

N. 08164/2023 REG.PROV.COLL.

N. 03397/2023 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Sesta)

ha pronunciato la presente

ORDINANZA DI RIMESSIONE ALL'ADUNANZA PLENARIA

sul ricorso numero di registro generale 3397 del 2023, proposto da:

Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'Avvocatura Generale dello Stato, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

- Poste Italiane s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Fabio Cintioli, Dario Ruggiero e Flavia Speranza, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;
- I.N.P.S. - Istituto Nazionale della Previdenza Sociale, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Daniela Anziano, con domicilio digitale come da PEC;

nei confronti

Fulmine Group s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, non costituita in giudizio;

per la riforma:

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio – sede di Roma (Sezione Quinta) n. 01012/2023, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Poste Italiane s.p.a. e dell'I.N.P.S. - Istituto Nazionale della Previdenza Sociale;

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 6 luglio 2023 il Consigliere Lorenzo Cordì e lette le conclusioni rassegnate dalle parti;

Viste le conclusioni delle parti come da verbale;

A. Premessa in fatto.

1. L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ha interposto appello avverso la sentenza n. 1012/2023 con la quale il T.A.R. per il Lazio – sede di Roma (Sezione Quinta) ha respinto il ricorso proposto *ex art. 21-bis* della L. n. 287/1990 avverso gli atti della gara di appalto n. 2931662, indetta da I.N.P.S. ai sensi degli artt. 54, comma 3, e 55 del D.Lgs. n. 50/2016, per l'affidamento dei “*Servizi di recapito e di gestione della corrispondenza non automatizzata della Direzione Generale, delle Direzioni Regionale di Coordinamento Metropolitano*”.

2. In punto di fatto l'appellante ha esposto che, con lettera d'invito del 13.1.2022, l'I.N.P.S. aveva indetto l'appalto n. 2931662 per l'affidamento - nell'ambito del

Sistema Dinamico di Acquisizione della Pubblica Amministrazione - dei “*servizi di recapito e di gestione della corrispondenza non automatizzata della Direzione Generale, delle Direzioni Regionali e di Coordinamento Metropolitano*”, suddiviso in 22 lotti, da aggiudicarsi con il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa. In data 3.2.2022 la Società Fulmine Group s.r.l. aveva inviato una segnalazione all’Autorità, chiedendo di valutare la sussistenza di possibili previsioni discriminatorie nei confronti di operatori postali diversi dalla concorrente nella gara Poste Italiane s.p.a. L’Autorità aveva, quindi, avviato il procedimento S4480, e, all’adunanza del 15.3.2022, aveva espresso parere motivato *ex art. 21-bis* della L. n. 287/1990, evidenziando la sussistenza di profili di criticità nelle clausole contenute nell’art. 6.4.1. dell’Allegato n. 2 (recante “*Specifiche integrative al Capitolato Tecnico*”) - con riferimento al lotto n. 1 - e nell’art. 6.4.2. del medesimo Allegato - con riferimento, invece, ai lotti dal n. 2 al n. 21 -, in relazione alla copertura minima territoriale richiesta, nonché nella previsione di un criterio premiale per l’operatore con maggior copertura territoriale, disposta per il lotto n. 1. In particolare, in tale parere, l’Autorità aveva evidenziato come tali disposizioni - non giustificabili alla luce di ragioni tecniche o di efficienza - potessero “*pregiudicare il corretto dispiegarsi delle dinamiche competitive nell’espletamento della procedura di gara, tenuto conto che si tratta di coperture territoriali eccessivamente elevate*”, e come tali, fossero, quindi, destinate ad “*avvantaggiare i soli operatori postali [in grado di] garantire simili coperture capillari del territorio, o perché particolarmente strutturati, come il Fornitore del Servizio Postale Universale, Poste Italiane S.p.A., o perché radicati nel territorio*”. L’I.N.P.S. aveva riscontrato il parere dell’Autorità evidenziando come le previsioni fossero, in realtà, in linea con le Linee guida A.N.A.C. relative all’affidamento degli appalti pubblici di servizi postali all’epoca vigenti (determinazione n. 3/2014), e, in generale, con le previsioni di cui al D.Lgs.

n. 50/2016, nonché conformi al principio di economicità dell'azione amministrativa e in grado di assicurare possibili risparmi di gestione.

3. Preso atto del riscontro di I.N.P.S., l'Autorità ha, quindi, proposto ricorso al T.A.R. per il Lazio – sede di Roma, articolando due motivi a sostegno dell'impugnazione.

3.1. Con tali motivi l'Autorità ha dedotto l'illegittimità delle previsioni di cui agli artt. 6.4.1. e 6.4.2. dell'Allegato n. 2, evidenziando come tali disposizioni fissassero soglie di copertura territoriali diretta non giustificate da ragioni tecniche o di efficienza, e comportassero – in ragione delle ulteriori regole di gara – la violazione dei principi di cui all'art. 30 del D.Lgs. n. 50/2016 e alle relative disposizioni di riferimento contenute nelle direttive euro-unitarie, nonché dei principi di libertà di iniziativa economica e di libera prestazione dei servizi. L'Autorità ha, inoltre, dedotto l'illegittimità delle modalità (previste dall'art. 6.4.1. dell'Allegato n. 2) per l'attribuzione dei punteggi in grado di garantire la copertura più elevata, ritenuto irragionevole e suscettibile di determinare disparità di trattamento in favore di operatori economici più strutturati, a discapito, di contro, dei piccoli e medi operatori postali.

4. Si sono costituite in giudizio Poste Italiane s.p.a. e I.N.P.S. chiedendo di respingere il ricorso e di dichiarare inammissibile l'intervento in giudizio di Fulmine Group s.r.l., *medio tempore* costituitasi in giudizio ritenendo di essere titolare di interesse qualificato per aver già impugnato i medesimi atti di gara con autonomo ricorso al T.A.R.

