

# I SISTEMI DI QUALIFICAZIONE NEI SETTORI SPECIALI

“L’esperienza di Poste Italiane”

## **1. La natura giuridica di Poste Italiane**

La società Poste Italiane è stata costituita con delibera del CIPE del 18.12.1997, in attuazione della legge 71/94.

Essa è partecipata dal Ministero dell’economia per il 65% del capitale sociale e dalla Cassa Depositi e Prestiti per il rimanente 35% ed è concessionaria del servizio postale universale ai sensi del D. Lgs. 261/1999.

Poste Italiane è anche titolare di servizi riservati (raccolta, trasporto, smistamento, distribuzione di invii di corrispondenza interna e transfrontaliera, anche tramite consegna espressa entro i limiti di prezzo e di peso definiti dall’art. 4 del D. Lgs. citato); risulta pertanto titolare di diritti speciali ed esclusivi ai sensi della normativa comunitaria.

La società esercita inoltre servizi diversi da quelli postali ai sensi dell’art. 6 della direttiva 17/2004 e secondo le previsioni del DPR 144/01 che ha riformato i servizi di Bancoposta già considerati dal Codice Postale del 1973.

Non vi è dubbio che, sotto il profilo soggettivo, Poste rientra fra i soggetti indicati dall’art. 207, comma 1, del Codice qualificandosi come Impresa Pubblica titolare di diritti speciali ed esclusivi.

Non è questa la sede per affrontare il tema della distinzione fra Impresa Pubblica ed Organismo di Diritto Pubblico prevista dalla disciplina comunitaria.

Tuttavia, qualche breve considerazione sul punto è opportuna in considerazione del disposto dell’art. 238, comma 7, del D. Lgs. 163/06 (Codice dei Contratti Pubblici) che consente ai soggetti aggiudicatori dei settori speciali che siano Imprese Pubbliche, ovvero titolari di diritti speciali ed esclusivi, di applicare per l’affidamento degli appalti di lavori servizi e forniture di importo inferiore alla soglia comunitaria la disciplina dei propri regolamenti interni.

Ciò posto, può individuarsi, in termini generali e sintetici, la fondamentale differenza tra Organismo di Diritto Pubblico e Impresa Pubblica nel fatto che:

1. il primo opera per il perseguimento di finalità di carattere generale secondo logiche che in larga parte esulano da quelle del mercato;
2. l’Impresa Pubblica invece, sebbene sottoposta come l’o.d.p. alla dominanza pubblica, agisce principalmente come soggetto imprenditoriale, assumendosi il rischio economico connesso all’esercizio della sua attività secondo criteri di redditività e mediante l’offerta di beni e servizi sul mercato.

Le predette figure sono dunque tra loro antitetiche, non potendo riconoscersi al medesimo ente natura bicefala, a seconda della tipologia di attività presa in considerazione<sup>1</sup>. È stato inoltre detto che una simile distinzione, fondata sulle caratteristiche del mercato di riferimento, sarebbe peraltro auspicabile, ma al solo fine di escludere taluni appalti dall’ambito di applicazione della normativa comunitaria (e nazionale di recepimento)

---

<sup>1</sup> Cfr. Corte Giustizia UE, 13 gennaio 2005, in C-84/03, *Commissione CE c/ Regno di Spagna*, punti 29 e 30; si veda anche Corte Giustizia UE, 16 ottobre 2003, in C-283/00, *Commissione CE c/ Regno di Spagna*, punto 75.

sull'evidenza pubblica<sup>2</sup>; ed è, in effetti, questo l'obiettivo che persegue l'art. 30 della direttiva 17/2004/CE, poi trasposto nell'art. 219 del nuovo Codice, pur dettando una complessa procedura formale per stabilire se una determinata attività fosse esposta alla concorrenza.

E' noto il precedente del Consiglio di Stato del 2 marzo 2001 n. 1206 che ha definito Poste Italiane Organismo di Diritto Pubblico, ma l'orientamento della giurisprudenza nazionale precedente all'entrata in vigore del Codice – credo - vada anche letto in considerazione della necessità - perseguita anche in ambito comunitario - di assoggettare Poste Italiane alla disciplina dell'evidenza pubblica, in virtù del suo legame con i poteri pubblici e dello svolgimento di un servizio pubblico essenziale; finalità che, rientrando ancora il settore postale tra quelli "ordinari", poteva all'epoca realizzarsi soltanto riconoscendole la natura di Organismo di Diritto Pubblico: la nozione di Impresa Pubblica era sconosciuta ai decreti legislativi n. 157/95 sui servizi, n. 358/92 sulle forniture e alla legge 109/94 sui lavori (nonché alle corrispondenti direttive comunitarie).

