Determinazione n. 3 del 9 dicembre 2014

Linee guida per l'affidamento degli appalti pubblici di servizi postali (pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 1 del 2 gennaio 2015)

Determinazione

Linee guida per l'affidamento degli appalti pubblici di servizi postali

Premessa

Nell'ambito dell'attività di vigilanza sui contratti pubblici, l'Autorità ha rilevato, sulla base delle segnalazioni pervenute dagli operatori del settore, alcune criticità nelle procedure di affidamento degli appalti pubblici di servizi postali a seguito dell'intervenuta liberalizzazione del mercato di riferimento. Tenuto conto dell'importanza rivestita dal settore postale sia nel mercato interno sia a livello comunitario, l'Autorità ha ritenuto opportuno avviare una procedura per l'emanazione di un atto a carattere generale. Al fine di meglio comprendere da un punto di vista tecnico le problematiche evidenziate e di garantire il rispetto del principio di massima partecipazione all'iter decisionale da parte dei soggetti interessati, la presente determinazione è stata preceduta dai lavori di un tavolo tecnico al quale hanno partecipato Poste Italiane S.p.A. (Poste), le maggiori associazioni rappresentative degli operatori privati, alcuni operatori privati in proprio nonché l'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni (Agcom) quale Autorità preposta alla regolamentazione e vigilanza del settore postale. Con le presenti linee guida l'Autorità intende pertanto fornire indicazioni operative alle stazioni appaltanti ed agli operatori economici riguardo all'affidamento dei contratti pubblici aventi ad oggetto servizi postali. Conformemente a quanto previsto dal regolamento avente ad oggetto la disciplina dell'analisi di impatto della regolamentazione (AIR) e della verifica dell'impatto della regolamentazione (VIR), la bozza della presente determinazione è stata sottoposta a consultazione pubblica sul sito www.avcp.it ed è accompagnata dalla relazione AIR, che illustra in maniera più diffusa le criticità riscontrate, le ipotesi alternative messe a confronto, le motivazioni delle scelte effettuate ed il possibile effetto sulle stazioni appaltanti, gli operatori economici ed il mercato in generale. Nelle presenti linee guida sono fornite indicazioni operative su come trattare problematiche relative ai temi che riguardano in modo specifico il settore postale, mentre per quanto riguarda aspetti di ordine generale comuni a tutte le procedure per gli affidamenti di servizi si rimanda a quanto già rappresentato dall'Autorità in atti a carattere generale[1]. Si tratta, in particolare di:

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

Il quadro normativo di riferimento

Il mercato interno dei servizi postali è stato aperto alla concorrenza grazie ad un graduale processo di liberalizzazione che è stato avviato dal legislatore comunitario con la direttiva 97/67/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 15 dicembre 1997 concernente regole comuni per lo sviluppo del mercato interno dei servizi postali comunitari e il miglioramento della qualità del servizio. Hanno fatto seguito la direttiva 2002/39/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 10 giugno 2002 che modifica la direttiva 97/67/CE per quanto riguarda l'ulteriore apertura alla concorrenza dei servizi postali della Comunità e la direttiva 2008/6/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 febbraio 2008, che modifica la direttiva 97/67/CE per quanto riguarda il pieno completamento del mercato interno dei servizi postali comunitari (c.d. terza direttiva postale). Tale norma ha decretato, a decorrere da gennaio 2011, la completa liberalizzazione del mercato postale in tutti i paesi dell'Unione Europea.
In Italia dunque per effetto delle norme che hanno recepito nel nostro ordinamento le suddette direttive[2] si è assistito progressivamente alla liberalizzazione dei servizi postali. Con l'intervento più recente, il decreto legislativo 31 marzo 2011, n. 58 *(Attuazione della direttiva 2008/6/CE che modifica la direttiva 97/67/CE*) di recepimento della terza direttiva postale, è stata infatti abolita l'ultima quota residua del monopolio di Poste. Tuttavia, lo stesso d. lgs. 58/2011 ha affidato a Poste il servizio postale universale[3] fino al 30 aprile 2026, ed ha affidato in via esclusiva a Poste, in quanto gestore del servizio universale, i servizi di notificazioni a mezzo posta degli atti giudiziari e degli atti relativi alle violazioni del codice della strada. Su tali ultimi servizi Poste si trova quindi ancora oggi in una situazione di monopolio[4].
Si precisa che i servizi oggetto delle presenti linee guida sono gli appalti pubblici di servizi postali affidati dalle amministrazioni aggiudicatrici in base alle disposizioni delle Parti I e II del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 (di seguito denominato Codice). Esulano pertanto dalle linee guida i contratti pubblici aventi ad oggetto attività relative alla fornitura di servizi postali di cui all'art. 211 del Codice, rientranti nei settori speciali aggiudicati dagli enti aggiudicatori e disciplinati dalla Parte III del Codice stesso.

Questioni relative all'affidamento dei servizi postali

1 Procedure di evidenza pubblica

Il quadro normativo di riferimento sopra descritto, connotato dalla rimozione del monopolio e dalla liberalizzazione, fa sì che le stazioni appaltanti non soggette alla Parte III del Codice debbano affidare gli appalti pubblici aventi ad oggetto i servizi postali tramite procedure di selezione del contraente basate su principi di evidenza pubblica. La normativa vigente (art. 4 decreto legislativo 22 luglio 1999, n. 261) consente, infatti, l'affidamento diretto a Poste esclusivamente dei seguenti servizi:
a) i servizi inerenti le notificazioni di atti a mezzo posta e di comunicazioni a mezzo posta connesse con la notificazione di atti giudiziari di cui alla legge 20 novembre 1982, n. 890;
b) i servizi inerenti le notificazioni a mezzo posta di cui all'art. 201 del decreto legislativo 30 aprile 1992, n. 285.

