici e condurre alla previsione di un divieto generalizzato e preventivo, peraltro in assenza di uno specifico vincolo di legge e in violazione di quanto disposto dal richiamato articolo 46, co. 1-bis, del Codice.

Ciò vale soprattutto nel caso del settore postale, nel quale, come già ricordato, nessun operatore privato ha dimensioni tali per concorrere da solo in più lotti, ed in concreto si trova impossibilitato

²⁷ TAR Lazio Roma Sez. I Ter, Sent. n. 3974 del 9.12.2010.

²⁸ TAR Palermo, n. 1596/2006 e, conforme, Consiglio di Stato, Sez. V, n. 6579 del 15.12.2011),

²⁹ Cfr., tra le altre, TAR Lazio Roma Sez. I Ter, 9.12.2010, n. 35960 su conforme Abruzzo, L'Aquila, Sez. I, 16 marzo 2010, n. 203).

³⁰ Provvedimento 13 giugno 2002, 1463, *Pellegrini-Consip*.

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. E' plausibile ciò che afferma FISE ARE, secondo cui 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 limitato ad alcuni lotti e non in altri.

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 d. lgs. 163/2006.

Nel presente paragrafo sono state analizzate alcune problematiche connesse con la partecipazione alle gare in RTI. Nel settore postale la partecipazione in RTI assume talune peculiarità in considerazione della particolare natura del servizio. Si sono mostrate le ragioni per cui si ritiene di non poter condividere il comportamento di diverse stazioni appaltanti teso a proibire la partecipazione alle gare in RTI sovrabbondanti o modificandone la composizione per le gare in più lotti. Sulle seguenti questioni si chiedono in particolare osservazioni:

- 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.

8. Requisiti di partecipazione

Criticità riscontrate

FISE ARE ha evidenziato come nei bandi di gara la fissazione dei requisiti di partecipazione sia molto eterogenea. Viene richiesto, da parte delle imprese concorrenti, il possesso dell'autorizzazione generale e della licenza individuale, che costituirebbe condizione necessaria, ma non sufficiente a garantire l'affidabilità dell'esecutore. Per scongiurare il rischio che vengano affidate commesse pubbliche a operatori privi di adeguate strutture aziendali per FISE ARE sarebbe opportuno fissare requisiti speciali di partecipazione ancorati all'organico medio annuo della compagine societaria, da calcolarsi sulla base del personale impiegato dall'azienda nell'ultimo triennio (art. 42, co. 1, lett. g, del d.lgs. n. 163/2006) e criteri di solidità finanziaria ed economica.

FISE ARE ha, altresì, evidenziato che alcune stazioni appaltanti prevedono tra i requisiti di ammissione la disponibilità in capo ai concorrenti di una rete diretta di filiali in grado di assicurare una certa copertura territoriale su scala nazionale per i servizi di recapito. In taluni casi è stato richiesto che i concorrenti dichiarassero di avere una copertura pari al 100% del territorio nazionale. Tale prassi determinerebbe una restrizione del confronto competitivo, che potrebbe anche azzerarsi, laddove oltre a richiedersi una copertura territoriale integrale venga contestualmente vietato il ricorso al subappalto. Opzioni di questo genere, per FISE ARE,

impedirebbero alle società che hanno reti localizzate in specifiche aree regionali di prendere utilmente parte alle procedure di gara, con un'indebita restrizione del confronto competitivo.

FISE ARE ha suggerito, pertanto, i seguenti requisiti:

Requisiti generali:

- iscrizione alla C.C.I.A.A. ai sensi del D.P.R. n. 581 del 7/12/1995, con indicazione della natura giuridica, denominazione, sede legale ed oggetto dell'attività, nonché generalità degli amministratori e dei direttori tecnici;
- insussistenza delle cause di esclusione indicate dall'art. 38, comma 1 del D.lgs. n. 163/2006;
- insussistenza di misure di prevenzione di cui alla Legge 31 maggio 1965, n. 575;
- 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);
- rating di legalità rilasciato dall'AGCM ai sensi dell'art. 5 ter del d.l. 1/2012 (punteggio aggiuntivo);

Requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa:

- possesso di fatturato globale d'impresa (degli ultimi 3 esercizi) non inferiore ad un minimo prestabilito (a seconda dei servizi e dei volumi oggetto del bando gara);
- possesso di fatturato specifico relativo ai servizi oggetto della gara (degli ultimi 3 esercizi) non inferiore ad un minimo prestabilito (a seconda dei servizi e dei volumi oggetto del bando gara);
- dichiarazione di almeno due istituti bancari o intermediari autorizzati ai sensi del decreto legislativo n. 385/1993;
- bilanci o estratti dei bilanci dell'impresa, o dichiarazione sottoscritta in conformità alle disposizioni del d.P.R. n. 445/2000;
- numero medio annuo di dipendenti impiegati negli ultimi 3 anni non inferiore ad un minimo prestabilito (a seconda dei servizi/volumi oggetto del bando gara) secondo la seguente proporzione:
 - 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;
- garanzia provvisoria ai sensi dell'art.75 del D.L.g.s.163/06, sotto forma di cauzione o di fideiussione, pari al 2% dell'importo a base di gara;
- possesso polizze assicurative R.C.T. (responsabilità civile verso terzi), R.C.A. (responsabilità civile auto) e R.C.O. (responsabilità civile verso i prestatori di lavoro), con massimali, per anno e per sinistro, consistenti.

Requisiti di idoneità tecnica:

- possesso certificazione del Sistema Qualità Aziendale conforme alle norme europee della serie UNI EN ISO 9001 e alla vigente normativa nazionale (rilasciata da soggetti accreditati ai sensi delle norme europee);

- possesso certificazione per il Sistema di Gestione Ambientale conforme alle norme europee della serie UNI EN ISO 14001 e alla vigente normativa nazionale (rilasciata da soggetti accreditati ai sensi delle norme europee);

FISE ARE ha evidenziato che tra i requisiti di partecipazione assume particolare importanza l'organico medio annuo del concorrente, da calcolarsi sulla base del personale impiegato nell'ultimo triennio. In subordine, laddove si dovesse ritenere che tale misura possa risultare particolarmente penalizzante per la partecipazione, in quanto specie per alcuni affidamenti potrebbe restringerla unicamente agli operatori che hanno già raggiunto determinate dimensioni, si potrebbe prevedere che il requisito dimensionale sia limitato ad una percentuale rispetto a quello necessario per l'espletamento del servizio. A parere dell'associazione questa soluzione non limiterebbe la partecipazione a soggetti, che attraverso l'acquisizione del servizio, vogliono puntare ad una crescita dimensionale, limitandola, invece, a coloro che non hanno le capacità tecnico-organizzative per gestire l'appalto.

I partecipanti convengono sul fatto che, per combattere il fenomeno del lavoro irregolare nel settore, l'organico debba far parte dei requisiti soggettivi di partecipazione, mentre, per consolidata giurisprudenza amministrativa, non possa essere utilizzato come criterio di valutazione dell'offerta.

Poste ha evidenziato l'importanza del requisito del fatturato specifico e dei requisiti di qualità aziendale.

Relativamente al requisito dell'organico medio annuo relativo al precedente triennio, Poste ha evidenziato come lo stesso si ponga come condizione di garanzia per una regolare esecuzione del servizio. Pertanto, tale requisito deve essere richiesto, opportunamente parametrato, sia nel caso di servizi che richiedano consegne diluite in modo uniforme nel corso del contratto, sia nelle gare in cui è richiesto un servizio di consegna concentrato nel tempo, ovvero in caso di ingenti spedizioni a cadenza fissa con tempi di consegna particolarmente stringenti.

Per Poste anche il numero di addetti al recapito è un elemento rilevante ai fini della migliore esecuzione del servizio in quanto strettamente legato all'occorrenza ed in ragione di esigenze della stazione appaltante, alla possibilità di effettuare un ingente numero di recapiti in un lasso di tempo molto breve ed in un territorio molto ampio.