Del resto se così non fosse sarebbe inspiegabile che Grandi Stazioni, incaricata da Ferrovie dello Stato s.p.a. della gestione delle principali stazioni ferroviarie, sia stata anch'essa qualificata come Impresa Pubblica, seppure pacificamente titolare della gestione di un servizio pubblico essenziale connesso a quello di trasporto<sup>3</sup>. E ancora Ferrovie dello Stato S.p.A. e RFI S.p.A., sempre del Gruppo Ferrovie dello Stato, siano state espressamente qualificate Impresa Pubblica e non Organismo di Diritto Pubblico ai fini dell'applicazione della vecchia Legge n. 109/94 (Legge Merloni)<sup>4</sup>.

Inoltre pur gestendo servizi aeroportuali, pacificamente rientranti nell'ambito delle prestazioni essenziali del servizio pubblico di trasporto, la società Aeroporto G. Marconi di Bologna p.a. è stata qualificata impresa pubblica e non Organismo di Diritto Pubblico<sup>5</sup>.

Si potrebbe continuare con gli esempi, dai quali si trae l'ulteriore conferma dell'inammissibilità dell'equiparazione tra svolgimento del servizio pubblico e/o del servizio universale e natura di Organismo di Diritto Pubblico.

Ciò detto, sotto il punto di vista del profilo oggettivo si rileva, invece, che ai sensi dell'art. 211 del Codice sugli appalti i "servizi postali" rientrano espressamente fra i "settori speciali" previsti alla parte III del Codice medesimo; rientrano inoltre in questa categoria – come accennato - anche i servizi di Bancoposta e le attività di logistica ricomprese entrambi tra i servizi accessori di cui all'art. 6 della Direttiva 17/04 sotto la dicitura "altri servizi diversi dai servizi postali".

Dallo statuto di Poste (art. 4) emerge che le attività sociali rientrano tutte in quelle di cui all'art. 211 (*servizi postali*) del Codice soddisfacendo in tal modo il criterio oggettivo previsto dall'art. 207 comma 2 del Codice.

Pertanto Poste, a prescindere dalla sua natura di Impresa Pubblica, può, senza ombra di dubbio, qualificarsi come "Ente aggiudicatore" sottoposto alla disciplina prevista dalla parte III del Codice.

Una espressa conferma di tale ricostruzione viene dal Codice stesso, il cui allegato VI, F definisce Poste Italiane quale "Ente aggiudicatore nel settore dei servizi postali".

E' noto che talvolta sia emerso il dubbio in ordine alla applicabilità della parte III del Codice quando un appalto indetto da uno dei soggetti operanti in uno dei settori di cui agli artt. da 208 a 213 del Codice non sia destinato ad attività riconducibili ai settori speciali, ma credo

---

<sup>2</sup> Cfr. conclusioni Avvocato Jacobs formulate nella causa C-174/03, *Impresa Portuale di Cagliari c/ Tirrenia di Navigazione s.p.a.*, punto 66.

<sup>3</sup> Cfr. Ad. Plen. Cons. Stato 23 luglio 2004, n. 9.

<sup>4</sup> Con riferimento specifico alla questione segnalata cfr. Cons. Stato, sez. IV, 2 maggio 2008, n. 2586.

<sup>5</sup> Cfr. Tar Emilia Romagna - Bologna, sez. I, 18 febbraio 2003, n. 118.

che questa questione, senza volerla con questo banalizzare, almeno nel caso di Poste Italiane, debba essere correttamente inquadrata.