2 Oggetto dell'affidamento

Relativamente all'oggetto dell'affidamento, occorre distinguere preliminarmente il servizio postale dai servizi "a monte" ed "a valle" dello stesso.
Il servizio postale, come definito dall'art. 1, comma 2, lett. a), del d.lgs. n. 261/1999 è il servizio che include la raccolta, lo smistamento, il trasporto e la distribuzione (i.e. il recapito) degli invii postali, mentre i servizi a monte possono essere individuati nei servizi di elaborazione, composizione dei documenti, stampa, imbustamento.
I servizi a valle consistono in una serie di servizi ulteriori, quali la conservazione sostitutiva/archiviazione degli avvisi di ricevimento.
Al riguardo si osserva che i bandi di gara relativi all'affidamento dei servizi postali dovrebbero essere redatti secondo il principio generale per cui il servizio postale va affidato separatamente dai servizi a monte ed eventualmente a valle dello stesso.
In altri termini, le stazioni appaltanti dovrebbero affidare il servizio postale ed i servizi a monte con gara unica a lotti separati, anziché con un unico lotto, composto dai servizi integrati (servizio postale più servizi a monte). Gli appalti dovrebbero essere quindi suddivisi in lotti funzionali, attraverso i quali affidare separatamente i servizi a monte ed a valle del servizio postale, ed in un diverso lotto il servizio postale.

Ciò in quanto la suddivisione degli appalti in lotti funzionali, al fine di favorire l'accesso al mercato delle piccole e medie imprese, è da annoverarsi tra i principi dell'affidamento dei contratti pubblici (art. 2, comma 1 bis del Codice). Anche a livello comunitario la nuova direttiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014 sugli appalti pubblici che abroga la direttiva 2004/18/CE afferma, al considerando 78 ed all'art. 46, che al fine di agevolare la partecipazione delle piccole e medie imprese 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 piccole e medie imprese, o su base qualitativa, in conformità alle varie categorie e specializzazioni presenti, per adattare meglio il contenuto dei singoli appalti ai settori specializzati delle piccole e medie imprese o in conformità alle diverse fasi successive del progetto.
Anche dal punto di vista tecnico ed economico vi sono ragioni che inducono a ritenere che il servizio postale così come definito dal legislatore sia distinto funzionalmente dagli altri servizi a monte del servizio postale stesso. A conferma di ciò, le attività a monte del servizio postale sono svolte anche da soggetti che non sono attivi nel mercato postale.
Vi sono poi una serie di servizi a valle che possono essere considerati aggiuntivi al servizio postale, quali ad esempio la conservazione sostitutiva/archiviazione degli avvisi di ricevimento, relativamente ai quali, per favorire la partecipazione alle gare, si ritiene che la stazione appaltante potrebbe considerarli servizi aggiuntivi nell'ambito dell'offerta economicamente più vantaggiosa, piuttosto che come servizi integrati nell'ambito del lotto. Naturalmente la loro esatta collocazione dipende dalle esigenze dell'amministrazione. Ad esempio, nel caso della conservazione sostitutiva degli avvisi di ricevimento, la stazione appaltante dovrebbe valutare la convenienza di un affidamento separato.
Vi sono infine alcuni servizi che non possono essere considerati accessori al servizio postale, ad esempio la conservazione sostitutiva dei documenti, prevista dalla legge 23 dicembre 2005 n. 266 (legge finanziaria 2006) che, in un'ottica di razionalizzazione della spesa, potrebbero essere affidati unbundling attraverso la previsione di un apposito lotto del bando di gara.
Dovrebbe comunque essere evitato che, mediante la previsione di più servizi, si favoriscano i soggetti maggiormente integrati, ovvero vengano costituite nuove barriere all'ingresso. In questo senso, la stazione appaltante, in sede di definizione dei lotti, dovrebbe valutare se, in base alle condizioni di mercato ed eventualmente a seguito di un'indagine preliminare sullo stesso, esistano imprese che possano offrire in modo efficiente servizi a valle rispetto al servizio postale.
Tuttavia, laddove la stazione appaltante dimostri con adeguata motivazione che la suddivisione in lotti, a confronto con l'affidamento integrato, non produce un risparmio o un'efficienza economica, potrà derogare al principio generale sopra espresso e procedere all'affidamento con lotto unico. In altri termini, l'amministrazione dovrà effettuare, nella determina a contrarre, la valutazione comparativa dell'interesse ad eseguire l'appalto alle condizioni tecnicamente ed economicamente più vantaggiose e dell'interesse alla partecipazione alle procedure di evidenza pubblica da parte delle piccole e medie imprese.
Come affermato dall'Autorità infatti, la doverosità della suddivisione dell'appalto al fine di favorire le piccole e medie imprese non può andare a discapito dell'economica gestione della commessa pubblica[6].
Si ritiene che, in considerazione del fatto che i costi di transazione e di gestione dell'appalto con più fornitori potrebbero comportare oneri tali da compensare i benefici ottenibili dalla suddivisione in lotti, per gli appalti in cui il valore del servizio oggetto di affidamento è contenuto, le stazioni appaltanti possano procedere all'affidamento integrato del servizio postale con quello a monte o a valle dello stesso. Si ritiene di poter indicare come valore per l'affidamento congiunto dei servizi quello corrispondente alle soglie di rilevanza comunitaria.