B. La sentenza di primo grado.

5. Con sentenza n. 1012/2023 il T.A.R. per il Lazio ha, in primo luogo, dichiarato inammissibile l'intervento di Fulmine Group s.r.l. che non ha interposto appello avverso questo capo di sentenza.

6. Nel merito, il T.A.R. ha respinto il ricorso dell'Autorità richiamando, in particolare, le motivazioni della sentenza n. 11164/2022, resa proprio in relazione al ricorso di Fulmine Group s.r.l. Tale sentenza aveva affermato, in primo luogo che la regola della *lex specialis* con la quale si era previsto che l'operatore economico dovesse garantire direttamente una certa copertura di C.A.P. doveva essere intesa quale requisito di esecuzione dell'appalto – e non quale requisito di partecipazione – in quanto afferente alle modalità di esecuzione del servizio aggiudicato e agli obiettivi prefissati dalla stazione appaltante.

7. Operata tale premessa la sentenza n. 11164/2022 aveva evidenziato che le regole sulle soglie di copertura diretta non potessero ritenersi illegittime alla luce della verifica del bilanciamento realizzato dalla stesse tra tutela della concorrenza e interesse pubblico ad un servizio postale soddisfacente e capillare. Effettuando tale disamina poteva convenirsi sul fatto che una soglia di copertura dei C.A.P. inferiore al 100% potesse, certamente, garantire la possibilità di aggiudicazione ad un maggior numero di operatori ma, dall'altro, occorreva considerare come ciò determinasse il rischio di una parziale insoddisfazione del servizio pubblico. Al fine di bilanciare le contrapposte esigenze: *i*) l'appalto era stato, comunque, suddiviso in lotti, aprendo, in tal modo, la selezione agli operatori con una ridotta porzione di mercato e non in grado di assicurare il servizio a livello nazionale; *ii*) erano stati ammessi i raggruppamenti di imprese, consentendo, in tal modo, la partecipazioni degli operatori che, per caratteristiche strutturali, avevano la necessità di ricorrere ad altri per assicurare il servizio; *iii*) si era garantito il ricorso al subappalto, permettendo di

selezionare qualitativamente l'attività da svolgere in proprio e quella da devolvere ad altri operatori. La sussistenza di tali elementi consentiva di escludere l'illegittimità della *lex specialis*, predicabile solo dimostrando l'impossibilità sostanziale di eseguire l'appalto neppure ricorrendo a tali strumenti. Tale previsione non si poneva, inoltre, in contrasto con le Linee Guida A.N.A.C. che dettavano percentuali di copertura territoriale del servizio con valore meramente esemplificativo.

8. La decisione appellata ha, inoltre, evidenziato come la sentenza n. 11164/2022 del T.A.R. per il Lazio avesse richiamato una precedente decisione del Consiglio di Stato (n. 4200/2017), la quale aveva ritenuto legittima la precedente gara I.N.P.S. che aveva previsto soglie di copertura territoriale diretta persino maggiori, in quanto calibrate su base ultraregionale. Inoltre, secondo il Giudice di primo grado, occorreva considerare le caratteristiche del settore postale, caratterizzato da ampia intensità di manodopera, con la conseguente possibilità di realizzare la copertura dei C.A.P. su base regionale anche ricorrendo “*a partnership con altri operatori (RTI, consorzi, aggregazioni senza personalità giuridica, subappalto ecc. oltre che attraverso l'apertura diretta di nuovi CAP), quando vi siano volumi di corrispondenza che, nel complesso, garantiscano la redditività dell'affidamento*”. In ultimo, il T.A.R. ha evidenziato come fosse inconferente il richiamo alle nuove Linee Guida approvata da A.N.A.C. e A.G.Com. nel 2022, in quanto entrate in vigore dopo la pubblicazione degli atti di gara.

9. Il T.A.R. ha respinto anche il secondo motivo con il quale l'Autorità aveva dedotto l'illegittimità della regola relativa all'utilizzo di un criterio premiale per l'operatore con copertura più elevata, evidenziando come si trattasse di una previsione relativa a parte marginale dell'appalto (in quanto riguardante il solo lotto 1, il cui valore – i.v.a. inclusa – era pari a euro 372.207,73) e, comunque, dettate per peculiari esigenze della sola Direzione Generale, la cui corrispondenza è destinata all'intero territorio

nazionale. In ultimo, la scelta di valorizzare il numero di punti di giacenza trovava giustificazione, secondo il T.A.R., nella tipologia di destinatari delle comunicazioni I.N.P.S., in gran parte persone anziane e/o affette da invalidità.

C. Il ricorso in appello dell’Autorità per la concorrenza e per il mercato, le difese di Poste Italiane s.p.a. e dell’I.N.P.S. e lo svolgimento del giudizio di appello.

10. L’Autorità ha proposto ricorso in appello premettendo all’esposizione dei motivi alcune considerazioni relative al mercato dei servizi postali.

10.1. In particolare, l’Autorità ha evidenziato come il contesto di mercato che aveva fatto da sfondo alla sentenza n. 4200/2017 di questo Consiglio fosse molto differente dall’attuale, in ragione delle: *i)* determinazioni e degli effetti derivanti dal caso “*A493 - POSTE ITALIANE/PREZZI RECAPITO*” di abuso di posizione dominante da parte di Poste Italiane (Provvedimento n. 26900 del 13.12.2017); *ii)* delle misure assunte relativamente all’accesso alla rete con la conclusione del procedimento di concentrazione “*C12333 - POSTE ITALIANE/NEXIVE GROUP*”, avvenuta in data 22.12.2020 (Provvedimento n. 28497 del 22.12.2020); *iii)* dei più recenti orientamenti dell’A.G.Com.

