

**APPALTI: Contratti della p.a. - Appalto servizi - Servizi postali - Linee Guida - Aggiornamento delle Linee Guida n. 3 del 2014 - Parere del Consiglio di Stato.**

**Cons. Stato, Sez. atti normativi, 3 agosto 2021, n. 1369**

*“[...] L’aggiornamento delle linee guida n. 3 del 2014 – espone l’ANAC - si è reso necessario, oltre che in ragione delle novità normative sopravvenute, anche per porre rimedio ad alcune criticità nella predisposizione dei bandi di gara che sono apparse di ostacolo all’effettiva apertura del mercato dei servizi postali e delle notifiche a mezzo posta di atti giudiziari e infrazioni al codice della strada, finendo per favorire il gestore del servizio universale, funzionando da barriere all’accesso (in particolare, per quanto attiene alla richiesta di requisiti di copertura sproporzionati rispetto al servizio richiesto e alla valorizzazione, ai fini della valutazione dell’offerta, dei soli punti di giacenza, senza considerare modalità alternative di consegna nel caso di esito negativo del primo tentativo).*

*3. Le nuove linee guida (di seguito denominate “Linee guida”), inoltre, aggiunge l’Autorità richiedente, affrontano diversi temi, fornendo soluzioni non vincolanti al fine di assicurare la corretta applicazione della normativa sulla contrattualistica pubblica e favorire la diffusione di best practice (riguardo, in particolare, al requisito dell’organico medio e a taluni profili relativi alla notifica degli atti giudiziari e delle violazioni al codice della strada) [...]”.*

**NUMERO AFFARE 00769/2021**

**OGGETTO:**

Autorità nazionale anticorruzione.

Linee guida di aggiornamento della determinazione n. 3 del 9/12/2014 recante «Linee guida per l’affidamento degli appalti pubblici di servizi postali»;

**LA SEZIONE**

Vista la nota n. I.0021455 del 25 giugno 2021 con la quale il Presidente dell’Autorità nazionale anticorruzione (ANAC) ha chiesto il parere di questo Consiglio di Stato sullo schema di atto di regolazione, recante l’aggiornamento della deliberazione ANAC n. 3 del 9 dicembre 2014 avente ad oggetto l’affidamento dei servizi postali, elaborato congiuntamente all’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni;

Esaminati gli atti e udito il relatore, consigliere Paolo Carpentieri;

Premesso:

1. Con la nota n. I.0021455 del 25 giugno 2021 il Presidente dell’Autorità nazionale anticorruzione (di seguito denominata “ANAC”) ha chiesto il parere di questo Consiglio di Stato - *in ragione della generalità e della rilevanza delle questioni trattate nonché dell’impatto erga omnes di tale atto* - sullo schema di atto di regolazione recante l’aggiornamento della deliberazione ANAC n. 3 del 9 dicembre 2014 avente ad oggetto l’affidamento dei servizi postali, elaborato congiuntamente all’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (di seguito denominata AGCom) e corredato da una relazione AIR, da una relazione illustrativa e dai contributi pervenuti nell’ambito della consultazione pubblica appositamente esperita.
2. L’aggiornamento delle linee guida n. 3 del 2014 – espone l’ANAC - si è reso necessario, oltre che in ragione delle novità normative sopravvenute, anche per porre rimedio ad alcune criticità nella predisposizione dei bandi di gara che sono apparse di ostacolo all’effettiva apertura del mercato dei servizi postali e delle notifiche a mezzo posta di atti giudiziari e infrazioni al codice della strada, finendo per favorire il gestore del servizio universale, funzionando da barriere all’accesso (in particolare, per quanto attiene alla richiesta di requisiti di copertura sproporzionati rispetto al servizio richiesto e alla valorizzazione, ai fini della valutazione dell’offerta, dei soli punti di giacenza, senza considerare modalità alternative di consegna nel caso di esito negativo del primo tentativo).
3. Le nuove linee guida (di seguito denominate “Linee guida”), inoltre, aggiunge l’Autorità richiedente, affrontano diversi temi, fornendo soluzioni non vincolanti al fine di assicurare la corretta applicazione della normativa sulla contrattualistica pubblica e favorire la diffusione di *best practice* (riguardo, in particolare, al requisito dell’organico medio e a taluni profili relativi alla notifica degli atti giudiziari e delle violazioni al codice della strada).
4. L’ANAC ha qui trasmesso altresì copia del parere espresso dall’Autorità garante della concorrenza e del mercato (di seguito denominata “AGCM”) con nota acquisita al protocollo dell’ANAC n. 41482 del 21 maggio 2021, parere nel quale quella Autorità ha espresso anche talune perplessità o diversi punti di vista, in particolare con riferimento alle indicazioni sulla copertura del servizio e sul requisito dell’organico medio, nonché in ordine alle posizioni assunte in merito alla notifica degli atti giudiziari e delle violazioni al codice della strada.

Considerato:

#### A. Profili formali e procedurali

1. Si riferisce nella nota di trasmissione e nella relazione illustrativa che lo schema di nuove Linee guida è stato elaborato dall'ANAC in collaborazione con l'AGCom, in ragione della speciale competenza di quest'ultima Autorità indipendente stabilita dal decreto legge 6 dicembre 2011, n. 201 (come convertito dalla legge n. 214 del 22 dicembre 2011). Occorre a tal proposito svolgere alcune considerazioni circa la natura e l'imputazione dell'atto qui all'esame della Sezione, in relazione alla competenza esercitata.

1.1. L'AGCom è subentrata nelle funzioni di autorità nazionale di regolamentazione per il settore postale di cui all'articolo 22 della direttiva 97/67/CE già attribuite all'Agenzia nazionale di regolamentazione del settore postale istituita dall'art. 2 del d.lgs. 22 luglio 1999, n. 261 (recante *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*), poi soppressa dall'art. 21, comma 13, del decreto-legge 6 dicembre 2011, n. 201, convertito, con modificazioni, dalla legge 22 dicembre 2011, n. 214 (giusta quanto disposto nell'allegato A al medesimo art. 21, che indica l'AGCom come "*Ente incorporante*" rispetto alla soppressa Agenzia nazionale di regolamentazione del settore postale).

1.2. L'art. 2 del d.lgs. n. 261 del 1999 attribuiva alla neocostituita Autorità nazionale di regolamentazione del settore postale, tra le altre, le seguenti funzioni (qui rilevanti): "*adozione di provvedimenti regolatori in materia di accesso alla rete postale e relativi servizi, determinazione delle tariffe dei settori regolamentati e promozione della concorrenza nei mercati postali*" [art. 2, comma 4, lettera d)]; "*analisi e monitoraggio dei mercati postali, con particolare riferimento ai prezzi dei servizi, anche mediante l'istituzione di un apposito osservatorio*" [lettera d) stesso comma]. Tali previsioni funzionali, non abrogate, devono ritenersi oggi trasferite in capo all'AGCom. Inoltre, la legge annuale per il mercato e la concorrenza 4 agosto 2017, n. 124, dopo aver abolito l'esclusiva riservata al fornitore del servizio universale dei servizi inerenti alle notificazioni di atti a mezzo posta connesse con la notificazione di atti giudiziari di cui alla legge 20 novembre 1982, n. 890, nonché dei servizi di notificazione a mezzo posta delle violazioni in materia di codice della strada, ha demandato (art. 1, comma 58) all'AGCom la determinazione degli specifici requisiti e obblighi per il rilascio delle licenze individuali relative ai suddetti servizi liberalizzati, nonché dei requisiti relativi all'affidabilità, alla professionalità e all'onorabilità di

coloro che richiedono la licenza individuale per la fornitura dei medesimi servizi (deliberazione AGCom 20 febbraio 2018, n. 77/18/CONS).