## **2. L'ambito oggettivo: appalti funzionali alle attività di cui agli artt. 208-213 e appalti non funzionali a tali attività**

Ovviamente l'individuazione di quali appalti siano funzionali alle attività di cui agli artt. 208-213 del Codice e quali no costituisce un punto centrale per valutare l'utilità di dotarsi di un proprio sistema di qualificazione, in quanto - come già evidenziato in una precedente relazione presentata ad altro convegno dell'IGI <sup>6</sup> - per conseguire i vantaggi derivanti dalla tenuta di un sistema di qualificazione è necessario disporre, nell'arco della durata del sistema, di un numero significativo di appalti aventi caratteristiche di ripetitività e va utilizzato, per non pregiudicare l'effettività del criterio di rotazione negli inviti, che è alla base del sistema stesso, in via ordinaria per tutti gli appalti coperti dalla categoria o dalle categorie merceologiche per cui è stato aperto.

Inoltre i costi di *start up* del sistema, oltre a quelli di manutenzione legati all'aggiornamento della documentazione e delle certificazioni presentate dalle Imprese, renderebbero antieconomico un utilizzo solo sporadico ed occasionale della selezione da Albo Fornitori.

La questione aveva sicuramente pregio e rilievo in vigenza del D. Lgs. 158/1995, che all'art. 8, comma 6, escludeva la propria efficacia per gli appalti di lavori non strettamente correlati agli scopi istituzionali dei soggetti aggiudicatori operanti nei c.d. settori esclusi (come erano precedentemente denominati i settori speciali) o che, pure essendo funzionali a detti scopi, riguardavano opere il cui contenuto specialistico e tecnico non fosse direttamente condizionato dalle specificità tecniche proprie di quei settori, rendendo così applicabile il DPCM 517/1997.

Oggi la questione ha perso in parte pregnanza in virtù dell'entrata in vigore del Codice che non ripropone al suo interno una norma analoga a quella di cui all'art. 8, comma 6, del D. Lgs. 158/1995 e che ha espressamente abrogato il DPCM 517/97<sup>7</sup>.

Tuttavia, come già il giudice comunitario ha avuto modo di precisare, l'elemento discriminante per comprendere se un ente debba applicare la normativa relativa ai settori speciali è la finalità dell'appalto stesso<sup>8</sup>.

Ovviamente l'impostazione di Poste Italiane a questo riguardo è di ritenere soggetti alla parte III del Codice tutti gli appalti comunque funzionali alla realizzazione delle attività previste dall'art. 6 della direttiva n. 17/2004 (art. 213 del Codice) ed in presenza:

- a. di un oggetto sociale particolarmente preciso e in buona parte predeterminato dalla legge;
- b. dell'art. 8 della legge 287/1990 che esclude che società, quali Poste Italiane, che esercitano la gestione di servizi di interesse economico generale possano operare in mercati diversi, stabilendo altresì che, ove decidano di farlo, lo debbano fare per il tramite di strutture societarie separate previa comunicazione all'Autorità Garante per la Concorrenza ed il Mercato;
- c. dell'abrogazione del DPCM 517/1997 per effetto dell'entrata in vigore del Codice, che, come ricordato, non ripropone la distinzione di cui all'art. 8, comma 6, del D. Lgs. 158/1995

---

<sup>6</sup> Cfr la relazione della Società Italferr S.p.A. – Gruppo Ferrovie dello Stato – al Convegno IGI del 18 marzo 2008.

<sup>7</sup> Cfr. art. 256 del Codice.

<sup>8</sup> Cfr. Corte Giustizia UE, 16 giugno 2005 in C-462/03-463/03.

la possibilità di trovarsi di fronte ad un appalto non funzionale alla realizzazione degli scopi dell'Ente appare non impossibile (si pensi ad un ipotetico appalto per esempio dell'asilo nido per i figli dei dipendenti), ma in ogni caso abbastanza infrequente.

Peraltro apparirebbe antieconomico ed illogico dal punto di vista del conseguimento del massimo *saving* (o se si preferisce, della economicità della gestione) parcellizzare, piuttosto che compattare, gli appalti destinati ad una medesima platea di fornitori (caratterizzati da un identico ambito merceologico di appartenenza) a seconda della finalità dell'appalto; soccorre tuttavia – credo - sul punto, per fugare ogni possibile dubbio, l'art. 214 del Codice che stabilisce chiaramente che se un appalto è destinato all'esercizio di più attività si applicano le norme relative all'attività prevalente cui è destinato e, anzi, vieta espressamente di suddividere in più appalti un unico appalto per il solo fine di sottrarlo alla applicazione della parte II del Codice (riguardante i settori ordinari) o della parte III (riguardante i settori speciali) in violazione della regola della prevalenza innanzi citata.