10.2. L’Autorità ha, quindi esposto, come, con il provvedimento n. 26900/2017, si fosse accertato che Poste Italiane s.p.a. aveva offerto ai propri clienti prodotti meno cari degli equivalenti rientranti nel servizio universale, in considerazione della maggior ampiezza e capillarità della propria rete (soprattutto con riguardo alle cc.dd. aree EU2) che imponeva agli operatori concorrenti di acquistare da Poste il servizio di recapito rientrante nel servizio universale.

10.3. In relazione al secondo aspetto [punto 10.1, lett. *ii)*], della presente ordinanza], l’Autorità ha esposto come l’acquisizione del controllo di Nexive da parte di Poste avesse comportato la crescita della quota di mercato di Poste (pari al 97 % nel

mercato totale della corrispondenza, e superiore al 90% nel mercato dei servizi di corrispondenza non universali), determinando, oltre al rafforzamento della posizione dominante di Poste Italiane s.p.a., “*il passaggio da una concorrenza infrastrutturale caratterizzata da operatori con rete, a un mercato caratterizzato dalla presenza di un’unica rete nazionale, quella del FSU, Poste Italiane, ove gli spazi per la concorrenza residuano soltanto nell’offerta a valle dei servizi postali?*”. In ragione di questo nuovo scenario di mercato l’Autorità ha esposto di aver prescritto a Poste una serie di misure, tra cui: *i*) la n. 8, che ha imposto la predisposizione di offerte “*wholesale*” di accesso da parte di Poste Italiane alla propria rete di posta “*descritta*” e posta “*indescritta*”, a condizioni “*retail minus*” e non discriminatorie, per tutta la parte di rete non economicamente duplicabile/replicabile, rivolte a qualunque operatore dotato di licenza/autorizzazione sia infrastrutturato sia non infrastrutturato, ovvero a prescindere dalla propria disponibilità di una rete di recapito infrastrutturale: *ii*) la n. 5 che ha imposto l’ulteriore ampliamento della soglia di accesso all’offerta *wholesale* delle cc.dd. aree EU2, così da premettere a più operatori di accedere a queste aree di recapito EU2.

10.3. L’Autorità ha, quindi, evidenziato come questi provvedimenti evidenziassero le caratteristiche attuali del mercato di riferimento in cui nessun operatore può vantare una copertura territoriale come quella di Poste Italiane, neppure ricorrendo agli strumenti del r.t.i. o del subappalto.

10.4. L’Autorità ha evidenziato come tali caratteristiche del mercato fossero confermate dalle nuove Linee Guida A.N.A.C. – A.G.Com per l’affidamento degli appalti pubblici di servizi postali che hanno ridotto il valore delle soglie di copertura (50% per le gare ad ampiezza nazionale e 70% per quelle ad ampiezza regionale), proprio in considerazione dell’operazione di concentrazione conseguente

all'acquisizione da parte del maggior operatore alternativo da parte di Poste Italiane, con conseguente riduzione della capacità di copertura da parte del mercato alternativo.

11. Operate queste considerazioni sul mercato dei servizi postali, l'Autorità ha articolato due motivi di ricorso in appello.

11.1. Con il primo motivo l'Autorità ha dedotto l'erroneità della sentenza osservando come fosse irrilevante ricondurre le clausole impugnate ai requisiti di partecipazione o di esecuzione, operando, in ogni caso, i principi racchiusi dall'interno dell'art. 30 del D.Lgs. n. 50/2016. L'Autorità ha, inoltre, evidenziato come il punto centrale della controversia risiedesse non solo nella soglia di copertura particolarmente elevata ma anche nella richiesta di copertura diretta di tale percentuale che, quindi, ha imposto all'operatore di provvedere con rete propria (o nei limiti previsti dal bando ricorrendo a r.t.i. e subappalto), ma senza possibilità di ricorrere al fornitore del servizio universale, tramite la c.d. postalizzazione. In tal modo, gli operatori avrebbero potuto adempiere solo formando un r.t.i. con Poste o subappaltando parte del servizio a Poste, specie in considerazione dell'impossibilità di raggiungere le zone EU2. In forza delle clausole indicate la partecipazione degli altri operatori sarebbe stato, in sostanza, rimessa alla decisione dell'impresa in posizione dominante di partecipare con altro concorrente ad un r.t.i. o di svolgere parte del servizio in subappalto. Pertanto, gli strumenti individuati dal T.A.R. sarebbero stati, in realtà, inidonei a scongiurare la compromissione della concorrenza.

11.2. In secondo luogo, l'Autorità ha contestato l'assunto del T.A.R. relativo alla necessità di un requisito di copertura territoriale minima diretta così elevato per assicurare il recapito di tutti gli invii, osservando come tale obiettivo si sarebbe

potuto raggiungere consentendo agli operatori di avvalersi dei servizi del fornitore del servizio universale; possibilità, al contrario, espressamente esclusa dagli atti di gara. In sostanza, la sussistenza di soglie di copertura elevate e l'impossibilità di avvalersi del fornitore del servizio universale avrebbero determinato un'eccessiva compressione dei principi concorrenziali, precludendo la possibilità di partecipazione ad operatori diversi da Poste Italiane s.p.a.

11.3. Con il secondo motivo l'Autorità ha dedotto l'erroneità della sentenza di primo grado nella parte in cui ha respinto la censura relativa all'attribuzione di punteggi aggiuntivi per l'operatore in grado di assicurare la copertura più elevata. Sul punto l'Autorità ha spiegato come il riferimento ai punti di giacenza operato dal primo Giudice fosse inconferente, trattandosi di aspetto non dedotto dall'odierna appellante ma da Fulmine Group s.r.l. Secondo l'Autorità, l'utilizzo di questo criterio di copertura premiale avrebbe contribuito *“ad ampliare ulteriormente i vantaggi non replicabili del Fornitore del Servizio Universale, ad ulteriore pregiudizio del principio della parità delle condizioni di partecipazione”*.