Inoltre, ha evidenziato che in caso di avvalimento e di ricorso a subappalto, l'impresa ausiliaria ed il subappaltatore devono possedere in proprio i titoli abilitativi. Sul punto i partecipanti concordano.

I requisiti indicati da Poste sono nel dettaglio i seguenti:

Requisiti generali specifici di settore (oltre quelli previsti ex artt. 38 e 39 del D.lvo n. 163/2006):

- possesso di titoli abilitativi anche rispetto ai soggetti di cui ci si avvale relativamente all'esercizio di attività postale oggetto di gara;

Requisiti di capacità economico/finanziaria e tecnico professionale:

- dichiarazione di almeno due istituti bancari o intermediari autorizzati ai sensi del decreto legislativo 1 Settembre 1993, n. 385;

- bilanci o estratti dei bilanci di impresa ovvero dichiarazione sottoscritta in conformità alle disposizioni del decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445;
- importo relativo a servizi nel settore specifico oggetto della gara relativo agli ultimi tre anni non inferiore ad importo definito correlato al valore dell'appalto;
- possesso di certificazione di qualità;
- possesso di certificazione del sistema di qualità aziendale conforme alle norme europee della serie UNI ISO 9001 e 27001 per i servizi IT.

Fulmine: ha evidenziato che i requisiti devono essere fissati nella prospettiva di *favor* per l'accesso delle piccole e medie imprese alle commesse pubbliche ed allargare la partecipazione alle gare. In tal senso sarebbe il bando Consip-Inail.

Relativamente all'organico, occorrerebbe tarare i requisiti sui criteri di capacità economico/finanziaria, e non il dato storico, in quanto il concorrente potrebbe presentare, in sede di offerta, l'impegno ad assumere determinate unità di personale dopo l'aggiudicazione dell'appalto.

Ha evidenziato come vi siano dei bandi, come ad esempio quello indetto da AMA Roma, che, prevedendo il *bundling* di stampa e recapito e richiedendo che lo stampatore debba avere sede nella provincia di Roma, limiterebbe a massimo 3 soggetti i possibili partecipanti.

CNA ha osservato che i requisiti di partecipazione dovrebbero essere attinenti all'attività svolta a garanzia della professionalità, qualità, legalità dei contratti di lavoro del personale impegnato (occorre inoltre garantire che il personale impegnato sia riconducibile all'azienda vincitrice dell'appalto). Inoltre dovrebbe essere richiesto un fatturato specifico, commisurato all'entità dell'appalto, e l'impiego di un numero di dipendenti non inferiore a determinati parametri da documentare attraverso atti pubblici (CCIAA).

Sul tema dei requisiti di partecipazione l'AGCOM ha rilevato che in Italia, a differenza di quanto avviene in altri paesi, in sede di rilascio dei titoli abilitativi (licenze individuali e autorizzazioni generali), non vengono ad oggi chieste informazioni dettagliate circa la capacità tecnico-organizzativa dell'impresa (es. dimensioni e struttura aziendale, numero di addetti etc.).

Evidenzia altresì la difficoltà di rinvenire un criterio in base al quale stabilire un rapporto tra fatturato e numero di addetti al servizio postale. La regolamentazione attuativa vigente in materia di requisiti per il rilascio della licenza individuale o autorizzazione generale necessita di un aggiornamento volto ad inserire nella futura regolamentazione del settore specifiche garanzie (requisiti di capacità tecnica-operativa e/o di idoneità finanziaria) a tutela dell'utenza e della reale idoneità delle imprese a fornire un adeguato livello qualitativo dei servizi. Comunque, presso l'Autorità è in corso un apposito procedimento istruttorio volto all'adozione di un nuovo regolamento in materia di titoli abilitativi nel settore postale.

Opzione scelta

Relativamente ai requisiti di carattere generale, nelle linee guida è evidenziato come il possesso dei requisiti di cui all'art. 38 del Codice dei Contratti sia imprescindibile per la partecipazione alle gare pubbliche, come affermato dall'Autorità e dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato³¹.

