

AS2034 - MILANO SERRAVALLE-MILANO TANGENZIALI SPA - GARA EUROPEA PER L'AFFIDAMENTO DEL SERVIZIO DI IMBUSTAMENTO, STAMPA E RECAPITO CORRISPONDENZA

Roma, 18 luglio 2024

Milano Serravalle - Milano Tangenziali S.p.A. a socio unico

L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, nella propria riunione del 16 luglio 2024, ha deliberato di esprimere un parere, ai sensi dell'articolo 22 della legge 10 ottobre 1990, n. 287, con riguardo al Bando di gara d'appalto, indetta da Milano Serravalle - Milano Tangenziali S.p.A. a socio unico (di seguito, Stazione Appaltante) ai sensi dell'articolo 71 del D.lgs. n. 36/2023, i.e. il nuovo Codice dei contratti pubblici (di seguito, "Codice"), per l'affidamento del servizio di stampa, imbustamento, predisposizione dei plichi e recapito della corrispondenza, e a ogni altro atto presupposto e conseguente.

In particolare, l'atto in questione, con cui codesta Stazione Appaltante ha definito le modalità e le condizioni di partecipazione alla procedura di gara, nonché i criteri di valutazione applicabili, appare presentare aspetti suscettibili di porsi in potenziale conflitto con i principi di libera concorrenza, parità di trattamento e non discriminazione tra operatori economici.

Più precisamente, ad avviso dell'Autorità, alcune previsioni presenti nella documentazione di gara appaiono in grado di incidere sul corretto funzionamento della concorrenza. Si fa riferimento, in particolare, alle seguenti disposizioni della *lex specialis*:

- i. la previsione di un unico lotto relativo all'intero territorio nazionale di cui all'articolo 3 del Disciplinare di gara;
- ii. la previsione per il recapito di una copertura diretta geografica pari al 70% del territorio nazionale richiesta quale requisito agli operatori economici di capacità tecnica e professionale all'articolo 6.3, lettera b), del Disciplinare di gara;
- iii. la previsione, direttamente collegata a quella precedente, contenuta nell'articolo 8 del Disciplinare di Gara, ove si consente il subappalto ovvero l'assegnazione al Fornitore del Servizio Universale solo per il 30% o meno della corrispondenza conferita.

Con riferimento alla prima previsione, la medesima appare contraria al *favor* del Legislatore europeo e italiano per la suddivisione dell'appalto in lotti, che assurge a obbligo al più derogabile solo in forza di specifica e congrua motivazione espressa nella documentazione di gara, circostanza che peraltro non appare riscontrata nel caso di specie. Le dimensioni economiche della procedura di gara - pari a 360.000 euro IVA esclusa - avrebbero dovuto indurre codesta Stazione Appaltante a privilegiare un disegno di gara compatibile in primo luogo con una divisione in più lotti territoriali, quantomeno in un lotto riferito alla Regione Lombardia e in un lotto per le restanti destinazioni dei solleciti dei mancati pagamenti del pedaggio nel territorio italiano, per non restringere la partecipazione alla gara a detrimento dei principi di concorrenza, *favor participationis*, ragionevolezza e proporzionalità. La suddivisione in lotti, infatti, con conseguente riduzione del valore dei contratti, incentiverebbe la partecipazione alla procedura di gara anche degli operatori di minori dimensioni.

Inoltre, codesta Stazione Appaltante avrebbe dovuto prevedere anche una distinzione in lotti funzionali, vale a dire, da un lato, quelli di stampa e imbustamento e, dall'altro, quelli di recapito. Da un punto di vista merceologico, infatti, l'accorpamento (*bundling*) di servizi afferenti a diverse fasi della lavorazione dei plichi da spedire via posta si pone in contrasto con la finalità, propria della normativa euro-unitaria relativa alle procedure ad evidenza pubblica, di favorire il più ampio accesso degli operatori economici al mercato delle commesse pubbliche, a prescindere dalla dimensione dell'impresa e dalla realizzazione di scelte strategiche di tipo strutturale. La previsione di un unico lotto (anche) funzionale ostacola in maniera ingiustificata la partecipazione delle imprese di dimensioni minori, non integrate verticalmente su tutta la filiera e non attive, se non limitatamente, nell'erogazione dei servizi di recapito.

Ancorché la previsione di un unico lotto territoriale e funzionale possa presentare alcuni vantaggi organizzativi per codesta Stazione Appaltante, consentendo alla stessa di interfacciarsi con un unico referente per l'espletamento dell'intera gamma dei servizi postali aggiudicati, vale comunque osservare che la presenza di tali vantaggi non è sufficiente a controbilanciare il *vulnus* concorrenziale connesso alla forte limitazione della partecipazione discendente dalla mancata divisione in lotti funzionali dei servizi messi a gara.

Il possibile pregiudizio alla concorrenza risulta ulteriormente rafforzato nel caso in esame dalla previsione, quale requisito di capacità tecnica e professionale, di una copertura diretta geografica per il recapito di almeno il 70% del territorio nazionale (articolo 6.3, lettera b), del Disciplinare di gara).

Tale previsione avvantaggia gli operatori che possono vantare una copertura diretta territoriale capillare, così da determinare un ulteriore pregiudizio al corretto dispiegarsi delle dinamiche competitive nell'espletamento della

procedura di gara, non consentendo la più ampia partecipazione. Ciò, in quanto solo il Fornitore del Servizio Universale può garantire una copertura capillare del territorio nazionale.