3 Divisione in lotti di recapito

Dalle informazioni pervenute all'Autorità è emerso come l'unico operatore in grado di coprire da solo il 100% del territorio nazionale sia Poste, e che gli operatori privati, da soli, riescano a garantire una copertura territoriale regionale, o al massimo sovra regionale.
Al fine di rendere effettiva la liberalizzazione del mercato postale appare necessario che le stazioni appaltanti valutino nei bandi di gara l'opportunità di dividere l'oggetto dell'affidamento in più lotti di recapito distinti, ad esempio in base ad aree omogenee di territorio. Per tali valutazioni si devono considerare elementi quali il numero di recapiti previsto, la frequenza di consegna e la specificità di

servizio.
Accanto alla suddivisione per aree territoriali, una soluzione innovativa, già utilizzata da alcune stazioni appaltanti, potrebbe essere quella di chiedere agli operatori, nel bando di gara e per ciascun lotto, di indicare in sede di offerta quali siano i Cap su cui ogni singolo concorrente riesce a garantire il recapito ed effettuare l'aggiudicazione tenendo conto della percentuale del territorio coperta[7].
L'offerta dei concorrenti verrebbe valutata sulla base della loro possibilità di operare, calcolando come prezzo complessivo quello derivante dalla somma del prezzo offerto per la quota garantita e, per i servizi non offerti, il prodotto tra i prezzi del servizio universale e la quota transitata sullo stesso. In sostanza, se il prezzo offerto è pari a P_s, il prezzo del servizio universale è pari a $\bar{P}$, e la quantità garantita in sede di gara è una frazione δ del totale, il prezzo complessivo da considerare è pari a:
$P = \delta$âÂˆ Â™P_s + (1- δ)âÂˆ Â™$\bar{P}$
Anche il punteggio tecnico deve essere assegnato proporzionalmente al servizio effettivamente prestato.
All'aggiudicatario verrebbe affidata quindi solo l'attività di recapito della corrispondenza gestita dalla propria organizzazione diretta e/o indiretta, mentre la corrispondenza che l'affidatario dovrebbe postalizzare (ovvero affidare a Poste, gestore del servizio universale) viene stralciata dal contratto ed affidata direttamente a Poste dalla stazione appaltante o dal soggetto che gestisce la fase a monte del servizio postale.
In ogni caso, deve essere garantita da parte dell'operatore privato la copertura di un quantitativo minimo, di regola non superiore all'80% dei volumi appartenenti al lotto. Ciò significa che il restante 20% del servizio può essere postalizzato.
Tale modello evita il fenomeno della postalizzazione a carico dell'aggiudicatario, che, come si vedrà in seguito (paragrafo 6) può comportare svantaggi sia per l'operatore privato sia per Poste. Inoltre, presenta vantaggi in termini di responsabilità contrattuale, in quanto l'aggiudicatario risponde esclusivamente dell'attività di recapito che gestisce direttamente o mediante i propri subappaltatori, senza incorrere in responsabilità legate ad eventuali inadempimenti da parte del gestore del servizio universale.
Tuttavia, si ribadisce come nei bandi di gara così strutturati occorra prestare la massima attenzione ai criteri di valutazione delle offerte, ad esempio calibrando il punteggio sulla copertura del territorio che ciascun concorrente è in grado di offrire.

4 Informazioni che devono essere presenti nei bandi

Tenuto conto che spesso la carenza di informazioni impedisce ai concorrenti di formulare un'offerta consapevole, si ritiene che le stazioni appaltanti debbano indicare, nel bando di gara, i flussi storici di invio e di destinazione della corrispondenza (Cap) diversificati per le tipologie di prodotti postali (es. posta massiva e posta raccomandata) e per le diverse grammature (peso dell'invio).
Ciò risulta particolarmente importante quale che sia la modalità di gara prescelta (lotto unico o su più lotti, con o senza le modalità evidenziate nel punto precedente). Si pensi che, nel caso in cui è l'aggiudicatario a dover postalizzare la corrispondenza, questi avrà bisogno di conoscere con sufficiente attendibilità la quota che non può recapitare, per stimare correttamente i suoi costi complessivi.
Si ritiene che la stazione appaltante dovrebbe fornire almeno il dato storico delle destinazioni, con l'indicazione dei possibili correttivi relativi a possibili variazioni che incidono sul recapito (ad es. il passaggio all'invio telematico delle fatture, modifiche intervenute o che si prevedere possano intervenire idonee ad incidere sull'operatività della stazione appaltante, facendo variare l'entità e le modalità di comunicazione con gli utenti finali, ecc.).
Si ritiene che le informazioni da fornire in sede di bando debbano essere reperite dalla stazione appaltante attraverso metodi meno onerosi possibile, sia per la stessa stazione appaltante che per i concorrenti alla gara.
Innanzitutto, la stazione appaltante non può richiedere a terzi informazioni già in suo possesso.
Qualora, invece, la stazione appaltante non abbia informazioni certe per la predisposizione dei bandi di gara, ma le stesse siano in possesso dell'affidatario, devono essere previsti meccanismi idonei per il loro trasferimento all'amministrazione. Appare, quindi, opportuno che la stazione appaltante introduca nei bandi l'obbligo di fornire tutte le informazioni necessarie e preveda penali per il mancato rilascio di dette informazioni.