12. Si sono costituite in giudizio Poste Italiane s.p.a. e l'I.N.P.S. che, in vista dell'udienza pubblica del 6 luglio 2023, hanno depositato memorie conclusionali.

13. In particolare, l'I.N.P.S. ha evidenziato come la gara fosse stata appositamente strutturata in lotti al fine di consentire la massima partecipazione degli operatori economici e come la sussistenza concreta di una simile possibilità fosse testimoniata dall'intervenuta aggiudicazione di due di questi lotti da parte di Post & Service Group Rete Soggetto. L'Istituto ha, inoltre, evidenziato come gli atti di gara consentissero il ricorso a strumenti come il r.t.i. e il subappalto in grado di garantire il confronto concorrenziale anche per operatori minori e come il divieto di ricorso alla postalizzazione dalla quota di subappalto fosse espressione delle stesse

indicazioni fornite dalle Linee Guida A.N.A.C. n. 3/2014. La complessiva regolamentazione di gara escludeva, quindi, la dedotta violazione dei principi a tutela della concorrenza, tenendo anche conto che, come affermato da questo Consiglio (sentenza n. 431/2023), tale interesse è, comunque, funzionale alle esigenze dell'Amministrazione di acquisire beni e servizi maggiormente idonei a soddisfare l'interesse pubblico.

13.1. In relazione al secondo motivo di ricorso in appello l'I.N.P.S. ha evidenziato come il criterio premiale fosse previsto solo per il lotto 1 e per i soli prodotti "*Posta non raccomandata non Massiva*" e "*Posta raccomandata non Massiva*" e non per tutti i prodotti oggetto dell'affidamento, e come la scelta di valorizzare i punti di giacenza – premiando l'operatore in grado di aumentarli – fosse dettata anche dalle categorie di destinatari della corrispondenza I.N.P.S.

14. Poste Italiane s.p.a. ha dedotto l'infondatezza del ricorso in appello richiamando sia il precedente n. 4200/2017 di questo Consiglio che la recente sentenza della V Sezione di questo Consiglio (n. 6013/2023) relativa alla medesima gara impugnata dall'Autorità, e, in particolare, al ricorso proposto da Fulmine Group s.r.l. Inoltre, Poste ha evidenziato come l'Autorità non tenesse conto della capacità di molti operatori di offrire integrale copertura in molte Regioni e come la possibilità di ricorrere alla "*postalizzazione*" avrebbe determinato un aggravio di spesa per la stazione appaltante.

14.1. In relazione al secondo motivo di ricorso in appello Poste ha evidenziato come, diversamente da quanto dedotto dall'Autorità, ogni operatore disponesse di strumenti, anche di tipo regolamentare, per ampliare la propria copertura e competere, quindi, anche per l'attribuzione di questi punteggi. L'incremento della copertura diretta consentiva all'Amministrazione di conseguire risparmi di spesa,

senza patire i maggiori costi della postalizzazione. Inoltre, questo punteggio premiale aveva un'ulteriore valenza pro-concorrenziale, evitando fenomeni di “*parassitismo*” sulla rete di Poste e stimolando i concorrenti ad incrementare la propria copertura e gli investimenti, eventualmente anche coinvolgendo piccoli operatori locali.

15. L'Autorità ha depositato memoria di replica che è, tuttavia, inammissibile in assenza del preventivo deposito della memoria conclusionale (cfr., Consiglio di Stato, Sez. II, 30 settembre 2019, n. 6534).

16. All'udienza del 6 luglio 2023 la causa è stata trattenuta in decisione.

D. La sussistenza di un potenziale contrasto di giurisprudenza e la conseguente rimessione della controversia all'Adunanza Plenaria.

17. Entrando in *medias res* il Collegio osserva come la questione articolata nel primo motivo di ricorso in appello sia già stata esaminata dalla Quinta Sezione di questo Consiglio, con la sentenza n. 6013/2023.

17.1. Ricostruita la disciplina di gara e riassunte le censure dedotte dalla parte appellante, la Quinta Sezione che evidenziato che:

i) oggetto della gara erano esclusivamente i servizi di recapito e gestione della corrispondenza non automatizzata;

ii) ai sensi della legge di gara, il recapito doveva essere garantito sull'intero territorio del lotto regionale, in ragione della particolare utenza dell'Istituto, mentre erano postalizzati, ossia recapitati a mezzo di Poste Italiane, gli invii fuori Regione;

iii) la copertura del 100% dei C.A.P. andava intesa non in senso assoluto ma ponderato – con riferimento alla popolazione residente in ciascun Comune secondo i dati riportati nell'ultimo censimento I.S.T.A.T.;

iv) “*in concreto, l'interesse pubblico prevalente nella fattispecie era quello rivolto all'efficienza ed alla capillarità del servizio, ossia alla idoneità di questo di raggiungere il maggior numero di utenti*”

nel minor tempo possibile e con l'impiego di minori risorse: su tali preminenti esigenze non potevano dunque ritenersi prevalere le diverse istanze, meno meritevoli di tutela, di maggiore diffusione concorrenziale nello svolgimento del servizio tra i vari operatori, tanto più che si trattava, nella specie, del Servizio Pubblico Universale, che gode di uno statuto speciale che ne esenta la disciplina dai comuni vincoli di equilibrio economico – in deroga al regime concorrenziale – e la cui legittimità si fonda sull'art. 106, par. 2, del T.F.U.E. [...], nonché per quanto interessa Poste Italiane ed il servizio postale, gli artt. 3 e 23 del d.lgs. 22 luglio 1999, n. 261, il d.lgs. 31 marzo 2011, n. 58 e la l. n. 12 novembre 2011, n. 183 (art. 33, comma 31)”;