Relativamente ai requisiti di carattere speciale, si ritiene di prendere a riferimento quelli indicati dagli art. 41 e 42 del Codice, alla luce dell'interpretazione data agli stessi dall'Autorità, che ha valorizzato il rispetto dei principi di proporzionalità, logicità e ragionevolezza, cioè della pertinenza e congruità a fronte dello scopo conseguito dai requisiti stessi³².

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 opportuno indicare, nelle linee guida, i seguenti requisiti di carattere speciale:

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 fino al massimo al doppio di quello posto a base di gara³³.

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

³¹ Parere sulla Normativa del 03/07/2013, Cons. Stato, VI, 21 maggio 2013, n. 2725).

³² Pareri di Precontenzioso n. 23 del 13/03/2013, n. 29 del 13/03/2013 e n. 82 del 22/05/2013.

³³ Con il Parere di Precontenzioso n. 129 del 24/07/2013 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).

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 affidabilità³⁴. Anche in questo caso vale quanto già osservato per il fatturato globale.

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, può essere sicuramente posseduto solo dall'ex monopolista e dal suo unico competitor (TNT). Richiedere quindi, al momento della presentazione dell'offerta, il possesso dell'organico basato sul dato storico, comporterebbe inevitabilmente che gli operatori privati che non siano TNT non possono partecipare alla gara. Richiedere invece l'impegno, da parte dell'aggiudicatario, di raggiungere un certo numero di dipendenti al momento dell'inizio della sottoscrizione del contratto, fa sì che gli operatori privati possano partecipare alle procedure di evidenza pubblica e, successivamente all'aggiudicazione, organizzarsi in maniera tale da raggiungere il livello di dotazione organica richiesto dal contratto di appalto. Naturalmente la stazione appaltante dovrà esercitare tutte le opportune forme di controllo per verificare se la condizione di esecuzione si sia verificata nonché e se i contratti di lavoro stipulati dall'aggiudicatario siano regolari.

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.

Si ritiene che l'organico minimo debba rispettare la seguente proporzione³⁵:

- 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 non deve essere illogico e non avere l'effetto di limitare la partecipazione alla gara. Infatti, i principi di non

³⁴L'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 affidabilità (Parere di Precontenzioso n. 120 del 17/07/2013).

³⁵ I dati sono stati forniti da FISE ARE e non contestati dai partecipanti al Tavolo tecnico.

discriminazione e parità di trattamento che 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 locale³⁶.

Relativamente ai mezzi di prova del possesso dei requisiti di carattere speciale, la nuova direttiva 2014/24, all'art. 60, prevede che di norma la prova della capacità economica e finanziaria dell'operatore economico può 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.

Le capacità tecniche degli operatori economici possono essere provate con uno o più mezzi di cui all'allegato XII, parte II, in funzione della natura, della quantità o dell'importanza e dell'uso dei lavori, delle forniture o dei servizi.

Relativamente al *rating* di legalità rilasciato dall'AGCM ai sensi dell'art. 5 ter decreto-legge 24.1.2012, n. 1³⁷, si osserva che lo stesso è stato introdotto nel nostro ordinamento per sancire il riconoscimento ufficiale del valore etico di un'impresa che valorizza la legalità, con l'obiettivo di conferire alle imprese virtuose un titolo ufficiale che consente anche l'iscrizione negli elenchi di fornitori, prestatori di servizi ed esecutori di lavori non soggetti a tentativi di infiltrazione mafiosa. Del rating attribuito si tiene conto esclusivamente in sede di concessione di finanziamenti da parte delle pubbliche amministrazioni ed in sede di accesso al credito bancario.

Si ritiene, pertanto, che allo stato non possa essere annoverato tra i requisiti di partecipazione negli appalti pubblici di servizi postali, anche perché sembrerebbe porsi in contrasto con il principio di tassatività delle cause di esclusione sancito dall'art. 46, co. 1-bis, del Codice³⁸.