1.3. Riferisce inoltre l'ANAC, nella nota di richiesta di parere, che le Linee guida portate all'esame di questo Consiglio di Stato sono adottate ai sensi di un doppio e congiunto riferimento normativo, ovvero: dell'articolo 213, comma 2, del codice dei contratti pubblici (decreto legislativo n. 50 del 2016) e dell'art. 21, comma 13 (e tabella allegata), del decreto-legge 6 dicembre 2011, n. 201 (come convertito dalla legge n. 214 del 22 dicembre 2011), che ha designato l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni quale autorità nazionale di regolamentazione per il settore postale ai sensi dell'art. 22 della direttiva 97/67/CE.

1.4. la Sezione osserva al riguardo che – sulla base di questa prospettazione e dei riferimenti normativi sopra esaminati – le Linee guida in esame presentano una base giuridica mista o composita, poggiando a un tempo sui poteri di “regolazione flessibile” attribuiti all'ANAC dal codice dei contratti pubblici (quale strumento attuativo delle sue funzioni di vigilanza e controllo e di regolazione nella materia dei contratti pubblici), e sui poteri già propri dell'Autorità nazionale di regolamentazione del settore postale, oggi attribuiti all'AGCom (e, in particolar modo, quelli, sopra richiamati, di *promozione della concorrenza nei mercati postali*” e di *analisi e monitoraggio dei mercati postali, con particolare riferimento ai prezzi dei servizi, anche mediante l'istituzione di un apposito osservatorio*”).

1.5. L'ANAC indica, quale soluzione di questo profilo, l'elaborazione “congiunta” delle nuove Linee guida (*“L'Autorità Nazionale Anticorruzione, da me presieduta, e l'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni hanno avviato congiuntamente le attività finalizzate all'aggiornamento della deliberazione ANAC n. 3 del 9/12/2014”*). Alla stessa stregua nella relazione illustrativa si afferma che *“Tenuto conto dell'importanza rivestita dal settore postale sia nel mercato interno sia a livello comunitario, le Autorità competenti hanno ritenuto opportuno procedere congiuntamente all'emanazione di un atto a carattere generale”*. Tuttavia lo schema di atto qui trasmesso risulta a firma del solo Presidente dell'ANAC (ancorché redatto su carta intestata con il logo di entrambe le Autorità). Di converso le precedenti Linee guida del 2014 risultano adottate con determinazione n. 3 del 9 dicembre 2014 del Presidente dell'ANAC e la partecipazione dell'AGCom risulta esser stata risolta, in quella sede, mediante il suo coinvolgimento (*“quale Autorità preposta alla regolamentazione e vigilanza del settore postale”*) nei lavori di un apposito tavolo tecnico, al quale hanno partecipato anche Poste Italiane s.p.a., le maggiori associazioni rappresentative degli operatori privati e alcuni operatori privati in proprio.

1.6. Ora, a giudizio della Sezione occorre che l’Autorità proponente sciogla tale dubbio, optando chiaramente per una delle due alternative percorribili: quella di un atto proprio e autonomo, sentita l’AGCom; oppure quella consistente nell’adozione di un atto soggettivamente complesso, intestato ad entrambe le Autorità, adottato secondo i rispettivi ordinamenti interni. Entrambe le soluzioni testé indicate appaiono, come detto, in astratto percorribili, anche se innegabilmente la seconda risulta essere più coerente con il sistema, posta la convergenza e la coesistenza, *in subiecta materia*, di competenze proprie di entrambe le Autorità coinvolte.

1.7. La Sezione è consapevole della possibile obiezione formale – potenzialmente ostativa all’adozione di un atto soggettivamente complesso – consistente nel rilievo della “atipicità” di un siffatto atto congiunto, che mescolerebbe insieme titoli di competenza per certi aspetti eterogenei, ma ritiene, dopo approfondito esame, che tale obiezione sia superabile.

Ciò in forza della duplice considerazione che, da un lato, i poteri di regolazione oggi intestati all’AGCom, quale Autorità di regolamentazione del settore postale, includono senz’altro, anche implicitamente, un potere di adozione di atti di indirizzo e di raccomandazioni di carattere generale non vincolanti, dall’altro lato che l’oggettivo intreccio delle materie e delle competenze rende sicuramente preferibile l’emanazione di un atto unico, in luogo di una altrimenti inevitabile duplicazione di atti, comunque diversi, per quanto coordinati e convergenti.

Inoltre, tale modalità nuova di esercizio dei poteri di *soft regulation* – in un settore tradizionalmente “aperto” e sensibile alle continue evoluzioni del mercato – sembra poter valorizzare e rendere operativo il principio di leale collaborazione tra Istituzioni indipendenti, facendo confluire i loro distinti poteri di intervento in un provvedimento unitario, coerente, condiviso, ispirato a principi di *better regulation*, più solido nelle implicazioni sistemiche.

Ritiene pertanto la Sezione che, senza alcun *vulnus* per l’autonomia e la piena salvaguardia delle rispettive sfere di competenza, le due Autorità qui coinvolte possano anche, nell’ambito delle loro autonome valutazioni, optare per l’adozione di un atto congiunto, soggettivamente complesso, fermo restando che tale possibilità trova nella specifica fattispecie qui esaminata – e, segnatamente, nel doppio titolo normativo di attribuzione, già sopra più volte richiamato – forti e del tutto particolari ragioni, che rendono, verosimilmente, questa modello di ibridazione scarsamente ripetibile. Con l’ulteriore precisazione per cui, in futuro, a fronte di sopravvenienze o, comunque, di mutamenti fattuali e giuridici rilevanti della materia o del suo ambito di contesto, nulla preclude alle singole Autorità di tornare a pronunciarsi su queste tematiche esercitando autonomamente i propri, rispettivi poteri.

2. Venendo al profilo della qualificazione oggettiva dell'atto, si tratta, come si è già anticipato, di uno strumento di regolazione flessibile – ex art. 203, comma 2, del codice dei contratti pubblici – volto a garantire la promozione dell'efficienza, della qualità dell'attività delle stazioni appaltanti, dell'omogeneità dei procedimenti amministrativi e lo sviluppo delle migliori pratiche. Si tratta, pertanto, di un atto privo di efficacia normativa vincolante, per il quale il parere di questo Consiglio di Stato ha natura solo facoltativa (sulla tassonomia e sull'annesso regime giuridico dei diversi atti di regolazione dell'ANAC, nell'ambito di contratti pubblici, si rinvia al parere di questa Sezione n. 2189/19 del 29 luglio 2019). Inviando lo schema di nuove Linee guida per il parere facoltativo di questo Consiglio di Stato, l'ANAC mostra, e su ciò la Sezione esprime il proprio compiacimento, di voler proseguire nel solco di quella proficua collaborazione interistituzionale già positivamente sperimentata, nel quadro di un'evoluzione sostanziale delle funzioni consultive del Consiglio di Stato, anche per atti non tipici e *sui generis*, che non costituiscono un atto normativo in senso proprio, ma neppure possono configurarsi come mero oggetto di un quesito su questioni specifiche e puntuali (si richiamano al riguardo le considerazioni ampiamente svolte nel parere della Commissione speciale di questo Consiglio n. 1903/16 del 13 settembre 2016, nonché, di questa Sezione, i pareri n. 341/17 del 13 febbraio 2017 e n. 1257/17 del 29 maggio 2017).