v) andava, quindi, ribadita – “in assenza di rilevanti sopravvenienze” – “la validità dei principi già espressi da Cons. Stato, VI, 5 settembre 2017, n. 4200, per cui l’interesse alla tutela della concorrenza non può sempre prevalere rispetto agli altri interessi primari e secondari, anch’essi di natura pubblicistica, che le stazioni appaltanti devono necessariamente considerare nell’esercizio della propria discrezionalità, tra i quali quello specifico ad un servizio postale soddisfacente e capillare; nel caso attualmente in esame, peraltro, l’INPS aveva comunque inteso adottare delle strategie di compensazione per garantire la più ampia partecipazione possibile, in particolare riducendo in misura significativa l’estensione dei lotti, suddividendo il territorio nazionale in venti lotti di estensione regionale”;

vii) “in ogni caso, nell’ottica di una maggiore partecipazione degli operatori economici alla procedura, la legge di gara ammetteva la possibilità, per le imprese del settore, non solo di partecipare con altre imprese in RTI o ATI, ma anche di ricorrere all’istituto del subappalto senza alcuna limitazione, purché dichiarato in sede di partecipazione alla gara (fermo in ogni caso quanto prescritto dall’art. 105, comma primo, secondo periodo d.lgs. n. 50 del 2016, trattandosi di contratto ad alta intensità di manodopera)”;

viii) andava, inoltre, “considerato che alla gara prendevano parte, oltre a Poste Italiane s.p.a., altri due concorrenti, uno dei quali – a confutare la dedotta impossibilità di formulare un’offerta

rispondente ai parametri stabiliti dalla legge di gara – si era aggiudicato entrambi i lotti per i quali aveva presentato offerta; del resto, l'assunto di Fulmine Group s.r.l. secondo cui vi sarebbero intere zone del territorio nazionale – non meglio individuate – nelle quali non interverrebbe alcun operatore privato, con conseguente impossibilità di “coprirle” ricorrendo a forme di partecipazione associata quali RTI o ATI, è piuttosto generico, non fornendo l'appellante adeguate precisazioni al riguardo”.

18. In sintesi, la sentenza n. 6013/2023 di questo Consiglio non ha ritenuto illegittima la disciplina di gara, anche alla luce dei principi affermati dalla sentenza n. 4200/2017. Al contrario, il Collegio è dell'avviso che la disciplina di gara non possa ritenersi conforme alle regole e ai principi posti a tutela della concorrenza nell'ambito delle procedure di affidamento dei contratti pubblici, per le ragioni che saranno di seguito esposte. Il diverso avviso del Collegio integra i presupposti di cui all'art. 99, comma 1, c.p.a. che impone alla Sezione alla quale è assegnato un ricorso giurisdizionale di rimettere lo stesso all'Adunanza Plenaria quanto “*il punto di diritto sottoposto al suo esame*” può “*dare luogo a contrasti giurisprudenziali*”, e, in particolare, ad un possibile contrasto con i principi affermati dalle sentenze n. 4200/2017 e 6013/2023 di questo Consiglio.

19. Nel rimettere il ricorso all'Adunanza Plenaria, il Collegio osserva come il punto controverso riguardi, in particolare, la legittimità delle clausole di cui ai punti 6.4.1 (per il lotto n. 1) e 6.4.2. (per i lotti da 2 a 21), relative, rispettivamente, alla copertura geografica diretta della corrispondenza nazionale.

19.1. Tali clausole hanno imposto la copertura diretta: *i)* per il lotto n. 1, di almeno l'80% della popolazione residente in Italia misurata sulla base dei C.A.P. ponderati di cui all'Allegato 9.1 della lettera di invito; *ii)* per i lotti da 2 a 21, del 100% della popolazione residente nel lotto misurata sulla base dei C.A.P. insistenti nel lotto di

riferimento. Al fine di consentire anche agli operatori minori di adempiere a tali obblighi (e, quindi, di partecipare alla gara), la *lex specialis* ha previsto il ricorso a taluni strumenti, valorizzati tanto dalla sentenza di primo grado, quanto dalla decisione n. 6013/2023 di questo Consiglio. In particolare, si è consentito di partecipare costituendo un raggruppamento di operatori economici e di ricorrere al subappalto e alle prestazioni rese in forza di contratti continuativi di cooperazione, servizio e/o fornitura sottoscritti in epoca anteriore alla indizione della procedura finalizzata alla aggiudicazione dell'appalto [art. 105, comma 3, lett. *c-bis*), del D.Lgs. n. 50/2016]. Misure che, secondo la sentenza n. 6013/2023 di questo Consiglio, avrebbero costituito “*strategie di compensazione*” per consentire la più ampia partecipazione possibile, e delle quali avrebbe fatto parte anche la significativa riduzione dell’estensione dei lotti rispetto alla gara oggetto della sentenza n. 4200/2017 di questo Consiglio. I principi affermati da quest’ultima sentenza dovrebbero, quindi, ritenersi ancora validi, “*in assenza*” – ha sottolineato la decisione n. 6013/2023 – “*di rilevanti sopravvenienze*”.