Nel paragrafo sono stati analizzati i criteri di carattere generale e speciale che possono essere richiesti per la partecipazione alle gare. In merito, ai primi, considerate le prescrizioni di cui all'art. 46, co. 1-bis, del Codice, si ritiene che non possano esserne introdotti di ulteriori rispetto a quelli previsti dal Codice. In merito ai requisiti speciali, non si ritiene di condividere il punto di vista di diversi partecipanti al tavolo in merito all'organico medio nel triennio precedente, in quanto si tratterebbe di un requisito che, nel settore postale, potrebbe limitare sensibilmente la partecipazione alle gare. Si richiede di fornire le proprie motivate osservazioni al riguardo, inviando se possibile documentazione al riguardo, rispondendo in particolare alle seguenti questioni:

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

³⁶ Deliberazione n. 40 del 19/12/2013.

³⁷ Convertito con modificazioni, dalla legge 24 marzo 2012, n. 27.

³⁸ introdotto dall'art. 4, co. 2, lett. d), n. 2, d. l. 13 maggio 2011, n. 70, convertito con modificazioni dalla l. 12 luglio 2011, n. 106.

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?

9. Criteri di aggiudicazione

Criticità riscontrate

FISE ARE e Fulmine hanno evidenziato che i criteri di aggiudicazione impiegati dalle stazioni appaltanti sono diversificati. In alcuni casi si valorizzano aspetti prettamente attinenti alle dimensioni aziendali, mentre in altri casi si richiede una determinata copertura territoriale, con l'effetto di determinare evidenti commistioni tra elementi soggettivi ed elementi oggettivi. In altri casi, non viene dato alcun rilievo alla qualità delle prestazioni erogate e alla capacità degli operatori di offrire servizi "a valore aggiunto".

I partecipanti al tavolo sono concordi sul fatto che il criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa debba costituire la modalità esclusiva o quantomeno privilegiata, di attribuzione degli appalti di servizi postali, perché caratterizzati da alta intensità di manodopera.

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. Soltanto con questo metodo si può ottenere il massimo vantaggio per la stazione appaltante.

Poiché il principio alla base di ogni gara è quello di ottenere il miglior rapporto prezzo/prestazioni e di incentivare la partecipazione del maggior numero di aziende, Fulmine ritiene che i criteri di valutazione da prendere come riferimento la gara indetta da Acquedotto Pugliese, in quanto tengono in adeguato conto sia la qualità del servizio che il risparmio complessivo da parte della stazione appaltante.

Relativamente ai punti di giacenza, ai quali viene spesso attribuito un determinato punteggio, FISE ARE ha evidenziato che la previsione di un numero minimo di punti giacenza deve essere requisito fondamentale (non derogabile) di ogni bando gara avente ad oggetto il servizio di raccomandata. Il numero di punti giacenza deve essere commisurato all'estensione geografica del territorio da coprire. Pertanto, ritiene che i bandi gara dovrebbero prevedere punti giacenza calcolati in base alla popolazione dei Comuni da servire.

Secondo i partecipanti al tavolo, i punti di giacenza devono essere tali da garantire la sicurezza nonché la segretezza della corrispondenza. Un punto di giacenza dovrebbe avere le seguenti caratteristiche: facile accessibilità al pubblico, armadi di sicurezza per la custodia dei documenti, strumenti operativi per la registrazione delle consegne e per la rendicontazione delle raccomandate in gestione, personale addestrato come quello dei centri di recapito dell'operatore postale, di cui è a tutti gli effetti un ufficio distaccato.

Per Fulmine, considerando che i punti di giacenza sono spesso un elemento necessario nella gestione dei servizi di recapito delle raccomandate inesitate, nella valutazione del servizio

complessivo si potrebbero valutare le alternative al possesso dei punti di giacenza idonei a ridurre l'incidenza della posta inesitata, ad esempio considerando la proposta di un servizio che preveda un secondo recapito anche in orari serali e/o mediante un appuntamento concordato telefonicamente per il recapito.