5 Determinazione dell'importo a base di gara

In via preliminare, si ricorda che l'art. 29 del Codice stabilisce che «il calcolo del valore stimato degli appalti pubblici e delle concessioni di lavori o servizi pubblici è basato sull'importo totale pagabile al netto dell'Iva, valutato dalle stazioni appaltanti». Pertanto, il valore stimato degli appalti pubblici a base di gara di gara deve essere indicato al netto dell'Iva.
Fino alla recente novella normativa, l'indicazione dell'importo a base di gara al lordo dell'IVA[8], oltre che illegittimo, nel caso di gare aventi ad oggetto sia prestazioni rientranti nel servizio universale che altre prestazioni, avrebbe potuto comportare l'attribuzione di un vantaggio competitivo in favore di Poste che, in qualità di gestore del servizio universale, è esente dall'applicazione dell'Iva per la prestazione di servizi universali e pertanto avrebbe potuto praticare un ribasso del 22%, senza alcuna efficienza, grazie ad una normativa fiscale favorevole di cui non godono le altre imprese del settore[9].
Si rileva in merito che la legge 11 agosto 2014, n. 116 (entrata in vigore il 21 agosto 2014) in sede di conversione del decreto legge 24 giugno 2014, n. 91[10] (c.d. competitività), ha aggiunto allo stesso l'art. 32 bis, chiarendo definitivamente che sono da considerare esenti da Iva « le prestazioni del servizio postale universale, nonché le cessioni di beni a queste accessorie, effettuate dai soggetti obbligati ad assicurarne l'esecuzione. Sono escluse le prestazioni di servizi e le cessioni di beni ad esse accessorie, le cui condizioni siano state negoziate individualmente»[11].
Posto che la facoltà di stipulare accordi individuali esula del tutto dall'ambito del servizio universale, con l'entrata in vigore della suddetta norma Poste non può più beneficiare di alcuna esenzione Iva, dovendo applicare l'imposta in tutti i contratti commissionati da pubbliche amministrazioni con procedure di evidenza pubblica. In questo caso, infatti, le prestazioni oggetto di gara non rientrano nell'alveo del servizio universale, trattandosi di accordi negoziati individualmente.

6 Subappalto

Il subappalto, nei limiti previsti, è un istituto disciplinato dall'art. 118 del Codice. I bandi di gara per l'affidamento di servizi postali devono quindi sempre ammettere la possibilità di subappaltare entro i limiti del 30% del servizio oggetto di affidamento.
Ai sensi dell'art. 118, comma 2 del Codice le stazioni appaltanti devono indicare nel bando di gara quali servizi possano essere affidati in subappalto. Nel caso dei servizi postali tale indicazione può risultare complessa, considerato che gli operatori economici, specie di piccole e medie dimensioni, hanno previsto organizzazioni peculiari, ricorrendo a contratti di servizio, franchising di sedi, ecc., la cui qualificazione giuridica presenta elementi di problematicità. Sembra, comunque, possibile affermare che non dovrebbe essere considerato subappalto la gestione della corrispondenza internazionale e quella postalizzata sulla rete del fornitore del servizio universale.
Relativamente alla corrispondenza internazionale, si ritiene che il ricorso da parte dell'appaltatore ad altri partnerscon cui siano stati siglati accordi di collaborazione non costituisce subappalto ai fini dell'applicazione delle limitazioni quantitative di cui all'art. 118 del Codice, trattandosi dell'unica modalità tecnicamente ipotizzabile per l'esecuzione delle prestazioni, in quanto le licenze e le autorizzazioni sono limitate al territorio nazionale. Ciò non toglie che se l'operatore, mediante accordi con imprese estere, riesca ad offrire condizioni migliorative, queste potranno essere valutate nell'ambito dell'offerta economicamente più vantaggiosa.
Ai fini del raggiungimento del limite del 30%, si ritiene non debba essere computata, oltre all'affidamento ad altri partners stranieri della corrispondenza internazionale, anche la c.d. "postalizzazione".
Per quanto riguarda la postalizzazione, ovvero la consegna al fornitore del servizio universale della corrispondenza che gli operatori privati aggiudicatari delle gare non sono in grado di consegnare, non sembrano rinvenirsi gli elementi essenziali tipici del contratto di subappalto.
L'assenza di negoziazione, unitamente al fatto che Poste non può rifiutarsi di eseguire il servizio universale, fa ritenere che la stessa sia tenuta ad applicare all'aggiudicatario le condizioni giuridiche, tecniche ed economiche (predeterminate e non negoziate) più favorevoli previste per la fornitura del servizio universale ma non a praticare all'aggiudicatario il prezzo eventualmente offerto in sede di gara[12].
In ogni caso, si ribadisce che in sede di offerta l'aggiudicatario deve indicare quanta parte del servizio oggetto del lotto è in grado di effettuare direttamente, prevedendo un limite, come indicato nel paragrafo 3, pari al 20%, al di sotto del quale l'offerta non può essere considerata valida, indipendentemente dal fatto che la postalizzazione sia effettuata dal concorrente (e il relativo costo rappresenti, quindi, una parte del prezzo offerto) ovvero direttamente dalla stazione appaltante (il cui costo non incide sul prezzo offerto ma