19.2. Osserva, invece, il Collegio come la disamina del mercato di riferimento a cui si riferisce la procedura di gara disveli, invero, la sussistenza di uno scenario differente da quello preso in considerazione dalla sentenza n. 4200/2017 di questo Consiglio. Inoltre, in questo scenario di mercato le “*strategie di compensazione*” adottate da I.N.P.S. non potevano risultare, comunque, idonee ad escludere una notevole compressione dei principi a tutela della concorrenza che, a differenza di quanto evidenziato dal T.A.R., non paiono essere stato adeguatamente bilanciati con gli ulteriori interessi perseguiti dalla stazione appaltante. Tale conclusione si fonda sul necessario congiunto operare di tre elementi della disciplina di gara: *i*) la misura delle soglie di copertura diretta; *ii*) la concreta capacità delle “*strategie di compensazione*” di

assicurare la più ampia partecipazione in un settore peculiare come il mercato dei servizi postali; *iii*) l'impossibilità di ricorrere al fornitore del servizio universale.

20. Procedendo con ordine si osserva, in primo luogo, come la delibera A.N.A.C. n. 4/2014, pur non dettando criteri vincolanti in *parte qua*, avesse segnalato come *“l'unico operatore in grado di coprire da solo il 100% del territorio nazionale sia Poste, e che gli operatori privati, da soli, riescano a garantire una copertura territoriale regionale, o al massimo sovra regionale”*, Pertanto, al fine di *“rendere effettiva la liberalizzazione del mercato postale [era necessario secondo A.N.A.C.] che le stazioni appaltanti [valutassero] nei bandi di gara l'opportunità di dividere l'oggetto dell'affidamento in più lotti di recapito distinti, ad esempio in base ad aree omogenee di territorio”*. Con riferimento alla copertura minima del lotto A.N.A.C. si era limitata a segnalare come il quantitativo *“di regola”* non fosse superiore all'80 per cento dei volumi appartenenti al lotto, con possibilità di postalizzazione del restante 20% del servizio.

20.1. Il tema in esame è stato maggiormente approfondito delle Linee Guida A.N.A.C. – A.G.Com del 13.4.2022, che, pur non rilevando direttamente *ratione temporis*, esprimono, comunque, un principio generale nella parte in cui hanno evidenziato che *“l'individuazione dei livelli minimi di copertura e del punteggio attribuibile per la copertura offerta è effettuata sulla base di adeguate analisi di mercato, assicurando il rispetto dei principi di proporzionalità e ragionevolezza e i limiti della pertinenza e congruità rispetto all'oggetto della gara”* (punto 3.3). Inoltre, tali Linee-Guida hanno ipotizzato, pur a titolo meramente esemplificativo, alcune previsioni di copertura, *“con l'intento di assicurare, in un'ottica pro concorrenziale, la più ampia partecipazione alle gare di appalto”* (50% per il territorio nazionale e al 70% per il territorio regionale).

20.2. Nel caso di specie, le soglie di copertura indicate dalla stazione appaltante sono state nettamente superiori sia ai valori indicati nelle Linee Guide del 2014 che in

quelle del 2022 che, pur non operando *ratione temporis*, forniscono, comunque parametri indicativi per verificare la proporzionalità e ragionevolezza della scelta intrapresa dagli atti di gara.

21. Tale valutazione deve necessariamente involgere gli altri due aspetti in precedenza illustrati che consentono di accertare la necessità e l'adeguatezza delle scelte compiute dalla stazione appaltante.

22. Come evidenziato in precedenza, sia la sentenza appellata che la decisione n. 6013/2023 di questo Consiglio hanno evidenziato come le soglie di copertura non potessero ritenersi *ex se* lesive dei principi a tutela della concorrenza, tenendo conto della possibilità di costituire un r.t.i. e di ricorrere al subappalto (e - aggiunge il Collegio - ai contratti di contratti continuativi di cooperazione, servizio e/o fornitura sottoscritti in epoca anteriore alla indizione della procedura finalizzata alla aggiudicazione dell'appalto). Simili strumenti non possono, tuttavia, essere apprezzati in termini meramente astratti ma devono tener conto del mercato di riferimento e, quindi, del mercato dei servizi postali e delle peculiarità di tale settore, compresa la presenza delle aree EU2 (ove non vi è altra rete alternativa a quella del fornitore del servizio universale), sulla quale si sofferma diffusamente il ricorso in appello dell'Autorità.

22.1. A tal fine, può prendersi in considerazione quanto esposto dall'Autorità di settore nel documento relativo agli esiti della consultazione pubblica propedeutica alla delibera n. 27/22, alla quale rinvia la stessa difesa di Poste Italiane s.p.a. L'Autorità di Garanzie nelle Comunicazioni ha evidenziato, in primo luogo, come l'acquisizione da parte di Poste del principale concorrente (Nexive) avesse portato il numero dei concorrenti nazionali da cinque a tre (Fulmine, Citypost e Mail Express Poste Private). Tale acquisizione risultava, inoltre, *“avvenuta in un contesto di mercato*

caratterizzato, da almeno cinque anni, da una costante riduzione del grado di concorrenza”, con progressiva crescita del disinvestimento infrastrutturale degli operatori alternativi, e, per converso, con estensione dal 6% al 13,2 %, in termini di popolazione interessata, delle aree EU2 nel periodo 2017-2019 (f. 3 dell’Allegato A alla delibera n. 27/22/Cons). L’acquisizione di Nexive (la cui quota di mercato era pari, al momento dell’acquisizione, al 16%), ha comportato – secondo la stessa A.G.Com. – l’incremento della quota di mercato di Poste Italiane, con necessaria compressione della quota degli altri operatori (già pari al solo 7% al momento dell’acquisizione).