Ciò risulta, peraltro, recentemente confermato dal Giudice Amministrativo di secondo grado¹ che, in riferimento al caso S4408 - *Inps/Gara servizio di recapito e di gestione della corrispondenza non automatizzata*, ove sussisteva in particolare un lotto nazionale che prevedeva una copertura diretta dell'80%, ha sancito quanto segue, sulla base della considerazione della diffusione sul territorio nazionale delle c.d. aree EU2, *i.e.* le aree di recapito ove non sussistono le condizioni per una rete alternativa a quella del Fornitore del Servizio Universale, che quindi solo Poste Italiane S.p.A. è in grado di raggiungere, in quanto compensata economicamente dallo Stato Italiano. Tale circostanza per il Giudice Amministrativo: *"incide sull'effettiva possibilità per l'operatore economico di garantire la 'diretta copertura' dell'ambito territoriale indicato nel lotto, pur costituendo una R.T.I. o avvalendosi del subappalto. Infatti, dalla totalità delle aree coperte dai vari operatori economici diversi da Poste Italiane, dovrebbero, comunque, sottrarsi le zone EU2 che non sono coperte dalle reti di questi operatori. Da ciò deriva la sostanziale impossibilità di garantire la copertura diretta del lotto nelle percentuali indicate dalla stazione appaltante [...]"*.

Proprio in considerazione di ciò le Linee Guida ANAC-AGCOM sull'affidamento dei servizi postali², all'articolo 3, comma 4, indicano come possibile percentuale di copertura con riferimento all'ambito "nazionale" un valore del 50%, ben inferiore a quanto richiesto dalla Stazione Appaltante nella *lex specialis* all'esame. Inoltre, al fine di ridurre i meccanismi distorsivi conseguenti alla presenza sul mercato del Fornitore del Servizio Universale (FSU), all'articolo 3, al comma 2, le Linee Guida ANAC-AGCOM raccomandano in ogni caso che *"la copertura [sia] calcolata nel rispetto dei principi di proporzionalità e non eccedenza rispetto all'oggetto dell'affidamento, in base ai volumi di corrispondenza risultanti dai flussi storici, distinti per tipologia di prodotto e destinazione. In mancanza di dati utili a tal fine, sono presi in considerazione i soggetti residenti per comuni e province, sulla base dei dati desumibili dalle rilevazioni Istat"*, e al comma 3 che *"l'individuazione dei livelli minimi di copertura e del punteggio attribuibile per la copertura offerta [sia] effettuata sulla base di adeguate analisi di mercato, assicurando il rispetto dei principi di proporzionalità e ragionevolezza e i limiti della pertinenza e congruità rispetto all'oggetto della gara"*.

Conseguentemente, anche la previsione contenuta nell'articolo 8 del Disciplinare di Gara, che consente, alla luce della previsione di copertura diretta almeno al 70%, il subappalto solo per il restante 30% (o meno) della corrispondenza conferita, appare pregiudizievole sotto il profilo concorrenziale. La circostanza che codesta Stazione Appaltante abbia chiarito che gli accordi continuativi di cooperazione sono esclusi dall'ambito applicativo di questa disposizione (in quanto non rientranti nel novero dell'istituto del subappalto in ossequio al richiamato atto di interpretazione AGCM-AGCOM-ANAC del 2 gennaio 2024 relativo all'articolo 119, comma 3, lett. d) del Codice), non appare mitigarne in alcun modo la portata anticoncorrenziale, incidendo solo sulla quantificazione della percentuale di subappalto ai fini della rilevazione del non superamento della soglia concessa, ma non sulla percentuale minima di copertura diretta richiesta (nella quale tali accordi non rientrano), che rimane eccessiva.

L'Autorità ritiene, pertanto, che le disposizioni della *lex specialis* sopra individuate, nella misura in cui ostacolano significativamente e in modo ingiustificato la più ampia partecipazione alla procedura, siano suscettibili di porsi in potenziale conflitto con i principi di libera concorrenza, parità di trattamento e non discriminazione tra operatori economici, in contrasto con i principi concorrenziali di cui all'articolo 41 della Costituzione e agli articoli 49 e 56 del TFUE, nonché con i principi di matrice europea in materia di evidenza pubblica stabiliti dagli articoli 1 e 58 del Codice.

In conclusione, codesta Stazione Appaltante, per consentire una più ampia partecipazione e una maggiore competizione, avrebbe dovuto nel disegno di gara prevedere:

- i) la suddivisione dell'appalto in lotti sia territoriali che funzionali, quantomeno in due lotti riferiti alla Regione Lombardia - uno per la stampa e l'imbustamento e uno per il recapito dei solleciti dei mancati pagamenti del pedaggio - e altri due analoghi lotti per le restanti destinazioni dei solleciti;
- ii) un requisito di copertura territoriale diretta inferiore a quello attuale.

Sulla base di quanto precede, l'Autorità auspica che codesta Stazione Appaltante tenga conto di quanto sopra rappresentato e indicato al fine di aumentare la concorrenza nel mercato in occasione di nuove procedure di affidamento del servizio di stampa, imbustamento, predisposizione dei plichi e del servizio recapito dei solleciti dei mancati pagamenti del pedaggio.

Il presente parere sarà pubblicato sul Bollettino dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato. Eventuali esigenze di riservatezza dovranno essere manifestate all'Autorità entro trenta giorni dalla ricezione del presente parere, precisandone i motivi.

IL PRESIDENTE
Roberto Rustichelli

¹ [Cfr. sentenza del Consiglio di Stato n. 03641/2024 del 22 aprile 2024.]

² [Linee Guida ANAC-AGCOM n. 16 per l'affidamento degli appalti pubblici di servizi postali, approvate con Delibera ANAC n. 185 del 13 aprile 2022 e delibera AGCOM n. 116/22/CONS del 13 aprile 2022.]