3. Riguardo all'*iter* di elaborazione del testo, l'ANAC ha riferito dell'ampia istruttoria effettuata (*“la presente determinazione è stata preceduta dai lavori di un tavolo tecnico al quale hanno partecipato, oltre ai rappresentanti delle due Autorità, Consip, ANCI, Poste Italiane s.p.a., Nexive, CNA e Consorzio A.RE.L. – FULMINE. Sulla bozza del documento di consultazione sono state acquisite, inoltre, le osservazioni di Assopostale. Il documento di consultazione così elaborato è stato sottoposto a consultazione pubblica cui hanno partecipato Poste Italiane, Consorzio AREL, Assopostale, Fulmine, Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato, Xplor Italia”*). Sul punto la Sezione prende atto dell'ampia partecipazione assicurata agli *stakeholder* del settore e non ha rilievi da formulare.

4. Ancora sul piano formale, si osserva che l'ANAC sembra aver optato per l'integrale sostituzione delle Linee guida del 2014 con quelle qui presentate, ma senza enunciare tale scelta in modo chiaro e inequivoco e senza indicare le ragioni per le quali non si è ritenuto possibile o preferibile operare con emendamenti puntuali alle linee guida vigenti. Tale scelta, peraltro, appare in contrasto con la denominazione delle nuove Linee guida, denominate, nell'intestazione del documento, come *“di aggiornamento della determinazione n. 3 del 9/12/2014 recante «Linee guida per l'affidamento degli appalti pubblici di servizi postali»”*. Nessuna disposizione è poi contenuta nel testo per chiarire se le nuove Linee guida sostituiscono ed abrogano quelli del 2014 o si affiancano ad esse ad

integrarle. Eppure un rapido raffronto tra gli indici dei due documenti evidenzia che essi presentano pressoché i medesimi contenuti. Le nuove Linee guida sembrano, dunque, voler sostituire integralmente quelle del 2014, ma ciò non è chiarito in maniera esplicita, come sarebbe stato invece opportuno fare. Né è stato fornito un testo di raffronto idoneo a evidenziare i punti di continuità e quelli di modifica e di novità (a parte le indicazioni esplicative fornite nei documenti di accompagnamento del testo che spiegano le principali novità e le ragioni giustificatrici delle nuove previsioni).

4.1. Alla luce delle considerazioni sopra svolte in ordine all'utile cointestazione delle presenti Linee guida tra le due Autorità che hanno concorso alla elaborazione del testo, la sostituzione integrale costituisce a questo punto la soluzione più appropriata, se non quella dovuta. Di conseguenza si raccomanda un'accurata verifica della eventuale necessità di trasferire nel nuovo testo eventuali previsioni delle precedenti linee guida, non già riprodotte, che si intendessero conservare.

#### B. Profili sostanziali e contenutistici.

1. Le ragioni giustificatrici delle nuove Linee guida, che sono del tutto nuove rispetto a quelle del 2014, si indicano nella circostanza che, successivamente alla pubblicazione di quelle del 2014, oltre all'introduzione del nuovo codice dei contratti pubblici di cui al d.lgs. n. 50 del 2016, è stato abrogato (dall'art. 1, comma 57, lett. b), della legge 4 agosto 2017, n. 124) l'art. 4 del decreto legislativo n. 261 del 1999, che imponeva l'affidamento in esclusiva al fornitore del servizio universale dei servizi inerenti alle notificazioni e comunicazioni di atti a mezzo posta connesse alla notifica di atti giudiziari e i servizi inerenti alle notificazioni a mezzo posta di violazioni del Codice della strada. Inoltre, gli operatori alternativi a Poste Italiane e l'AGCom hanno segnalato alcune criticità nella predisposizione dei bandi di gara che finiscono per favorire il gestore del servizio universale, funzionando da barriere all'accesso (in particolare, per la richiesta di requisiti di copertura sproporzionati rispetto al servizio richiesto e per la valorizzazione, ai fini della valutazione dell'offerta, dei soli punti di giacenza, senza considerare modalità alternative di consegna nel caso di esito negativo del primo tentativo). Le nuove Linee guida affrontano, poi, diversi temi ulteriori, fornendo soluzioni non vincolanti al fine di assicurare la corretta applicazione della normativa sulla contrattualistica pubblica e favorire la diffusione di *best practice*.

2. In proposito la Sezione ritiene di dover evidenziare come – alla luce delle considerazioni sopra svolte circa l'intreccio di diverse competenze, ivi inclusa quella dell'AGCM, che caratterizza il campo di materia in questione – occorra che i diversi beni-interessi coinvolti, a volte tra loro

contrastanti e non sempre convergenti, trovino una composizione ragionevole e adeguata, evitando in ogni caso che l'uno possa divenire prevalente, con ingiustificato pregiudizio degli altri. In particolare, vertendosi in materia di appalti di servizi, nella quale una pubblica amministrazione, in quanto stazione appaltante, è chiamata ad acquistare un servizio strumentale all'espletamento delle sue funzioni istituzionali, occorre prestare la massima attenzione a che il pur rilevante interesse pubblico alla tutela e alla promozione del mercato e della concorrenza, non si traduca in una indebita compressione o lesione del potere-dovere istituzionale della stazione appaltante pubblica di obbedire ai canoni di buona amministrazione efficiente ed efficace e quindi di dover orientare le sue scelte verso i partner privati che le assicurino le migliori condizioni di fornitura e di svolgimento del servizio, nell'ottica economica del miglior rapporto qualità-prezzo del servizio, che costituisce pur sempre un dovere da osservare e un obiettivo da perseguire per l'amministrazione procedente, in ossequio ai principi desumibili dall'art. 97 della Costituzione.

Lo schema di Linee guida all'odierno esame della Sezione soddisfa in larga parte le suindicate esigenze, centrando per lo più – salve talune osservazioni, che seguono - un punto condivisibile di equilibrio tra i diversi interessi che concorrono *in subiecta materia*.

3. Definizione di servizi postali e oggetto delle linee guida. Lo schema di Linee guida sottoposto all'esame di questa Sezione fornisce in primo luogo un'ampia indicazione circa l'inquadramento giuridico dei servizi postali in generale (previa definizione oggettiva di tali servizi), muovendo dalla nozione rilevante, fornita dall'art. 120 del codice dei contratti pubblici. Evidenzia correttamente, poi, che tali servizi postali rientrano nell'allegato IX al codice dei contratti pubblici, con conseguente applicabilità del regime più semplice previsto dagli articoli 140 e seguenti del medesimo codice. L'Autorità, tuttavia, precisa che le presenti linee guida si applicano in realtà *“ai soli servizi di corrispondenza come definiti dall'articolo 1, comma 2, lettera g), del decreto legislativo n. 261/1999 (nel prosieguo per “servizi postali” si intenderanno i “servizi di corrispondenza”)*”.