rileva ai fini della quantificazione totale dell'offerta economica). Si ricorda, infatti, al riguardo che la gara è volta ad individuare le migliori condizioni di qualità e di prezzo per tutta la corrispondenza inviata.
Invece, si ritiene debbano essere qualificati come subappalti, e come tali rientranti nel computo della percentuale del 30%, i contratti che hanno ad oggetto anche una sola delle fasi del servizio postale (raccolta, smistamento, trasporto, distribuzione) ed il franchising.
Come evidenziato nel Parere sulla normativa AG 16/2012 del 27 settembre 2012, nel settore del diritto pubblico la giurisprudenza adotta, infatti, una nozione di subappalto più ampia di quella civilistica e lo definisce come qualunque tipo di contratto che intercorre tra l'appaltatore ed un terzo in virtù del quale talune delle prestazioni appaltate non sono eseguite dall'appaltatore con la propria organizzazione di mezzi e di personale, bensì mediante soggetti giuridici distinti (Consiglio di Stato, Sez. VI, sentenza 9 febbraio 2006, n. 518).
In applicazione dei suddetti principi, si ritiene che i contratti che hanno ad oggetto anche una sola delle fasi del servizio postale (es. il trasporto) stipulati tra l'aggiudicatario del servizio postale e soggetti terzi debbano essere qualificati come contratti di subappalto, e pertanto computati al fine del raggiungimento del limite del 30%.
Relativamente al franchising, si richiama la sentenza del Consiglio di Stato, Sez. VI, 9 febbraio 2006 n. 518, che ha affermato che il franchising rientra nella nozione di subappalto. Il franchising, infatti, costituisce una forma di collaborazione tra imprese, in cui taluni soggetti, i franchisees, commerciano prodotti del franchisor, utilizzandone marchio e know –how, ma mediante una distinta organizzazione, rimanendo soggetti economicamente e giuridicamente distinti dal franchisor. Pertanto, ove l'appaltatore – franchisor intenda non eseguire in proprio talune prestazioni, ma affidarle a franchisees che sono giuridicamente ed economicamente soggetti distinti dall'appaltatore, si realizza un subappalto ai sensi del Codice.

7 Raggruppamenti temporanei di imprese.

Si evidenzia in primo luogo che i bandi di gara non possono prevedere in generale il divieto di raggruppamenti temporanei di imprese c.d. "sovrabbondanti", ovvero quelle forme di partecipazione in forma aggregata create da imprese che sono in grado, già singolarmente, di soddisfare i requisiti tecnico-economici richiesti per la partecipazione.
Questa Autorità, relativamente ai possibili effetti anticoncorrenziali della partecipazione alle gare dei raggruppamenti temporanei di imprese sovrabbondanti, ha già evidenziato che detta tipologia di raggruppamenti non possa ritenersi vietata in senso assoluto e preventivo, ma solo con specifico riferimento a ciascuna singola gara ed a condizione che, in concreto, una tale forma aggregativa possa determinare un'indebita e sproporzionata compressione della concorrenza[13]. Ciò è stato confermato anche dalla giurisprudenza amministrativa[14].
Accanto a queste considerazioni di carattere generale, se ne devono aggiungere altre di ordine specifico che portano anche a mettere in dubbio il concetto di raggruppamento sovrabbondante in un mercato, quale quello dei servizi postali, caratterizzato dalla presenza di un numero estremamente limitato di operatori in grado di coprire l'intero territorio nazionale o una parte rilevante dello stesso e da una pluralità di operatori di dimensioni ridotte, che operano in contesti territoriali limitati. In questo caso, ad esempio, operatori che possiedono formalmente i requisiti tecnici ed economici (spesso legati al fatturato) per partecipare alla gara potrebbero aver bisogno di consorziarsi con altri operatori, che pure possiedono tali requisiti formali, per garantire l'effettiva copertura del territorio presente nel lotto.
La stazione appaltante dovrà comunque valutare ogni volta, caso per caso, se il raggruppamento costituito dalle imprese che singolarmente sarebbero in grado di partecipare alla gara sia finalizzato ad escludere altri concorrenti e quindi rappresentare un possibile accordo in danno della concorrenza, dandone segnalazione alle autorità competenti.
Gli operatori del settore hanno evidenziato, inoltre, come alcune stazioni appaltanti di rilievo nazionale, dotate di strutture periferiche, affidino i servizi postali con gare suddivise in più lotti, cui corrispondono diverse aree geografiche di destinazione della corrispondenza. In queste gare viene frequentemente introdotto l'obbligo per i concorrenti plurisoggettivi di mantenere inalterata la composizione del raggruppamento da un lotto all'altro.
Tali clausole non appaiono conformi alle previsioni normative, in quanto il Codice prevede unicamente il divieto di partecipazione in più di un raggruppamento ed il divieto di partecipare sia singolarmente che in

raggruppamento temporaneo (art. 37 comma 7 del Codice).
L'Autorità, sulla scorta della giurisprudenza amministrativa, ha già avuto occasione di chiarire che la partecipazione di un soggetto a due lotti della stessa gara quale mandataria di due diversi raggruppamenti temporanei di imprese non si traduce nella violazione del divieto di cui all'art. 37, comma 7 del Codice[15].
Infatti, in caso di appalto suddiviso in lotti, si è sostanzialmente in presenza di più gare (tanti quanti sono i lotti) svolte in un unico contesto temporale: i lotti, infatti sono aggiudicabili separatamente a concorrenti diversi, con successiva stipula di contratti di appalto.
A ciò si aggiunga la specificità del settore postale, nel quale, come già ricordato, un numero estremamente ridotto di operatori ha dimensioni tali per concorrere da solo in più lotti. Un concorrente si trova, in concreto, impossibilitato a partecipare alle gare con più lotti se non può associarsi, per ciascun lotto territoriale, di volta in volta con gli altri operatori che coprono quel determinato territorio. Ne consegue che le clausole che impediscono la modifica del raggruppamento temporaneo di imprese da un lotto all'altro costringono i concorrenti a creare macro raggruppamenti con imprese che in sede di esecuzione possono dare un contributo solo in alcuni lotti e non in altri, finendo con il consorziare operatori che non possono svolgere alcun servizio, poiché sono stati inseriti in raggruppamenti temporanei solo per il contributo che avrebbero eventualmente potuto rendere in caso di aggiudicazione di un lotto diverso. Per tali motivi, le clausole in questione appaiono in contrasto anche con i principi di libera concorrenza e massima partecipazione, enunciati dall'art. 2 del Codice.