In definitiva, secondo Fulmine, ai fini dell'attribuzione del punteggio tecnico, sono da considerare:

- l'incidenza percentuale delle giacenze per definire la percentuale di punteggio tecnico sul totale punteggio tecnico;
- le modalità di gestione della consegna, valorizzando il numero di tentativi di recapito, anche in orari diversi;
- la dichiarazione di che percentuale di giacenze il fornitore può garantire, oltre la quale può incorrere in penale;
- i servizi a valore aggiunto rispetto a quelli base previsti dal codice postale.

Per FISE ARE, se da un lato tali modalità alternative possono rappresentare un'innovazione, dall'altro non possono essere totalmente sostitutive dei punti di giacenza. Pertanto, eventuali sistemi alternativi potrebbero al limite portare ad un punteggio aggiuntivo rispetto a quello base rappresentato da un numero minimo di punti giacenza.

Opzione scelta

Nelle Linee guida è indicato che il criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa debba costituire la modalità esclusiva o quantomeno privilegiata di attribuzione 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 le stazioni appaltanti.

Anche le nuove direttive comunitarie del 2014³⁹ prevedono che il criterio ordinario di aggiudicazione degli appalti pubblici sia 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.

Innanzitutto, rimandando 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, vale ricordare che ciascuna appaltante dovrebbe 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

³⁹ Direttiva 2014/24/UE sugli appalti pubblici, art. 64; 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.

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 momento disporre di una rete capillare su tutto il territorio nazionale, la definizione dei parametri di valutazione dovrebbe avvenire cercando di non premiare in modo eccessivo il possesso di requisiti e capacità derivanti dal fatto di essere l'ex-monopolista. Al riguardo, come segnalato da Fulmine, potrebbero essere valutate soluzioni alternative rispetto a quelle standard che garantiscano comunque il medesimo risultato voluto dalla stazione appaltante. Per quanto riguarda i punti di giacenza, si ritiene che l'obiettivo dell'amministrazione sia quello della riduzione e del miglior trattamento della posta inesitata, permettendo agli utenti di reperirla facilmente e velocemente, recandosi presso il punto stesso. Soluzioni che prevedano, ad esempio, il contatto con il cliente e un secondo recapito a domicilio, previo appuntamento, possono comunque permettere di raggiungere questo obiettivo, senza imporre ai concorrenti di istituire nuovi punti di giacenza per la gestione di un singolo appalto. Naturalmente, un numero minimo di punti di giacenza potrà comunque essere richiesto e il concorrente dovrà fornire evidenze alla stazione appaltante della funzionalità della gestione della posta inesitata, sia che questa venga fatta tramite punti di giacenza che con soluzioni alternative.

Fermo quanto già rappresentato nella Determinazione n. 7/2011, nel paragrafo si è evidenziato come nella gestione dell'offerta economicamente più vantaggiosa per il settore postale debbano essere presenti particolari precauzioni, a causa della natura del servizio e della presenza di un operatore in posizione dominante. Nella definizione dei parametri e dei relativi punteggi, si dovrebbero, ad esempio, accettare anche soluzioni alternative rispetto all'operare standard di Poste. Si chiedono in merito le proprie osservazioni, con riguardo anche alle seguenti questioni, presentando eventualmente documentazione ritenuta rilevante:

- 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?

10. Penali

Criticità riscontrate

FISE ARE ha evidenziato che spesso le stazioni appaltanti fissano penali di importo del tutto sproporzionato rispetto all'entità del ritardo e/o all'importanza dell'inadempimento (talvolta superiori a 100 volte l'importo della tariffa unitaria per ogni giorno di ritardo nel recapito di una singola spedizione). Ha auspicato pertanto che l'Autorità fornisca indirizzi idonei a chiarire che il tetto massimo delle penali giornaliere debba essere commisurato alla tariffa per la singola spedizione e non già all'importo complessivo a base di gara.

Per Fulmine le penali devono essere ragionevoli, tenendo conto dei tempi fisici necessari per il recapito e devono essere commisurate alle eventuali inadempienze riferite al singolo invio.

Per essere efficaci, ai fini di deterrenza contro possibili comportamenti opportunistici da parte del fornitore, la penale deve avere le seguenti caratteristiche: a) adattata alle specifiche caratteristiche tecniche dei servizi, b) proporzionata alla gravità delle inadempienze accertate.