3.1. L'art. 120 (*Servizi postali*) del codice dei contratti pubblici, dettato in tema di *Appalti nei settori speciali*, considera (lettera *b*) «servizi postali», fatto salvo quanto previsto dal decreto legislativo 22 luglio 1999, n. 261, i servizi consistenti in raccolta, smistamento, trasporto e distribuzione di invii postali (di corrispondenza, di libri, cataloghi, giornali, periodici e pacchi postali contenenti merci con o senza valore commerciale, indipendentemente dal loro peso), ivi inclusi sia i servizi che rientrano nell'ambito di applicazione del servizio universale istituito ai sensi della direttiva 97/67/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, sia quelli che ne sono esclusi. L'art. 1 (*Definizioni*) del d.lgs. n. 261 del 1999 a sua volta qualifica come «servizi postali» i *“servizi*



*che includono la raccolta, lo smistamento, il trasporto e la distribuzione degli invii postali*". Il codice dei contratti pubblici contempla, inoltre, gli «altri servizi diversi dai servizi postali» (*“servizi di gestione di servizi postali, ossia servizi precedenti l’invio e servizi successivi all’invio, compresi i servizi di smistamento della posta” e “servizi di spedizione diversi da quelli di cui alla lettera a) quali la spedizione di invii pubblicitari, privi di indirizzo”*).

3.2. Tuttavia le Linee guida in esame, analogamente a quanto già previsto in quelle del 2014, si occupano anche, in più punti (soprattutto in tema di definizione dell’oggetto dell’affidamento), del problema del c.d. *“bundling”*, ovvero dell’affidamento del servizio postale insieme ad altri servizi, a monte o a valle dello stesso [i servizi considerati dalla lettera c) - «altri servizi diversi dai servizi postali» - dell’art. 120, comma 2, del d.lgs. n. 50 del 2016, sopra già richiamati]. Così, ad esempio, nel par. 2.2, a proposito della suddivisione in lotti (*“I servizi a monte del servizio postale includono i servizi di elaborazione, composizione dei documenti, stampa e imbustamento. I servizi a valle del servizio postale includono la conservazione sostitutiva e l’archiviazione degli avvisi di ricevimento”*). Non sembra pertanto corretta la specificazione, contenuta nell’ultimo periodo della *Premessa*, secondo la quale le presenti Linee guida si applicano *“ai soli servizi di corrispondenza come definiti dall’articolo 1, comma 2, lettera g), del decreto legislativo n. 261/1999”*.

3.3. Sempre con riguardo alla definizione dell’oggetto proprio dei servizi postali, le Linee guida affermano (punti 1.1 e 1.2) che *“I servizi postali sono qualificabili come contratti di appalto, aventi ad oggetto più tipi di prestazioni e, in particolare, la raccolta, lo smistamento in partenza, il trasporto, lo smistamento in arrivo e la distribuzione degli invii postali”*, con la conseguenza per cui *“Il regime applicabile ai contratti aventi ad oggetto servizi postali è determinato, ai sensi dell’articolo 28, comma 9, del codice dei contratti pubblici, considerando quale oggetto principale del contratto l’attività di recapito”*. La precisazione contenuta nel punto 1.2, ora citato, sembra però confondere la parte con il tutto, in contraddizione con quanto affermato nel punto 1.1: se l’appalto di servizi postali comprende le plurime prestazioni ivi indicate, non si comprende la ragione di dover ricorrere al criterio di prevalenza di cui all’art. 28, comma 9, del codice dei contratti pubblici, sui contratti misti di appalto (*“Se le diverse parti di un determinato contratto sono oggettivamente non separabili, il regime giuridico applicabile è determinato in base all’oggetto principale del contratto in questione”*), norma che trova applicazione solo in caso di appalti aventi un oggetto eterogeneo, di lavori, forniture e servizi, o in caso di appalti di servizi chiaramente eterogeni tra loro, ma che non dovrebbe trovare applicazione (ovvero non sembra vi sia una ragione utile per farne applicazione) nel caso di *“servizi postali”* naturalmente comprensivi, come tali, di prestazioni

di raccolta, smistamento in partenza, trasporto, smistamento in arrivo e distribuzione degli invii postali. A parte il segmento del trasporto, che può presentare una sua oggettiva autonomia, la suindicata distinzione tra le varie prestazioni (“parti” o “fasi”) all’interno dei servizi postali, con l’indicazione della prestazione di recapito come quella principale e caratterizzante, può al limite valere e rilevare ai diversi fini della suddivisione in lotti (pur con i limiti che si diranno, legati all’esigenza di evitare irrazionali frammentazioni del servizio), nonché del subappalto e della frazionabilità del servizio tra vari operatori variamente raggruppati, ma non sembra correttamente richiamata a proposito della definizione dell’oggetto dell’appalto e del suo proprio regime giuridico. Si invita pertanto a espungere la previsione contenuta nel par 1.2.

3.4. Il tema della definizione dell’oggetto dell’appalto del servizio postale, peraltro, interseca quello, piuttosto complesso, del riparto tra diversi operatori economici delle plurime prestazioni che convergono nel servizio postale propriamente detto. A tal proposito è opportuno, ad avviso della Sezione, che sia introdotta, nelle presenti Linee guida, una più accurata distinzione tra quelle che sono prestazioni interne alla nozione di “servizio postale”, quali parti essenziali dell’appalto, rispetto a quelle che si pongono a monte o a valle. Il tema si intreccia con quello del rapporto con il concessionario del servizio universale (“postalizzazione”), che spesso si inserisce nella stessa attività di recapito, che pure costituisce un momento essenziale del servizio postale (sia l’art. 120 del codice dei contratti pubblici, sia l’art. 1 del d.lgs. n. 261 del 1999 definiscono i «servizi postali» come i “*servizi che includono la raccolta, lo smistamento, il trasporto e la distribuzione degli invii postali*”). Queste prestazioni sono dunque interne ed essenziali all’appalto di servizi postali e occorrerebbe valutare attentamente se e in che limiti possa essere possibile scinderle in affidamenti a operatori economici diversi (mediante distinti contratti di appalto). Il tema risulta esaminato nelle pagg. 3-5 della relazione AIR, ma con esclusivo riferimento ai servizi di notifica a mezzo del servizio postale degli atti giudiziari e delle violazioni del codice della strada, liberalizzati dalla legge annuale per il mercato e la concorrenza n. 124 del 2017, per i quali il Legislatore ha rimarcato l’esigenza di garantire “unicità” al processo affidando ad un “medesimo operatore” lo svolgimento dell’intero servizio. Questo profilo meriterebbe maggiori chiarificazioni. Potrebbe legarsi al paragrafo 7 sui raggruppamenti temporanei, nel senso che potrebbe ammettersi la segmentazione delle parti dell’unitario servizio postale solo all’interno di un r.t.i. verticale. Nel punto 6.1 si specifica che “*Ai contratti sottoscritti dall’affidatario del servizio postale con terzi sub-contraenti, aventi ad oggetto anche una sola delle fasi del servizio postale, e ai contratti di franchising si applica l’articolo 105, comma 3, lettera c-bis) del codice dei contratti pubblici, al ricorrere dei presupposti ivi previsti*”. Si prevede, dunque, la possibilità di demandare una “fase” o “parte”

interna del servizio postale ad altro operatore economico (ciò che avviene, ad esempio, nel caso di “postalizzazione”). Tuttavia queste considerazioni risultano distribuite in modo disomogeneo in vari punti delle Linee guida, mentre avrebbero meritato una trattazione unitaria e un maggiore approfondimento.