8 Requisiti di partecipazione

Relativamente ai requisiti di partecipazione, si osserva che i bandi di gara devono prevedere il possesso dei requisiti di carattere generale di cui all'art. 38 del Codice.
L'Autorità e la giurisprudenza amministrativa hanno, infatti, affermato che il possesso, in capo ai partecipanti, di inderogabili requisiti di moralità, rappresenta un principio di carattere generale che trova applicazione anche nelle gare dirette all'affidamento di servizi di cui all'Allegato IIB. Si tratta, infatti, di un fondamentale principio di ordine pubblico economico che soddisfa l'esigenza che il soggetto che contrae con l'amministrazione sia "affidabile" e, quindi, in possesso dei requisiti di ordine generale e di moralità che la norma tipizza[16].
Relativamente ai requisiti di carattere speciale, al fine di dare la massima apertura alla concorrenza, ma al contempo garantire la partecipazione di concorrenti in possesso di esperienza e competenza tali da poter gestire le complessità tecniche tipiche del servizio da affidare, si ritiene necessario che i bandi di gara richiedano i seguenti requisiti di capacità economico finanziaria e tecnico organizzativa:
Capacità economica e finanziaria:

- bilanci o estratti dei bilanci dell'impresa, ovvero dichiarazione sottoscritta in conformità alle disposizioni del d.p.r. 28 dicembre 2000, n. 445;

- dichiarazione, sottoscritta in conformità alle disposizioni del d.p.r. 28 dicembre 2000 n. 445, concernente il fatturato globale d'impresa e l'importo relativo ai servizi o forniture nel settore oggetto della gara, realizzati negli ultimi tre esercizi (fatturato specifico) per un valore massimo fino al doppio di quello posto a base di gara[17].

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)[18];

- aver svolto negli ultimi tre anni, servizi analoghi a quelli oggetto dell'appalto, da provare attraverso la presentazione dell'elenco dei relativi principali servizi prestati. In proposito l'Autorità ha chiarito che il concetto di servizio analogo non va interpretato nel senso di servizio identico, ma come similitudine tra le prestazioni, tenuto conto che l'interesse pubblico sottostante è l'apertura del mercato attraverso l'ammissione alla gara di tutti i concorrenti per i quali si possa raggiungere un giudizio complessivo di affidabilità[19].. Anche in questo caso vale quanto già osservato per il fatturato globale relativamente ai mezzi di prova.

Relativamente al requisito dell'organico medio annuo, si ritiene che negli appalti aventi ad oggetto i servizi postali lo stesso non possa essere individuato quale requisito di partecipazione, ma debba essere più propriamente qualificato come condizione di esecuzione del contratto.
Infatti, stante la particolare modalità di esecuzione del servizio postale, non sempre i requisiti di partecipazione possono essere mutuati da quelli previsti per gli appalti di servizi dall'art. 42 del Codice. Nel mercato postale il requisito dell'organico medio annuo nel triennio precedente, specie per gli appalti di particolari dimensioni, potrebbe essere posseduto solo dall'ex monopolista e da pochi *competitors* per determinati ambiti territoriali. La richiesta del possesso del requisito dell'organico medio basato sul dato storico può, quindi, limitare la partecipazione alla gara. Tuttavia, considerato che l'operatore economico deve dimostrare la capacità di poter gestire il numero di invii posti a base di gara, la stazione appaltante potrebbe richiedere, a garanzia dell'affidabilità dell'offerente, la dimostrazione del possesso di una quota di organico, che deve essere proporzionata al numero di invii previsti, al fine di evitare di penalizzare eccessivamente la partecipazione alle gare.
Il possesso dell'organico necessario per espletare il servizio deve essere invece considerato quale condizione di esecuzione, per cui l'aggiudicatario si impegna, successivamente all'aggiudicazione, ad organizzarsi in maniera tale da raggiungere il livello di dotazione organica richiesto dal contratto di appalto, dotazione che dovrà essere opportunamente certificata al momento della sottoscrizione del contratto e mantenuta per tutta la durata dello stesso. La stazione appaltante dovrà ovviamente esercitare tutte le opportune forme di controllo per verificare se la condizione di esecuzione si sia verificata nonché se i contratti di lavoro stipulati dall'aggiudicatario siano regolari.
Nel corso del tavolo tecnico è stato proposto che l'organico minimo debba rispettare la seguente proporzione[20](naturalmente l'amministrazione aggiudicatrice potrà indicare valori differenti a seguito di un'analisi delle caratteristiche del servizio e del territorio da coprire):

- un addetto ogni 120.000 pezzi di ordinaria da spedire nell'arco dell'anno;
- un addetto ogni 30.000 pezzi di raccomandata da spedire nell'arco di un anno;
- un addetto ogni 17.143 pezzi di notifiche eseguite a mezzo di messo comunale, da spedire nell'arco di un anno.