È evidente al riguardo la priorità di tale accertamento in ordine alla riconducibilità o meno dell'appalto ai settori speciali in quanto per i settori ordinari la selezione da Albo non è ammessa e gli elenchi di cui all'art. 45 del Codice sono altra cosa, non assolutamente assimilabili ad un sistema di qualificazione.

### **3. Il sistema di qualificazione di Poste Italiane**

Ovviamente il sistema di qualificazione di Poste è un sistema “giovane” in quanto è recente l'inclusione di Poste nei settori speciali. Questa è avvenuta con la legge 18 aprile 2005 n. 62 (legge comunitaria 2004) la quale ha disposto all'art. 25, ultimo comma, che *“In attesa dell'emanazione dei decreti legislativi di cui al comma 1 (i decreti previsti per il recepimento delle direttive UE ) al settore postale si applica la disciplina di cui al decreto legislativo 19 marzo 1995, n. 158 e successive modificazioni”*.

Tuttavia, in presenza della ricordata norma di cui all'art. 8, comma 6, del D. Lgs. 158/1995, che prevedeva la distinzione tra appalti destinati e appalti non destinati agli scopi istituzionali degli enti operanti nei c.d. settori esclusi riducendo l'ambito di applicazione della relativa disciplina e creando peraltro anche una certa difficoltà nell'individuare la normativa di volta in volta applicabile, si è di fatto attesa l'entrata in vigore del Codice per pubblicare i primi avvisi in ordine alla istituzione di un sistema di qualificazione.

Ma venendo alla disciplina applicabile ad un sistema di qualificazione è evidente che i passaggi centrali sono contenuti nell'art. 232 del Codice.

L'art. 232 fornisce alcune indicazioni molto chiare che riguardano:

- a. la pubblicità dell'avviso;
- b. l'oggettività e la conoscibilità dei criteri di selezione;
- c. la trasparenza del procedimento di qualificazione e di esclusione dall'Albo che il riferimento all'art. 228 rende effettivo e sanzionabile con i rimedi di cui all'art. 25 della legge 7 agosto 1990 n. 241;
- d. l'oggettività dei criteri in base ai quali, nell'ambito della procedura di aggiudicazione dello specifico appalto, si selezionano o si riduce il numero degli operatori da invitare alla gara.

Sui primi tre punti non vorrei dilungarmi in quanto si tratta di principi comuni a tutte le procedure concorsuali, mentre vorrei spendere qualche parola sull'ultimo punto.

Infatti sull'oggettività dei criteri in base ai quali si selezionano o si riduce il numero degli operatori da invitare alla specifica gara si fonda l'efficienza e l'utilità di un sistema di qualificazione: il rischio quando si istituisce un sistema di qualificazione è, infatti, quello di avere categorie eccessivamente popolate, con la necessità di dover procedere, al momento di diramare gli inviti, alla imbarazzante scelta di invitare tutti i soggetti selezionati nel sistema di qualificazione, ovvero solo quelli che abbiano determinate caratteristiche di specializzazione o di standing economico – finanziario.

In presenza di un Albo con categorie non particolarmente popolate e in presenza di imprese aventi analoghe caratteristiche, ovviamente sarebbe auspicabile invitare tutti i soggetti iscritti.

Negli altri casi è invece necessario, per non appesantire il procedimento di gara ed assicurare la partecipazione allo stesso solo a soggetti effettivamente interessati, agire su tre leve:

1. segmentare e suddividere, come consente l'art. 232, comma 9, in più categorie l'elenco dei soggetti iscritti;
2. differenziare l'iscrizione nel sistema di qualificazione in base allo standing economico – finanziario dei soggetti iscritti come previsto, ad esempio, per i lavori dal sistema di qualificazione SOA suddiviso in categorie, ma anche in classi di iscrizione;
3. differenziare, almeno limitatamente alle classi di importo più basse, in base all'ambito regionale e al radicamento territoriale delle imprese iscritte.

Ovviamente la segmentazione in più categorie deve essere ragionevole e motivata e rispondere ad oggettiva diversità della prestazione e del processo produttivo da parte del fornitore. In caso contrario vi sarebbe una violazione dell'art. 68 del Codice degli appalti espressamente richiamato dall'art. 232 con la creazione di barriere ingiustificate alla concorrenza fra imprese.