22.2. Questi dati generali costituiscono uno dei sostrati su cui si è retta la determinazione dell’Autorità di settore sulle aree EU2 che sono state calibrate sulla copertura delle reti postali presenti in Italia. In questa parte del documento compare il passaggio ricordato da Poste Italiane nel quale l’Autorità ha evidenziato che, *“in alcune Regioni (Campania, Calabria, Puglia, Sicilia e Toscana), la presenza di un congruo numero di operatori postali locali infrastrutturati porta ad una copertura aggregata prossima al 100% della popolazione”*; pertanto, *“la formula del test da applicare alle offerte di PI, presentate nell’ambito di gare e RDO regionali o sub-regionali svolte in Campania, Calabria, Puglia, Sicilia e Toscana, dovrebbe assumere l’ipotesi di copertura diretta dell’ipotetico operatore efficiente pari al 100%”* (f. 10 del documento). Tuttavia, tale considerazione è limitata alle sole Regioni indicate, ove sussiste un congruo numero di operatori postali locali infrastrutturati che porta ad una copertura aggregata prossima al 100% della popolazione. Nelle altre Regioni, al contrario, simile situazione non si verifica, con la conseguenza che la pretesa di una copertura da parte del singolo operatore della quota pari al 100% risulta non aderente all’attuale sviluppo del mercato.

22.3. In questo contesto si è collocata, quindi, la decisione dell’Autorità che ha ritenuto: i) di *“utilizzare per l’individuazione delle aree EU2 a livello di CAP, per la posta*

indescritta, la copertura aggregata degli operatori postali alternativi nazionali, che considera le aree coperte da almeno un operatore alternativo tra quelli che offrono, in maniera stabile e continuativa, servizi di recapito ad almeno il 25% della popolazione, che porta ad una percentuale di CAP EU2 in termini di popolazione pari al 30,4%”; ii) di utilizzare per la posta descritta “la copertura aggregata dei predetti operatori postali alternativi nazionali, inclusi i 37 operatori, originariamente recapitisti per Nexive e che, pur attualmente contrattualizzati con PI/Nexive, possono agire per conto proprio e/ o di terzi, che porta ad una percentuale di CAP EU2 in termini di popolazione pari al 10,2%”. In sostanza, le aree EU non replicabili valgono, in termini di popolazione, il 30,4% del totale per il recapito della posta indescritta ed il 10,2% per la posta descritta

23. Le circostanze e i dati riportati sono particolarmente significative per due profili per la controversia all’attenzione del Collegio.

23.1. In primo luogo, tali dati testimoniano come non possano ritenersi assenti “*rilevanti sopravvenienze*” rispetto allo scenario di mercato preso in considerazione dalla sentenza n. 4200/2017. Al contrario, sia i dati indicati che le misure esposte nel ricorso in appello dell’Autorità (v., *retro*, punti 10-10.4 della presente ordinanza) testimoniano l’ulteriore decrescita di una concorrenza effettiva nel mercato dei servizi postali.

23.2. In secondo luogo, i dati e le circostanze esposte costituiscono elementi di necessario riferimento per verificare l’adeguatezza delle “*strategie compensative*” della procedura di gara in esame, alle quali ha fatto riferimento la sentenza n. 6013/2023 di questo Consiglio. Deve, infatti, considerarsi come aree EU2 risultino, comunque, presenti in diversi parti del territorio nazionale, e, comunque, in ciascuno degli spazi territoriali a cui si riferiscono i lotti di gara. Tale circostanza incide sull’effettiva possibilità per l’operatore economico di garantire la “*diretta copertura*” dell’ambito

territoriale indicato nel lotto, pur costituendo una r.t.i. o avvalendosi del subappalto. Infatti, dalla totalità delle aree coperte dai vari operatori economici diversi da Poste Italiane, dovrebbero, comunque, sottrarsi le zone EU2 che non sono coperte dalle reti di questi operatori. Da ciò deriva la sostanziale impossibilità di garantire la copertura diretta del lotto nelle percentuali indicate dalla stazione appaltante (80 per cento per il lotto 1 e, persino, 100 % per i lotti da 2 a 21) anche avvalendosi degli strumenti valorizzati dalla sentenza di primo grado e dalla decisione n. 6013/2023. In particolare, nei lotti da 2 a 21, la soglia di copertura diretta è pari al 100% e, come tale, necessariamente involge zone EU2, ove l'antieconomicità del servizio è sancita dalla stessa Autorità di settore.

23.3. In sostanza, la combinazione tra l'elevata soglia di copertura diretta e la conseguente ricomprensione in tale ambito delle zone EU2 ha comportato la compromissione di un effettivo confronto concorrenziale che, per le ragioni spiegate, non è stato, comunque, suscettibile di idonea compensazione con gli strumenti indicati nella sentenza appellata che non poteva considerarsi idonee a superare l'ostacolo costituito dalla presenza delle zone EU2.

23.4. A ciò si è aggiunto l'espresso divieto di ricorrere al fornitore del servizio universale che, come esposto dall'appellante, ha inciso sulla possibilità di assicurare una copertura diretta del lotto da parte degli operatori, costringendo gli stessi a poter contare astrattamente solo sulla propria o sulle proprie reti. Situazione che, tuttavia, "sconta" i limiti in precedenza illustrati, i quali non possono, quindi, neppure essere colmati attraverso quello che sarebbe il "naturale" strumento compensativo calibrato sulla presenza delle zone EU2, e, cioè, proprio il ricorso al fornitore del servizio universale. Né il ricorso al servizio universale avrebbe comportato, necessariamente, l'incremento dei costi per la stazione appaltante, come evidenziato da Poste Italiane.

Infatti, tale affermazione è meramente ipotetica e non tiene conto della possibilità – non escludibile *a priori* – per gli operatori economici di formulare, comunque, offerte competitive pur di aggiudicarsi il lotto, rinunciando, in ipotesi, a margini di redditività, con conseguente non necessario incremento dei costi complessivi per la stazione appaltante.