4. Clausola sociale. Nel punto 1.5 si afferma che i servizi postali sono qualificati come servizi ad alta intensità di manodopera e, pertanto, i bandi di gara, gli avvisi e gli inviti contengono specifiche clausole sociali volte a promuovere la stabilità occupazionale del personale impiegato, nel rispetto dei principi euro-unitari e delle disposizioni particolari previste dai contratti collettivi di lavoro applicabili. In accoglimento delle istanze provenienti da alcuni *stakeholder*, che hanno auspicato un chiarimento sulla portata non automatica delle clausole sociali (richiamando le Linee guida ANAC n. 13 del 2019 - delibera 13 febbraio 2019, n. 114), si precisa che *“le indicazioni contenute nella clausola sociale in ordine al riassorbimento del personale del gestore uscente devono essere compatibili con: l’organizzazione di impresa dell’aggiudicatario; il piano di gestione predisposto dall’aggiudicatario, sia sotto il profilo delle professionalità da impiegare che delle tecnologie e soluzioni organizzative e gestionali; le condizioni dell’appalto, il contesto sociale e di mercato e il contesto imprenditoriale”*.

In proposito non si hanno osservazioni da formulare, trattandosi di indicazioni che si pongono in linea con la costante giurisprudenza di questo Consiglio di Stato (Cons. Stato, Sez. IV, 7 giugno 2021, n. 4353; *Id.*, Sez. III, 23 aprile 2021, n. 3297; nonché, della stessa Sezione, sentenze nn. 1576/2021, 8442/2020, 4796/2020, 389/2020, 750/2019, 726/2019; Sez. V, 2 novembre 2020, n. 6761), che ha ribadito la necessità che l’obbligo per l’impresa aggiudicataria di riassorbire il personale dell’appaltatore uscente va armonizzato con l’organizzazione di impresa scelta dal soggetto che subentra nella gestione dell’appalto.

5. Oggetto dell’affidamento e divisione in lotti di recapito. Al paragrafo 2 del documento sono offerte indicazioni sulle modalità da adottare per suddividere l’appalto in lotti, al fine di favorire la massima partecipazione delle micro, piccole e medie imprese, in ottemperanza al disposto del codice dei contratti pubblici. In particolare, è suggerita la possibilità di affidare i servizi a monte e a valle del servizio postale con appalto separato oppure di suddividere l’oggetto dell’affidamento in più lotti di recapito distinti, ad esempio, in base ad aree omogenee di territorio.

5.1. Al riguardo la Sezione osserva che la nozione qui ricevuta di *“servizi a monte del servizio postale”* (i quali *“includono i servizi di elaborazione, composizione dei documenti, stampa e imbustamento”*) e di *“servizi a valle del servizio postale”* (che *“includono la conservazione sostitutiva e l’archiviazione degli avvisi di ricevimento”*) appare, nelle sue specificazioni, più

riduttiva rispetto a quella dettata dal codice dei contratti pubblici (che considera «altri servizi diversi dai servizi postali» i “*servizi di gestione di servizi postali, ossia servizi precedenti l'invio e servizi successivi all'invio, compresi i servizi di smistamento della posta*”).

Valuti l’Autorità se la formulazione proposta al punto 2.2 non debba essere resa più aperta e non delimitata all’elenco tassativo delle prestazioni contenuto nel testo attuale.

5.2. Nel punto 2.5 si afferma che “*La mancata suddivisione in lotti rappresenta una deroga alla regola generale e quindi è possibile soltanto previa adeguata motivazione, in casi limitati e con riferimento a specifiche ed obiettive esigenze concrete, quali, ad esempio, l’esistenza di obiettive esigenze di connessione funzionale (unitarietà del servizio postale) che rendano opportuno affidare congiuntamente le prestazioni oggetto del contratto oppure l’inefficienza o l’antieconomicità della suddivisione in lotti. La scelta di procedere ad un affidamento integrato potrebbe giustificarsi, ad esempio, nei casi in cui, in ragione del valore contenuto del servizio oggetto di affidamento, i costi di transazione e di gestione dell’appalto con più fornitori annullino i benefici ottenibili dalla suddivisione in lotti*”.

La previsione appare in linea con il disposto normativo, che in effetti impone in capo alla stazione appaltante uno specifico obbligo di motivazione nel caso di mancato ricorso alla suddivisione in lotti, fornendo in proposito anche utili spunti motivazionali. È condivisibile, sotto questo profilo, la scelta di non inserire, come pure richiesto da alcuni *stakeholder*, la previsione del ricorso automatico al “*bundling*”, affidando il servizio postale unitamente ad altri servizi a monte e a valle per tutti gli affidamenti diretti e comunque per quelli di importo non superiore ai 200.000,00 euro, apparendo preferibile lasciare una tale decisione alle valutazioni tecnico-discrezionali delle stazioni appaltanti. Appare però opportuno chiarire, nel par. 2.5, che, ove le stazioni appaltanti optino per la soluzione dell’*unbundling* tra i diversi servizi coinvolti, ne risulterà conseguentemente affievolito l’onere motivazionale richiesto dal medesimo par. 2.5.

5.3. Rileva inoltre la Sezione che anche il tema della postalizzazione da parte dell’affidatario di parti del servizio di recapito (con posta *time* o comunque mediante conferimento al fornitore del servizio universale della corrispondenza fuori dalla copertura offerta) attiene alla definizione dell’oggetto del servizio, oltre che al tema della copertura del servizio di recapito, sicché sarebbe opportuno introdurre un riferimento a questo profilo, anche mediante rinvio ai punti successivi, nel par. 2, relativo all’oggetto del servizio.

5.4. Riguardo al modo di configurare e di gestire il servizio di conservazione sostitutiva e di archiviazione degli avvisi di ricevimento, ivi inclusa quella prevista dall’articolo 1, comma 51, della legge 23 dicembre 2005 n. 266, di trasferimento su supporto informatico degli invii di

corrispondenza da e per le pubbliche amministrazioni, non si hanno osservazioni di svolgere, atteso che le indicazioni fornite nei punti 2.6 e 2.7 attengono prevalentemente a valutazioni di merito e di opportunità. Occorre tuttavia, ad avviso della Sezione, una più ampia considerazione e un'opportuna motivazione (non formale, ma con argomenti economici) circa l'osservazione fatta pervenire da taluni operatori privati nel corso della consultazione circa la preferibilità delle soluzioni di *unbundling* tra recapito e servizi *upstream* e *downstream* sul piano del *favor participationis* delle piccole e medie imprese, poiché la soluzione del *bundling* potrebbe rivelarsi oggettivamente tale da favorire poche imprese integrate, con limitazione della concorrenza.

6. La copertura del servizio di recapito. Al paragrafo 3 del documento è stato evidenziato che il livello minimo di copertura del servizio di recapito è utilizzato come criterio di valutazione dell'offerta complessiva (tecnica ed economica) oppure come livello minimo di esecuzione (rilevante ai fini dell'adempimento e non come requisito di ammissione). Le due possibilità sono previste come alternative al fine di scongiurare una eccessiva penalizzazione degli operatori alternativi che non sono in grado di offrire il 100% della copertura.