Viceversa la differenziazione dell'iscrizione per importo e classe di importo è necessaria laddove la segmentazione per categorie merceologiche non sia possibile o non risponda a un criterio di ragionevolezza e, nell'ambito della stessa categoria, vengano indetti dalla stazione appaltante, in periodi successivi, ma abbastanza ravvicinati, più appalti di servizi e forniture di diversi importi, durata e localizzazione.

In ogni caso anche in presenza di tali accorgimenti, può risultare comunque necessario ridurre, come consentito dalla lett. c, comma 14, dell'art. 232 del Codice, il numero delle imprese da invitare al fine di avere una concorrenza effettiva tra le stesse, senza appesantire esageratamente il procedimento.

In questi casi i criteri di selezione individuati da Poste nel proprio Regolamento Interno adottato come precedentemente accennato, ai sensi dell'art. 238, comma 7, del Codice, sono l'estrazione a sorte e la rotazione.

Ovviamente il criterio apparentemente più oggettivo dell'estrazione a sorte implica una rinuncia da parte della stazione appaltante ad indicare una qualsiasi preferenza e priorità tra i soggetti iscritti, senza contare che il criterio è solo apparentemente più oggettivo in quanto il sorteggio per essere veramente tale dovrebbe essere pubblico; così però non può essere perché altrimenti si violerebbe la disposizione dell'art 13, comma 2 lett. b, del Codice che vieta di rendere noti i nominativi dei soggetti invitati a presentare offerta fino a

che non sia scaduto il termine per la presentazione dell'offerta, sanzionando penalmente, con il richiamo all'art. 326 del codice penale, la violazione di tale divieto.

Il criterio preferibile è invece quello della rotazione degli inviti come previsto per esempio nella licitazione privata semplificata dall'art. 123 del Codice (art. 23 della legge 11 febbraio 1994, n. 109) integrato da un valido sistema di *vendor rating* che attribuisca, sulla base delle risultanze di precedenti appalti, un punteggio (*rating*) più o meno elevato sulla base di *performance* conseguite.

Il *rating* si deve trasformare poi in un coefficiente che rende più veloce (se positivo), ovvero ritarda (se negativo), la rotazione negli inviti.

Nei casi estremi, qualora il *rating* sia stabilmente insufficiente, potrebbe poi addirittura derivarne, ovviamente nel rispetto delle disposizioni del Codice e nel rispetto dei principi del procedimento di cui alla legge 241/1990, l'esclusione dal sistema di qualificazione.

#### **4. Il sistema di *vendor rating***

Il *vendor rating* è un sistema finalizzato a monitorare il comportamento di imprese iscritte in un Sistema di Qualificazione sia nella fase di partecipazione alle singole procedure di gara indette sia, soprattutto, durante l'esecuzione del contratto.

I sistemi di *vendor rating* portano cioè a valutare il fornitore non in base al suo *standing* e alle sue capacità produttive, economiche e finanziarie come avviene in qualsiasi procedimento di gara in relazione ad esperienze e referenze acquisite nell'ambito di precedenti commesse, ma in base a *performances* realizzate in precedenti commesse o incarichi avuti dallo stesso committente, attribuendo un punteggio più o meno elevato sulla base di maggiori o minori esperienze positive maturate.

Ovviamente questi sistemi sono sorti e si sono sviluppati in ambiti privatistici di approvvigionamento per misurare soprattutto la qualità entrante. Infatti in contesti competitivi particolarmente dinamici è noto che la qualità del prodotto o del servizio posto sul mercato dall'Impresa committente sia direttamente e significativamente influenzata dal livello di qualità assicurato dai subfornitori.

Questi sistemi possono essere più o meno complessi in ragione delle variabili che vengono considerate per valutare la *performance* del fornitore (che possono essere la puntualità, la rapidità, la flessibilità, la disponibilità, etc.), ma in ogni caso hanno insiti in sé un grado di discrezionalità nella valutazione delle *performances* che non ne consente il diretto utilizzo in ambiti pubblicistici, ancorché imprenditoriali, quale quello dei settori speciali.

Si sono pertanto resi necessari degli adattamenti e la realizzazione del sistema di *vendor rating* di Poste è tuttora in corso di definizione.