23.5. Del resto, questo confronto competitivo – volto a realizzare, in primo luogo, proprio l'interesse pubblico all'economicità della spesa, e con esso la “*convenienza amministrativa*” dell'acquisto – non si è, in sostanza, realizzato e ciò, verosimilmente, proprio per le clausole impugnate dall'Autorità e, in particolare, per l'inidoneità della stesse a tener conto della reale e concreta situazione del mercato dei servizi postali, come sopra pur brevemente illustrato. Infatti, nonostante la suddivisione in lotti e l'ingente valore economico della gara, risulta che: *i*) la sola Poste Italiane ha presentato offerte per i lotti 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 18, 19, 21; *ii*) C.S.I. s.r.l. ha presentato offerte per i lotti 17 e 18 ma, con gravi carenze nelle offerte tecniche, tanto da essere stata successivamente esclusa; *iii*) due soli lotti su 22 sono aggiudicati all'altro solo operatore che ha presentato valide offerte; *iv*) per tutti i lotti (da 1 al 21), Poste Italiane ha presentato offerte pari al valore posto a base d'asta (*cf.* determina di aggiudicazione dell'8.2.2022, depositata nel giudizio di primo grado da I.N.P.S.), laddove un confronto concorrenziale effettivo o comunque più significativo avrebbe con ogni probabilità determinato, invece, la necessità di un ribasso della base d'asta, assicurando altrettanto verosimilmente un risparmio all'ente committente a tutto beneficio, in ultimo, della spesa pubblica.

24. Dalle considerazioni sin qui esposte il Collegio ravvisa l'illegittimità della disciplina di gara in quanto sostanzialmente preclusiva di un effettivo e concreto confronto concorrenziale, come tale lesiva sia dell'interesse degli operatori del

settore a concorrere gli uni con gli altri su un piano di non discriminazione, sia dell'interesse della stessa stazione appaltante ad avere una platea più vasta di possibili contraenti, tra i quali scegliere, in funzione del "*miglior risultato possibile*" nell'affidamento e nell'esecuzione dei contratti. Infatti, il Collegio osserva come la legittimità di tale disciplina non possa essere sancita dalla prevalenza di ulteriori interessi pubblici, prevalenti nel bilanciamento con quelli sin qui esposti. Infatti, l'interesse ad ottenere il servizio al minor costo possibile non sarebbe stato necessariamente vanificato, come esposto, dalla possibilità di consentire il ricorso alla postalizzazione per le aree non coperte dalla rete dell'operatore. Al contrario, proprio l'interesse ad ottenere un servizio al costo inferiore risulta esser stato concretamente inibito dalle regole di gara che, per le ragioni esposte, hanno precluso un effettivo confronto concorrenziale, comportando l'assegnazione a Poste Italiane di 19 lotti su 21 al valore posto a base d'asta e, quindi, giova ripetere, senza alcun ribasso. Inoltre, le regole della procedura non possono neppure ritenersi giustificate da esigenze di capillarità del servizio che si sarebbe potuto, comunque, assicurare consentendo il ricorso al servizio universale per le sole aree non coperte dalla rete dell'operatore.

25. In conclusione, il Collegio ritiene sussistenti i presupposti per un possibile accoglimento ma, considerato che una simile decisione determinerebbe l'insorgenza di un contrasto giurisprudenziale, oltre tutto in una vicenda suscettibile di assumere valenze paradigmatiche e che pone dunque questioni di massima, deferisce il ricorso all'esame dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato sul punto di diritto sopra indicato.

26. La decisione su tale profilo ha portata assorbente e, comunque, costituisce aspetto logicamente e giuridicamente prioritario rispetto al secondo motivo,

inerente, come spiegato al solo incremento del punteggio mediante un criterio premiale per la maggior copertura del lotto n. 1, e che, pertanto, potrà essere esaminato solo dopo la pronuncia dell'Adunanza Plenaria sul punto controverso rimesso alla decisione della stessa, o, comunque, dalla stessa Adunanza Plenaria alla quale è rimessa l'intera controversia, salvo le diverse determinazioni *ex art.* 99, comma 4, c.p.a.

27. In conclusione, si formula all'Adunanza Plenaria il seguente quesito: *“Se, a risoluzione del potenziale contrasto di giurisprudenza, possa ritenersi legittima una disciplina di gara come quella illustrata nella presente ordinanza che, imponendo obblighi di copertura diretta dei lotti nelle percentuali dell'80% su base nazionale e del 100% su base regionale - non adeguati allo stato attuale del mercato dei servizi postali e senza possibilità di ricorso ai servizi del fornitore del servizio universale - precluda, in sostanza, o, comunque, riduca in modo drastico la possibilità di partecipazione di operatori postali diversi da Poste Italiane s.p.a. comprimendo, in tal modo, il confronto concorrenziale tra gli operatori e non consentendo, di fatto, alla stazione appaltante di scegliere in funzione del miglior risultato possibile nell'affidamento e nell'esecuzione dei contratti, senza ottenere, quindi, risparmi di spesa, e senza che tale disciplina di gara sia imposta dall'esigenza di ottenere la capillarità del servizio postale che sarebbe, comunque, assicurata dalla possibilità di ricorrere al fornitore del servizio universale per le sole zone non coperte dalla rete del diverso operatore postale”*.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta) non definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe, ne dispone il deferimento all'adunanza plenaria del Consiglio di Stato.

Manda alla segreteria della sezione per gli adempimenti di competenza, e, in particolare, per la trasmissione del fascicolo di causa e della presente ordinanza al segretario incaricato di assistere all'adunanza plenaria.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 6 luglio 2023 con l'intervento dei magistrati:

Hadrian Simonetti, Presidente

Oreste Mario Caputo, Consigliere

Giordano Lamberti, Consigliere

Roberto Caponigro, Consigliere

Lorenzo Cordi', Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Lorenzo Cordi'

IL PRESIDENTE
Hadrian Simonetti

IL SEGRETARIO