Per quanto riguarda la descrizione delle attrezzature tecniche, l'Autorità ha già avuto modo di affermare che anche la fissazione del requisito del possesso delle attrezzature tecniche da garantire al momento della stipula non deve essere illogico e non avere l'effetto di limitare la partecipazione alla gara. Infatti, i principi di non discriminazione e parità di trattamento che 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 locale[21].
Relativamente ai mezzi di prova del possesso dei requisiti di carattere speciale, la nuova direttiva 2014/24/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014 sugli appalti pubblici, che abroga la direttiva 2004/18/CE, all'art. 60 comma 3 prevede che di norma la prova della capacità economica e finanziaria dell'operatore economico possa essere fornita mediante una o più referenze elencate nell'Allegato XII Parte I della direttiva stessa. Tuttavia, l'operatore economico che per fondati motivi non è in grado di presentare le referenze chieste dall'amministrazione aggiudicatrice è autorizzato a provare la propria capacità economica e finanziaria mediante un qualsiasi altro documento considerato idoneo dall'amministrazione aggiudicatrice.

9 Criteri di aggiudicazione

Si ritiene che il criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa debba costituire la modalità privilegiata per l'aggiudicazione degli appalti di servizi postali.
L'offerta economicamente più vantaggiosa è, infatti, l'unico criterio di selezione idoneo a valorizzare le soluzioni sia dal punto di vista operativo che da quello economico, con il massimo vantaggio per la stazione appaltante.
Anche a livello comunitario le nuove direttive emanate nel 2014[22] prevedono come criterio ordinario di aggiudicazione degli appalti pubblici quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa. L'offerta economicamente più vantaggiosa è individuata sulla base del prezzo o del costo, seguendo un approccio costo/efficacia, quale il costo del ciclo di vita, e può includere il miglior rapporto qualità/prezzo, valutato sulla base di criteri, quali gli aspetti qualitativi, ambientali e/o sociali, connessi all'oggetto dell'appalto.
Nel rimandare a quanto già indicato in generale dall'Autorità in merito all'offerta economicamente più vantaggiosa per i servizi e forniture nella determinazione n. 7 del 24 novembre 2011, si evidenzia che ciascuna stazione appaltante deve individuare i parametri e i relativi criteri di attribuzione del punteggio sulla base delle proprie necessità. Ad esempio, se vi sono ragioni di particolare urgenza nel recapito, dovrebbero essere maggiormente premiate quelle offerte che permettano una riduzione dei tempi proposti in sede di gara.
Considerata la particolare natura del servizio postale, nel quale di fatto solo un operatore può al momento disporre di una rete capillare su tutto il territorio nazionale, potrebbero formare oggetto di valutazioni eventuali soluzioni alternative per il recapito. Ad esempio, per quanto riguarda i punti di giacenza per il ritiro della corrispondenza inesitata, si potrebbero premiare con un maggior punteggio tecnico quegli operatori che presentino un maggior numero di punti di giacenza, aventi determinate caratteristiche di sicurezza e riservatezza, o prevedano soluzioni per la gestione dell'inesitato da realizzarsi tramite il contatto con il cliente e/o un secondo recapito previo appuntamento.
Per gli appalti di maggiori dimensioni, le stazioni appaltati possono valutare l'opportunità di attribuire un punteggio aggiuntivo e proporzionato alle imprese in possesso del *rating* di legalità rilasciato dall'Agcm ai sensi dell'art. 5 ter decreto-legge 24.1. 2012, n. 1[23], o di certificazioni equivalenti rilasciati alle imprese straniere da altri organismi o autorità pubbliche. Ciò poiché possono richiedere il rating di legalità esclusivamente le imprese italiane con un fatturato superiore ai due milioni di euro. Pertanto, al fine di garantire l'effettiva partecipazione alle gare, a parità di condizioni, delle piccole e medie imprese, si suggerisce di introdurre tale criterio di valutazione esclusivamente per gli appalti per i quali il fatturato minimo di partecipazione, per le imprese che partecipano anche in qualità di mandatarie, sia superiore a tale soglie.
Il rating di legalità, infatti, rientra nel più ampio contesto delle misure volte a contrastare i comportamenti illegali delle imprese ed il fenomeno della corruzione negli appalti pubblici, nonché le interferenze delle organizzazioni criminali con l'attività di impresa che possono ostacolare il corretto operare dei meccanismi del mercato postale.

10 Penali

Si ritiene che le penali debbano essere commisurate alla tipologia ed all'entità complessiva dell'affidamento. A tal fine, i controlli devono essere effettivi e garantire il rispetto delle previsioni di gara e dell'offerta presentata dall'aggiudicatario. L'autocontrollo fornito dagli operatori sulla base della certificazione dell'avvenuta consegna può essere un metodo a condizione che la stazione appaltante sia in grado di verificare la corrispondenza di quanto certificato con l'effettiva prestazione offerta.
Nella definizione delle penali si dovrà tenere altresì conto della corrispondenza postalizzata a carico dell'affidatario, per la quale si dovrà tener conto che i tempi di consegna di Poste sfuggono al controllo dell'affidatario stesso. 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.

Il fornitore del servizio universale, invece, risponderà esclusivamente per eventuali inadempienze in base alla normativa vigente in materia di qualità del servizio universale.

Il Presidente: Raffaele Cantone

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data: 23 dicembre 2014

Il segretario: Maria Esposito

1 In particolare, per quanto concerne la verifica dei requisiti di ordine generale si veda la determinazione n. 1 del 16 maggio 2012; per quanto concerne l'offerta economicamente più vantaggiosa nei servizi e forniture si veda la determinazione n. 7 del 24 novembre 2011. Utili indicazioni possono essere trovate anche nei bandi tipo predisposti dall'Autorità ai sensi dell'art. 64, comma 4 bis, del decreto legislativo 12 aprile 2006 n. 163.