L'orientamento è quello, almeno in una prima fase, di limitarsi a monitorare il comportamento delle imprese nella fase di partecipazione alle procedure di gara in relazione ai seguenti aspetti:

- assiduità nella partecipazione alle gare indette per l'ambito merceologico per il quale è stata chiesta l'iscrizione e per le quali le Imprese iscritte hanno ricevuto l'invito;
- competitività delle offerte;

- accuratezza amministrativa (intesa come tempestività nella trasmissione della documentazione amministrativa propedeutica e necessaria, in caso di aggiudicazione della gara, alla sottoscrizione del contratto).

Tali variabili saranno utilizzate per il calcolo, sulla base di una formula non particolarmente complessa, di un punteggio che dovrà essere aggiornato, almeno per i primi tempi, con cadenza trimestrale.

Quando, sulla base dei predetti parametri, il punteggio assegnato scende al di sotto di un valore determinato dal Disciplinare dell'Albo, viene disposta la sospensione dell'Impresa dal Sistema di Qualificazione e, in caso di reiterazione della situazione negativa, ne viene poi disposta la cancellazione definitiva.

Peraltro qualora l'indice sia superiore a quello minimo richiesto si ipotizza di prevedere che la rotazione negli inviti diventi più rapida di quanto previsto ordinariamente.

Ovviamente, nel rispetto degli obblighi di trasparenza, l'aggiornamento (si ipotizza trimestralmente) dell'indice verrà comunicato alle imprese qualificate che avranno altresì visibilità sui criteri di valutazione e sulla formula di calcolo utilizzata.

In realtà un sistema di *vendor rating* non dovrebbe limitarsi a misurare le *performances* e i comportamenti durante le procedura di assegnazione, ma dovrebbe basarsi anche e soprattutto sulle *performances* durante la fase esecutiva e dovrebbe in particolare considerare, non solo quegli eventi patologici che possono portare alla risoluzione del contratto per grave inadempimento, ma tutte quelle situazioni che portano alla applicazione di penali contrattuali, ovvero quegli episodi, non necessariamente sanzionabili sul piano contrattuale, che tuttavia rilevano soprattutto sui tempi di esecuzione e possono essere indice di una scarsa propensione dell'impresa appaltatrice del servizio nell'individuare e mettere in atto le soluzioni tecniche che consentono di conseguire, nel rispetto delle norme contrattuali, standard tecnici elevati e il rispetto dei tempi assegnati; in altri termini si tratta di valutare i comportamenti che assicurano il concreto conseguimento degli obiettivi prefissati prima di decidere, se per esempio si tratta di un'attività in *outsourcing*, in ordine all'opportunità di esternalizzare il servizio o l'attività, ovvero di realizzarla all'interno.

## **5. I Sistemi di Qualificazione e la legge del 18 giugno 1992, n. 192 "Disciplina della subfornitura nelle attività produttive"**

La legge in questione definisce come subfornitura il contratto con cui un imprenditore si impegna a effettuare per conto di una impresa committente lavorazioni su prodotti semilavorati o su materie prime fornite dalla committente medesima, o si impegna a fornire all'impresa prodotti o servizi destinati ad essere incorporati o comunque ad essere utilizzati nell'ambito dell'attività economica del committente o nella produzione di un bene complesso, in conformità a progetti esecutivi, conoscenza tecniche e tecnologiche, modelli o prototipi forniti dall'impresa committente.

È evidente che la normativa in argomento non possa trovare applicazione in tutti i casi in cui il Committente rivesta la qualifica di Amministrazione o di Organismo di Diritto Pubblico in quanto il presupposto per la sua applicazione è che vi sia un rapporto tra un'impresa

committente e un'impresa realizzatrice: pertanto i soggetti devono essere entrambi qualificabili come "Imprese".

Tuttavia la normativa potrebbe trovare applicazione nel caso in cui il committente sia un Ente aggiudicatore operante nei settori speciali e si qualifichi come Impresa Pubblica ovvero che operi in virtù di diritti speciali ed esclusivi.

A questo riguardo va precisato, come chiarito dalla giurisprudenza di merito con riferimento all'appalto privato (ma a fortiori vale il ragionamento nel caso dell'appalto pubblico), che la subfornitura è cosa diversa dal contratto di appalto.