Trattandosi, come è precisato nella relazione illustrativa, di parametri solo indicativi, che lasciano alla stazione appaltante la scelta concreta caso per caso della copertura minima da richiedere, all'esito di un'adeguata indagine di mercato e in considerazione delle caratteristiche del servizio da affidare e delle esigenze specifiche da soddisfare, non si hanno rilievi da formulare.

6.1. Appare condivisibile infine la scelta (punto 3.4) - ancorché non condivisa dall'AGCM - di indicare talune percentuali di copertura minima, differenziate per dimensione geografica dell'affidamento, ma solo "A mero titolo esemplificativo, e ferma la necessità di giustificare le scelte adottate" (in ordine all'entità di tali percentuali, trattandosi di merito amministrativo, la Sezione non può evidentemente svolgere proprie valutazioni).

6.2. Si condivide invece l'osservazione di AGCM di evitare che l'elemento della copertura territoriale venga considerato sia tra i criteri di valutazione dell'offerta tecnica che tra quelli di valutazione dell'offerta economica: la duplicazione di tale valutazione potrebbe esporsi anche a censure di legittimità, oltre a poter avvantaggiare ingiustificatamente - come paventato dall'AGCM - il soggetto *incumbent* o il titolare del servizio universale. Si ritiene, pertanto, che tale indicazione debba essere recepita nelle Linee guida in esame, al punto 3.1.

7. Informazioni che devono essere presenti nei bandi. Al paragrafo 4 delle Linee guida è previsto l'obbligo, a carico delle stazioni appaltanti, di indicare, nei documenti 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), al fine di

consentire ai concorrenti la formulazione di un'offerta consapevole. Per rendere effettiva la previsione, è stabilito che nei documenti di gara siano previsti obblighi di comunicazione a carico del fornitore al fine di consentire alla stazione appaltante l'acquisizione delle informazioni necessarie alla predisposizione del futuro bando di gara, con applicazione di penali per il mancato o ritardato rilascio di dette informazioni. Per incentivare la condivisione delle informazioni rilevanti, è stata suggerita alle stazioni appaltanti la possibilità di prevedere l'attribuzione di un punteggio aggiuntivo in caso di offerte migliorative che prevedano, ad esempio, la messa a disposizione di informazioni ulteriori rispetto a quelle minime richieste o la creazione di banche dati che consentano la conservazione e il riuso dei dati. In relazione a tale ultima previsione, gli *stakeholder* hanno manifestato la preoccupazione che la stessa potesse rappresentare un indebito vantaggio per il gestore uscente. Sul punto, si chiarisce che le informazioni ulteriori oggetto di valutazione sono riferite al servizio da rendere in futuro e non alle prestazioni già eseguite, pertanto non si ravvisa alcun vantaggio in favore dell'operatore che abbia svolto il servizio in periodi precedenti.

Non può tuttavia non rilevarsi come l'attribuzione del previsto punteggio aggiuntivo, ancorché riferito alle prestazioni future, possa comunque talvolta premiare l'utilizzo delle informazioni e dei dati acquisiti dal gestore uscente nel corso di svolgimento del servizio, sicché, ad avviso della Sezione, il superamento dell'obiezione emersa nel corso delle consultazioni appare meritevole di una maggiore analisi e motivazione.

8. Determinazione dell'importo a base di gara. Al paragrafo 5 delle Linee guida sono individuate le regole per la determinazione dell'importo a base di gara. Si precisa che le formule per l'attribuzione del prezzo economico sono solitamente espresse in funzione del ribasso offerto rispetto all'importo complessivo a base d'asta. Nel caso in esame, la formula per la determinazione del prezzo offerto (paragrafo 9 delle Linee guida) contiene un termine relativo ai prezzi del servizio universale determinati in modo esogeno. Ne consegue che, per garantire la perfetta coerenza tra le formule, i prezzi unitari a base d'asta devono corrispondere ai prezzi del fornitore del servizio universale.

Nel corso della consultazione taluni operatori privati ha suggerito di aggiungere, nel par. 5, il seguente periodo: *“Ai sensi dell’art. 23, co. 16, penultimo periodo, D.Lgs. n. 50/2016, le Stazioni Appaltanti sono altresì tenute a indicare nei documenti di gara, al fine di determinare l'importo posto a base di gara, il costo della manodopera”*. Ora, ancorché un simile obbligo sia già previsto per legge (art. 23, comma 13, ultimo periodo, del codice dei contratti pubblici), valuti comunque codesta Autorità se non sia opportuno introdurre questa specificazione.

9. Contratti continuativi di servizio e/o fornitura sottoscritti dall'aggiudicatario in epoca antecedente alla indizione della procedura di gara. Corrispondenza internazionale. Recapito attraverso accordi di accesso e utilizzo di servizi equivalenti di Poste Italiane. Al paragrafo 6 delle Linee guida è disciplinata la fattispecie prevista dall'articolo 105, comma 3, lettera *c-bis*), del codice dei contratti pubblici. Le indicazioni fornite tengono conto delle differenze rispetto alla fattispecie del subappalto e della *ratio* della previsione, volta a riconoscere e legittimare forme di collaborazione diffuse nella prassi. A tal fine è stato chiarito che il contraente principale assume la direzione giuridica della prestazione ed è responsabile in via esclusiva nei confronti della stazione appaltante. In relazione alla prova della preesistenza del rapporto contrattuale, è stata prevista la stipulazione con modalità che consentano l'individuazione della data certa. Non è ritenuta sufficiente, al fine di dimostrare la continuità del contratto, la presentazione di una singola fattura con data antecedente la data di pubblicazione del bando o dell'avviso di gara.

Non si hanno in merito osservazioni da formulare.

10. Requisiti speciali di partecipazione. Al punto 8 delle Linee guida sono fornite indicazioni operative finalizzate ad agevolare l'individuazione dei requisiti speciali di partecipazione. In relazione al requisito dell'organico medio, sono stati indicati, in via esemplificativa, i rapporti pezzi lavorati/numero addetti ritenuti congrui. L'AGCM ha espresso dubbi in merito all'opportunità di fornire indicazioni numeriche dettagliate, temendo che possano introdurre rigidità indebite, a detrimento anche della concorrenza potenziale e ritenendo, anche in questo caso, che la relativa determinazione debba essere assunta caso per caso dalla stazione appaltante in modo che il disegno di gara tenga conto dell'effettiva situazione del mercato. Al fine di scongiurare tale possibilità è stato chiarito che la stazione appaltante deve individuare il requisito ritenuto congruo a seguito di un'analisi delle caratteristiche del servizio e del territorio da coprire e che i valori riportati nelle Linee guida sono indicati a titolo meramente esemplificativo e in linea generale.

Non si hanno osservazioni da formulare. La soluzione adottata sembra raggiungere un giusto punto di equilibrio tra l'esigenza, prioritaria, di tutela dei lavoratori addetti al servizio e quella di evitare eccessive barriere all'accesso.

11. Criteri di aggiudicazione. Correttamente si afferma nel punto 9.1 che, ai sensi dell'articolo 95, comma 3, del codice dei contratti pubblici, gli appalti di servizi postali sono aggiudicati esclusivamente sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo, trattandosi di appalti ad alta intensità di manodopera. Nel documento sono fornite indicazioni sull'applicazione dei criteri di aggiudicazione e sulla

valutazione dell'offerta economica e dell'offerta tecnica, con particolare riferimento al parametro della copertura. In particolare, è indicata una formula per il calcolo del prezzo offerto.