Fulmine suggerisce di adottare il sistema di autocontrollo fornito dagli operatori postali privati attraverso la certificazione dell'avvenuta consegna, ormai accettato come standard dal mercato, mentre lo strumento degli invii cosiddetti "civetta" monitorati dalla stazione appaltante non soddisferebbe i requisiti sopra citati.

Poste ha auspicato che l'ammontare delle penali sia commisurato alla tipologia di invio (raccomandato o con valore dichiarato) come previsto anche dalla Convenzione UPU⁴⁰. Nel caso di posta in descritta, sarebbe auspicabile quantomeno la previsione di un sistema di penali che tenga conto non del recapito puntuale dell'oggetto ma della percentuale degli obiettivi raggiunti.

Opzione scelta

Nelle Linee guida è evidenziato che le penali devono essere commisurate alla tipologia, la categoria 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. Il criterio proposto da Fulmine sembra idoneo a fornire un quadro complessivo della qualità del servizio, ma sembrano necessari alcuni correttivi. In particolare, la stazione appaltante dovrebbe poter verificare la validità di quanto autocertificato e, inoltre, disporre di strumenti di controllo per quanto concerne gli invii per i quali non è prevista la certificazione della consegna.

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.

⁴⁰ L'Unione postale universale (Union postale universelle, UPU) è un'organizzazione internazionale che coordina le politiche postali dei paesi membri, e di conseguenza l'intero sistema postale mondiale <http://www.upu.int/en.html>.

In merito alle penali, si ritiene che queste debbano essere ragionevoli e proporzionali alle inadempienze verificate. Per quanto riguarda le inadempienze, la stazione appaltante dovrebbe, dove è possibile, fare riferimento all'intero servizio, prevedendo comunque opportuni strumenti di verifica. Per l'applicazione delle penali si dovrebbe tener conto delle diverse condizioni di servizio per la corrispondenza postalizzata, a condizione che questa sia già stata individuata in sede di offerta e che l'affidatario abbia adottato tutte le misure necessarie per accelerare l'immissione nella rete di Poste. Nell'inviare le proprie osservazioni in merito si invita a tener conto delle seguenti questioni:

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?

11. Responsabilità

Relativamente alla responsabilità, FISE ARE ha evidenziato come le stazioni appaltanti impongano spesso ai partecipanti un regime di responsabilità per danni estremamente gravoso, chiedendo agli operatori postali di assumersi la responsabilità per danni, diretti ed indiretti, senza alcuna limitazione. Considerato che l'operatore postale non conosce (né potrebbe conoscere) il contenuto della corrispondenza in recapito e che tale contenuto potrebbe anche comportare profili di responsabilità ingentissime (es. lettere di disdetta di contratti di locazione, esiti medici, ecc.), per FISE ARE appare indispensabile che negli schemi di contratto e nei capitolati speciali venga specificato che gli operatori postali rispondano dei danni derivanti dall'esecuzione del contratto limitatamente ai soli danni materiali diretti.

Per FISE ARE sarebbe inoltre necessario, anche al fine di garantire la *par condicio competitorum*, che negli schemi di contratto e nei capitolati speciali fosse specificato che gli operatori privati (allorquando l'appaltatore "postalizzi" la corrispondenza, così assumendosi la piena responsabilità per un servizio che in realtà non gestisce) sono soggetti al medesimo regime di responsabilità previsto per il gestore del servizio universale senza mai soggiacere a oneri e/o rischi aggiuntivi.

Anche Poste ha concordato con quanto espresso da FISE ARE in ordine all'esclusione della responsabilità per danni indiretti, ed ha suggerito la predeterminazione di un indennizzo che costituisce un risarcimento forfettario in rapporto ad un danno non prevedibile da parte del debitore.

L'Autorità, prendendo atto di quanto rappresentato dalle parti, rileva che sul punto non ha competenza a pronunciarsi, in quanto le questioni rappresentate potrebbero coinvolgere anche profili di responsabilità penale e civile.