2 La direttiva 97/67/CE è stata recepita dal decreto legislativo 22 luglio 1999, n. 261 (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), mentre la direttiva 2002/39/CE è stata recepita dal decreto legislativo 23 dicembre 2003, n. 384 (Attuazione della direttiva 2002/39/CE che modifica la direttiva 97/67/CE relativamente all'ulteriore apertura alla concorrenza dei servizi postali della Comunità).

3 Il servizio universale postale ricomprende una serie di servizi essenziali da fornire, a prezzi accessibili, a tutti gli utenti su tutto il territorio nazionale. Il servizio postale universale, ai sensi dell'articolo 3 del d. lgs 261/1999, comprende la raccolta, il trasporto, lo smistamento e la distribuzione degli invii postali fino a 2 kg, ivi compresi gli invii raccomandati e assicurati, e dei pacchi fino a 20 kg.

4 L'art. 4 del d.lgs. 261/1999, nel testo risultante a seguito delle modifiche apportate dall'art. 1 del d.lgs. 58/2011, prevede che i servizi inerenti le notificazioni di atti a mezzo posta connesse con la notificazione di atti giudiziari di cui alla legge 20 novembre 1982, n. 890 nonché i servizi inerenti le notificazioni a mezzo posta di cui all'art. 201 del decreto legislativo 30 aprile 1992, n. 285 (violazioni in materia di codice della strada) sono affidati in regime di esclusiva al fornitore designato del servizio universale, Poste Italiane, per finalità di ordine pubblico.

5 Tale norma, all'art. 1 comma 51, prevede che, al fine di semplificare le procedure amministrative, le pubbliche amministrazioni possono stipulare convenzioni con soggetti pubblici e privati per il trasferimento su supporto informatico degli invii di corrispondenza da e per le pubbliche amministrazioni.

6 Parere di precontenzioso AG 18/12 del 13 settembre 2012.

7 Si veda il bando Consip del 10.8.2012 «Gara per l'affidamento dei servizi postali per la gestione della corrispondenza per l'INAIL CIG Lotto 1: 4478631B35; CIG Lotto 2: 4478650AE3», consultabile in http://www.consip.it.

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

9 L'art. 10, comma 1, n. 16 del d.p.r. 26 ottobre 1972, n. 633 (Istituzione e disciplina dell'imposta sul valore aggiunto) come modificato dall'art. 2, comma 4 bis, del decreto legge 25 marzo 2010, n. 40, convertito in L. 22 maggio 2010, n. 73, disponeva che sono esenti dall'IVA «le prestazioni del servizio postale universale, nonché le cessioni di beni e le prestazioni di servizi a queste accessorie, effettuate dai soggetti obbligati ad assicurarne l'esecuzione».

10 Disposizioni urgenti per il settore agricolo, la tutela ambientale e l'efficientamento energetico dell'edilizia scolastica e universitaria, il rilancio e lo sviluppo delle imprese, il contenimento dei costi gravanti sulle tariffe elettriche, nonché per la definizione immediata di adempimenti derivanti dalla normativa europea.

11 La norma modifica il d.p.r. 26 ottobre 1972, n. 633, articolo 10, primo comma n. 16.

12 Come meglio spiegato nella relazione AIR, si ritiene che in tal senso vada interpretata la deliberazione Agcom 728/13/Cons.

13 Determinazione n. 4 del 10 ottobre 2012 e Comunicato del Presidente Anac del 3 settembre 2014.

14 Cons. St., sez. III, 5 febbraio 2013 n. 689; Tar Lazio, sez. III, 9 aprile 2013 n. 3558.

15 Parere di Precontenzioso n. 122 del 19 luglio 2012 e Tar Lazio, sez. ITer, 9.dicembre 2010 n. 35960.

16 Parere sulla Normativa AG 8/13 del 3 luglio 2013, Cons. St. sez. VI, 21.5.2013, n. 2725.

17 Con il Parere di Precontenzioso n. 129 del 24 luglio 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 aprile 2008, n. 1424).

18 Sono fatte salve sin d'ora le determinazioni che saranno adottate dall'Agcom al termine dell'istruttoria per l'adozione del "*Regolamento in materia di titoli abilitativi nel settore postale*" (delibera n. 485/14/Cons del 23 settembre 2014, pubblicata il 10 ottobre 2014 sul sito www.agcom.it).

19 Parere di precontenzioso n. 120 del 17 luglio 2013. Nel caso dei servizi postali possono essere considerati come analoghi i servizi prestati sempre nell'ambito del settore postale, diversi però da quelli specifici oggetto del bando. Ciò vale di regola, a meno che non siano richieste particolari condizioni di esecuzione (quali data e ora certa, firma delle ricevuta, ecc.).

20 I dati sono stati forniti da Fise Are.

21 Deliberazione n. 40 del 19 dicembre 2013.

22 Direttiva 2014/24/UE sugli appalti pubblici, cit.; direttiva 2014/25/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014 sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali e che abroga la direttiva 2004/17/CE; direttiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014 sull'aggiudicazione dei contratti di concessione.

23 convertito, con modificazioni, dalla legge 24 marzo 2012, n. 27. Sul *rating* di legalità si veda anche la delibera dell'Agcm del 14 novembre 2012 n. 24075 ed il decreto del Ministero dell'Economia e delle Finanze e dello Sviluppo economico del 20 febbraio 2014 n. 57.