Una più approfondita motivazione richiede, ad avviso del Collegio, il superamento dell'osservazione proposta nel parere dell'AGCM, secondo la quale il richiamo agli accordi di accesso alla rete di Poste Italiane e all'utilizzo di servizi di recapito equivalenti a "Posta Time" offerti da Poste Italiane per le aree EU2, riservati ai soli operatori che raggiungono un minimo di volumi, potrebbe impedire la partecipazione degli operatori che non raggiungono i livelli minimi richiesti. Analogamente, un maggiore approfondimento meritano le puntuali osservazioni fatte pervenire, in seconda istanza, dalla società Poste Italiane in ordine al rischio di distorsioni che potrebbero derivare dall'eventuale mancata ponderazione della copertura territoriale nell'ambito della valutazione dell'offerta economica, non apparendo inverosimile, come ivi rappresentato, che talvolta possa riuscire eccessivamente premiato l'operatore che copra una minore percentuale territoriale rispetto, ma offra un forte ribasso economico, pur a fronte di costi complessivi a carico della stazione appaltante significativamente maggiori per supplire *aliunde* alla minore copertura territoriale.

#### 12. Modalità di esecuzione.

Nella previsione di specifiche modalità di esecuzione le stazioni appaltanti operano nel rispetto del principio di proporzionalità, tenendo conto della natura e del valore del contratto. La richiesta di una specifica copertura assicurativa deve essere giustificata da particolari esigenze di esecuzione della prestazione e preceduta da idonea analisi volta alla corretta stima del rischio e alla individuazione di massimali congrui. I tempi di consegna dell'invio tengono conto della tipologia dello stesso (AM, CP ed EU). La stazione appaltante predetermina i criteri per l'individuazione dei flussi anomali di invii multipli, al superamento di determinate soglie, in specifici ambiti temporali e spaziali (CAP). Per tali eventualità sono individuati modalità di esecuzione e SLA specifici che tengano conto della particolarità della situazione.

Un maggiore approfondimento richiede, ad avviso del Collegio, anche il profilo della valutazione del numero dei punti di giacenza e delle modalità di gestione di tali metodi alternativi di recapito, anche sotto il profilo della migliore efficienza ed efficacia del servizio dal punto di vista dell'utente finale.

13. Penali. Con riferimento alle penali, è precisato che le stesse sono quantitativamente predeterminate in termini congrui e proporzionati all'inadempimento e commisurate alla tipologia e all'entità complessiva dell'affidamento. La proporzionalità delle penali rispetto alle prestazioni oggetto del contratto è assicurata prevedendo l'applicazione della penale non per il singolo



inadempimento, quale il ritardo nel recapito del singolo invio, ma per gli adempimenti complessivamente registrati nello svolgimento del servizio affidato in un arco temporale significativo, di norma non inferiore al trimestre.

Nulla da osservare.

14. Notificazioni a mezzo posta di atti giudiziari e comunicazioni connesse (legge 20 novembre 1982, n. 890) e di violazioni del codice della strada (articolo 201 del decreto legislativo 30 aprile 1992, n. 285). Al punto 12 del documento è specificato che l'affidamento dei servizi di notificazione a mezzo posta di atti giudiziari e comunicazioni connesse (legge 20 novembre 1982, n. 890) e di violazioni del codice della strada (articolo 201 del decreto legislativo 30 aprile 1992, n. 285) è effettuato nel rispetto del principio di unitarietà del processo, volto ad assicurare la certezza legale della conoscenza dell'atto da parte del destinatario. Sono fornite indicazioni interpretative volte a favorire la concreta applicazione del principio suindicato e il temperamento con l'esigenza di garantire la massima partecipazione alle procedure di affidamento. A tal fine, non è stata accolta la richiesta avanzata da Poste Italiane di prevedere la possibilità di esperire gare uniche per i servizi postali e i servizi di notifica. Inoltre, è stato previsto che l'unitarietà del processo di notificazione può essere assicurata, introducendo apposite garanzie, anche da una pluralità di soggetti aggregati in forma stabile e continuativa e con vincolo di esclusività, a condizione che la gestione dell'intera fornitura del servizio e la conseguente responsabilità siano ricondotte, sotto ogni profilo, ad un unico soggetto in grado di esercitare effettivi poteri di indirizzo e di controllo sull'intera rete postale di operatori aggregati.

14.1. Qualche perplessità suscita la prevista possibilità (punti 12.2 e 12.3) che l'unitarietà del processo di notificazione sia assicurata, introducendo apposite garanzie, anche da una pluralità di soggetti aggregati in forma stabile e continuativa, come avviene, ad esempio, nel caso di *franchising*, purché sussista un vincolo di esclusività e a condizione che la gestione dell'intera fornitura del servizio e la conseguente responsabilità siano ricondotte, sotto ogni profilo, ad un unico soggetto in grado di esercitare effettivi poteri di indirizzo e di controllo sull'intera rete postale di operatori aggregati. Questa previsione tuttavia mal si concilia con quella contenuta nel secondo periodo del punto 2.1, dove si afferma che *“Il processo di notifica non può, quindi, essere segmentato affidando a singoli operatori, in modo autonomo, l'esecuzione di una specifica fase/tratta di competenza, attraverso l'istituto del subappalto, né può essere prevista la postalizzazione di parte degli invii da parte dell'aggiudicatario”*.

14.2. Certamente uno strumento più idoneo, non foss'altro perché trova nel codice dei contratti pubblici una sua specifica disciplina, è costituito dal raggruppamento temporaneo di imprese,

benché, non può sottacersi, anche in questa ipotesi permangono alcuni dubbi, atteso che l'impresa capogruppo mandataria, come è regola generale (art. 48, comma 5, del codice dei contratti pubblici), risponde solo a titolo di responsabilità solidale (*“Per gli assuntori di lavori scorporabili e, nel caso di servizi e forniture, per gli assuntori di prestazioni secondarie, la responsabilità è limitata all'esecuzione delle prestazioni di rispettiva competenza, ferma restando la responsabilità solidale del mandatario”*). Nell'ipotesi, che è la più frequente, di raggruppamento temporaneo “verticale”, ben può accadere, infatti, che il processo di notifica sia segmentato e distribuito, nella sua esecuzione, tra le diverse imprese (mandataria e mandanti), ciascuna incaricata di una fase o parte dell'unitario servizio.