Infatti, mentre l'appalto si caratterizza per l'autonomia dell'appaltatore, per l'obbligazione di risultato e per la possibilità di controllo esercitata dal Committente anche in corso di esecuzione (ma mai comunque in via preventiva), il contratto di subfornitura si caratterizza per il controllo diretto ed integrale sull'esecuzione dei lavori ad opera dal committente, il quale trasferisce all'esecutore il c.d. *know how* ovvero l'intero patrimonio conoscitivo su come produrre un determinato bene o come eseguire un determinato servizio<sup>9</sup>.

Inoltre non rientrano nella disciplina sulla subfornitura i contratti aventi ad oggetto la fornitura di materie prime, di servizi di pubblica utilità, nonché i contratti aventi ad oggetto beni strumentali non riconducibili ad attrezzature<sup>10</sup>.

Ma venendo al punto che può interessare un Sistema di Qualificazione va rilevato che la legge in questione vieta all'art. 9, il c.d. abuso di dipendenza economica precisando che:

1. si ha dipendenza economica in tutti i casi in cui una delle due Imprese (per la precisione tanto quella Committente, quanto quella subfornitrice) sia in grado, nei confronti dell'altra, di determinare un eccessivo squilibrio di diritti e di obblighi, e l'Impresa più debole non abbia la reale possibilità di reperire alternative di mercato soddisfacenti;
2. si ha abuso di dipendenza economica quando, stante la dipendenza economica, vi è un rifiuto di vendere o di comprare, ovvero si impongano condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose o discriminatorie, ovvero ancora vi sia un'interruzione arbitraria delle relazioni commerciali in atto.

Oltre alla previsione della nullità dei patti che concretizzano l'abuso con conseguente competenza del giudice ordinario, è prevista anche la competenza dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato in tutti i casi in cui un abuso di dipendenza economica abbia rilevanza per la tutela della concorrenza e del mercato.

La questione è il punto di attenzione in presenza di un Sistema di Qualificazione, stante la ricorrenza e la ciclicità dei singoli appalti che normalmente vengono indetti ricorrendo ad esso è notevole in quanto potrebbe darsi luogo a fenomeni di eccessiva dipendenza in termini di fatturato realizzato nel tempo dal fornitore rispetto ad un determinato committente.

A questo riguardo le cautele per evitare situazioni di eccessivo rischio nell'assegnazione di forniture a singoli operatori consistono nell'evitare:

- eccessiva incidenza economica della fornitura rispetto alla totale attività del fornitore, tale da compromettere l'indipendenza del fornitore dal committente;

---

<sup>9</sup> Cfr. Tribunale di Bari, Sez. II, 13 luglio 2006 – Impresa Mastrolia c/ Società Enel Distribuzione, in Foro It., 2006, 10, 1, 2934.

<sup>10</sup> Cfr art. 1, comma 2, della legge 192/1998.



- eccessiva incidenza rispetto al fabbisogno totale del committente rispetto a quel tipo di fornitura e ambito merceologico, tale da compromettere l'indipendenza del committente rispetto al fornitore.

La dimensione delle soglie percentuali da osservare può variare in relazione alla tipologia di acquisto, alle caratteristiche dei mercati, alla criticità dei beni e servizi.

In condizioni di mercato competitivo tali soglie dovrebbero mantenersi in entrambi i casi al di sotto del 50% ed è questo un parametro che deve essere opportunamente e costantemente monitorato nell'ambito delle verifiche periodiche da effettuare durante le attività di "manutenzione" di un Sistema di Qualificazione.

## **6. Il Sistema di Qualificazione per i lavori**

La possibilità di realizzare un Sistema di Qualificazione per l'esecuzione di appalti di lavori è stato un argomento a lungo dibattuto per diversi motivi.

Innanzitutto l'ambito dei lavori nei settori speciali è stato sicuramente quello più a lungo influenzato dalle incertezze normative connesse alla disciplina in concreto applicabile.

In secondo luogo gli appalti di lavori di Poste Italiane sono sicuramente numerosi, ripetuti e consistenti in termini di investimento annuale, considerata l'ampiezza del suo patrimonio immobiliare e la capillarità sul territorio dei suoi presidi, ma unitariamente, salvo qualche eccezione, sono di modesto importo.

Questo fa sì che non possa mai risultare applicabile sul singolo appalto l'art. 3, comma 6, del DPR 34/00 che consente per i grandi lavori (di importo superiore a circa 20.000.000 di €) di richiedere requisiti ulteriori rispetto alla qualificazione SOA.