14.3. Occorre, dunque, quanto meno specificare meglio quali forme giuridiche minime siano necessarie al fine del soddisfacimento delle suesposte condizioni. Il *franchising*, quale contratto atipico di diritto commerciale forgiato dalla prassi, presenta (o può presentare) multiformi connotazioni ed eterogenei contenuti pattizi, sicché, anche riguardo a tale figura, se effettivamente idonea a soddisfare le ripetute esigenze di unitarietà del processo di notifica, occorrerà introdurre più precise e specifiche indicazioni contenutistiche vincolanti. Né basta il rilievo (pag. 5 della relazione AIR) per cui *“Nel settore postale il fenomeno della frammentazione dell'impresa ha dato luogo ad un utilizzo, specie da parte dei concorrenti del fornitore del servizio universale, di formule organizzative, riconducibili ad una organizzazione unitaria, ad un'impresa-rete fortemente accentrate sul soggetto di vertice, sull'operatore principale”*. Tale considerazione resta generica e inadeguata e richiede di essere opportunamente integrata. Occorre fornire indicazioni giuridiche più puntuali per dare certezza a tale, ivi descritta, *“organizzazione unitaria . . . sviluppata attraverso il coordinamento di una pluralità di contratti bilaterali collegati (specialmente di subfornitura o franchising) o mediante un unico contratto plurilaterale (tipicamente il consorzio) sottoscritti da tutti i partecipanti alla rete”*. Non è chiaro quale forma giuridica abbia o debba avere questa “rete” di imprese e suscita perplessità l'idea secondo cui (come sempre ivi affermato) i soggetti sub-affidatari – sottoposti a *“poteri di ingerenza sull'intera organizzazione” dell'appaltatore (che “gestisce tutto il servizio affidando l'esecuzione di alcune fasi di esso (accettazione, recapito) a soggetti di minor rilievo economico che operano in ambito locale)”* – sarebbero *“sotto un profilo meramente formale, . . . qualificabili come terzi, come soggetti giuridicamente autonomi”*.

14.4. Né in proposito appare sufficiente il rinvio ai paragrafi 46 ss. della delibera AGCom n. 77/18/CONS di approvazione del regolamento in materia di rilascio delle licenze per svolgere il servizio di notificazione a mezzo posta di atti giudiziari e comunicazioni connesse e di violazioni del codice della strada, che forniscono una descrizione non giuridica, ma di tipo economico,

orientata alla rilevazione della “*effettiva situazione del mercato*”, in una “*visione corretta e realistica*” riferita ai “*dati di volumi e fatturato aggregati a quei soggetti che notoriamente fornivano servizi sotto una veste “unitaria”*”, e dunque riferita “*alla sostanza economico-giuridica, al di là dell’apparente autonomia che formalmente dovrebbe essere attribuita ai componenti*”, descrizione nella quale l’unico dato certo è il ricorso a un unico segno distintivo (parr. 57 e 58).

14.5. Resta inoltre dubbio, sul piano della legittimità, che un operatore economico mandante, privo della prevista licenza speciale, possa svolgere (come invece ammesso nel punto 12.3) anche una sola fase o parte del servizio in questione, apparendo necessario, in ogni caso, che tutte le imprese coinvolte siano in possesso del necessario titolo speciale (come sembra, del resto, contraddittoriamente implicito nella previsione contenuta nel punto 12.7: “*Come requisito di partecipazione, oltre a quelli di cui all’articolo 8, è richiesto il possesso della licenza individuale speciale abilitante, in corso di validità, per le notificazioni di atti giudiziari e contravvenzioni in ambito nazionale (A1) o in ambito regionale (A2), per le notificazioni di violazioni al codice della strada in ambito nazionale (B1) o in ambito regionale (B2)*”). Neppure risolutivo appare quanto deliberato dall’AGCom nella citata delibera 77/18, par. 68 (“*Le varie fasi in cui si articola il servizio stesso potranno essere svolte da diversi operatori, muniti di licenza individuale “ordinaria”, articolati sul territorio nazionale (o regionale) a condizione però che siano legati, con vincolo di esclusività e in modo stabile e continuativo, al soggetto titolare della licenza speciale da precisi e dimostrati vincoli di natura contrattuale*”). Si tratta di indicazioni troppo generiche. Sembra dunque condivisibile l’obiezione mossa da Poste Italiane, nel suo secondo contributo, dove si richiama il testo dell’art. 3, comma 4, dell’Allegato A della delibera AGCom 77/28, secondo il quale “*Il rilascio della licenza individuale speciale è richiesto per svolgere anche una sola delle fasi in cui, ai sensi dell’articolo 1, comma 2, lettera a) del decreto legislativo, si articola il servizio postale per svolgere l’attività di notificazione di cui all’articolo 2 [ossia raccolta , trasporto, smistamento e recapito]*”.

14.6. Non si giudicano condivisibili le osservazioni svolte nel parere dell’AGCM circa il rischio di profili di anticomunitarietà delle suddette restrizioni (in particolare, circa il divieto generale ed astratto di ricorso al subappalto per talune categorie di affidamenti e la limitazione della facoltà di partecipare in raggruppamento soltanto attraverso specifiche forme, nonché la conseguente impossibilità di fare affidamento sulla capacità di altri soggetti per partecipare alla procedura ad evidenza pubblica). Le esigenze sottese al principio di unitarietà della notifica, in quanto serventi a superiori fini istituzionali di diritto processuale e di diritto penale, anche a tutela della parte, oltre che dell’efficacia ed efficienza delle relative funzioni pubbliche, costituendo senza alcun dubbio

validi ed evidenti motivi imperativi di ordine pubblico, ben possono valere a contenere e limitare le esigenze di tutela del mercato e della concorrenza.

14.7. Occorre a tal proposito ricordare che il principio di unitarietà è sancito dall'articolo 5, comma 2, secondo periodo, del decreto legislativo 22 luglio 1999, n. 261 (*“Il rilascio della licenza individuale per i servizi riguardanti le notificazioni di atti a mezzo della posta e di comunicazioni a mezzo della posta connesse con la notificazione di atti giudiziari di cui alla legge 20 novembre 1982, n. 890, nonché per i servizi riguardanti le notificazioni a mezzo della posta previste dall'articolo 201 del codice della strada, di cui al decreto legislativo 30 aprile 1992, n. 285, e successive modificazioni, deve essere subordinato a specifici obblighi del servizio universale con riguardo alla sicurezza, alla qualità, alla continuità, alla disponibilità e all'esecuzione dei servizi medesimi”*) (comma modificato dall'art. 1, comma 57, lett. c), della legge 4 agosto 2017, n. 124). Inoltre, il comma 58 dell'art. 1 della legge n. 124 del 2017 ha demandato all'AGCom, quale autorità nazionale di regolamentazione del settore, la determinazione, ai sensi dell'articolo 5, comma 4, del predetto decreto legislativo n. 261 del 1999, degli specifici requisiti e obblighi per il rilascio delle licenze individuali relative ai suddetti servizi, nonché dei requisiti relativi all'affidabilità, alla professionalità e all'onorabilità di coloro che richiedono la licenza individuale per la fornitura dei medesimi servizi. Come bene chiarito dall'AGCom nella citata delibera del 2018 sulle licenze per svolgere il servizio di notificazione a mezzo posta (par. 62), *“In tale ottica, proprio perché l'attività di notificazione, svolta attraverso il servizio postale, deve poter assicurare la certezza legale della conoscenza dell'atto da parte del destinatario attraverso un procedimento che si svolga in modo lineare e con il massimo livello di garanzia del suo buon esito, si è ritenuto opportuno nel documento di consultazione rimarcare l'esigenza di non segmentare il processo di notifica attraverso il coinvolgimento di più operatori postali che possano agire autonomamente, in base alla singola licenza, in relazione alla specifica fase/tratta di competenza (raccolta, smistamento, instradamento e recapito)”*.

Ritiene in proposito il Collegio che occorrerà che l'Autorità proponente provveda ad acquisire, sul punto da ultimo trattato, il parere del competente Ministero della giustizia, che potrà se del caso fornire indicazioni utili al fine di pervenire alle richieste precisazioni.

P.Q.M.

Nei termini suesposti è il parere della Sezione.

L'ESTENSORE  
Paolo Carpentieri

IL PRESIDENTE  
Luigi Carbone