Pertanto come accennato in precedenza fino all'entrata in vigore del Codice gli appalti di lavori erano di fatto assoggettati *in toto* alla Legge n. 109/94 (Legge Merloni), stante il disposto dell'art. 8, comma 6, del D. Lgs. 158/95 e del DPCM 517/97.

Solo a partire dal 1° luglio 2006 (cioè dall'entrata in vigore del Codice) ci si è posti pertanto il problema dell'eventuale realizzazione di un proprio Sistema di Qualificazione per i lavori e a riguardo la prima preoccupazione sorta coincideva con quella di altre aziende operanti nei settori speciali.

Vale a dire *"il numero elevatissimo di imprese dotate di attestazione SOA che sicuramente accamperebbero pretese di qualificazione, ed a seguire, la difficoltà di individuare criteri adeguatamente selettivi ed al tempo stesso oggettivi (e dunque efficacemente difendibili in caso di contenzioso)"*<sup>11</sup>.

Il dubbio in altri termini riguardava il fatto che un Sistema autonomo potesse finire con l'essere inevitabilmente molto vicino al sistema delle SOA rischiando quindi di risulterne un inutile doppione.

La posizione che a riguardo si deve ritenere più fondata è che nei settori speciali i committenti pubblici abbiano la facoltà di prescindere dall'applicazione del sistema SOA, perché è loro consentito di dare vita a propri elenchi di fiducia (e a maggior ragione ne dovrebbero poter prescindere le Imprese pubbliche o titolari di diritti speciali ed esclusivi che non rientrano tra i soggetti tenuti ad applicare il DPR 34/00).

Tuttavia la qualificazione per eseguire lavori prevista dal Codice (art. 40) attraverso le attestazioni SOA per molti rimane il requisito tecnico economico di riferimento al momento

<sup>11</sup> Cfr la relazione della Società Italferr S.p.A. – Gruppo Ferrovie dello Stato – al Convegno IGI del 18 marzo 2008, p. 8.

vincolante, declinato per categorie di opere e classi di valore, per segmentare i soggetti nella formazione di elenchi/albi così come per definire i bandi di gara.

E risultato pertanto problematico prevedere la richiesta di requisiti ulteriori, rispetto alle SOA, per identificare al meglio, in base alle proprie specifiche esigenze, il target di fornitori di interesse, stante il disposto normativo che definisce la SOA “condizione necessaria e sufficiente per la dimostrazione dell’esistenza dei requisiti di capacità tecnica ed economica ai fini dell’affidamento di Lavori Pubblici” (art. 1, comma 3, DPR 34/00) e le conseguenti determine dell’ AVLP <sup>12</sup>.

Il Sistema di Qualificazione di Poste per i lavori pertanto integrerà il sistema di qualificazione SOA (allo stato ipotizzato come unico elemento per l’accesso) con il sistema di *vendor rating* descritto al precedente § 4, creando poi in *itinere* una segmentazione e una valutazione delle diverse imprese iscritte in base alle *performances* conseguite sul campo.

Ove invece nel frattempo venisse approvato il Regolamento di cui all’art. 5 del Codice e venisse chiarito in maniera definitiva che gli Enti Aggiudicatori dei Settori Speciali possano prevedere ulteriori requisiti oltre al possesso della certificazione SOA, si integrerà opportunamente il Disciplinare del Sistema di Qualificazione considerando anche i requisiti o i parametri eventualmente consentiti dalla nuova normativa.

\*\*\*\*\*

Ovviamente non si ha la pretesa di trattare l’argomento con l’autorevolezza con cui è stato affrontato nel volume presentato nell’odierno convegno, ma forse i Sistemi di Qualificazione un qualche ruolo nel processo di ammodernamento delle attività di approvvigionamento di grandi Enti lo possono avere, come lo hanno avuto e lo hanno tuttora nell’Industria contribuendo alla realizzazione di quella transizione “Dall’attività amministrativa al mercato” che è appunto il Titolo del volume del Presidente Giampaolino presentato oggi.

Aldo Ancora

Poste Italiane S.p.A.

**Roma, 26 novembre 2008**

---

<sup>12</sup> Cfr. Parere AVCP n. 71 del 23 ottobre 2007 in [www.avcp.it](http://www.avcp.it).

