

INTESE E ABUSO DI POSIZIONE DOMINANTE

A536 - REGIONE TOSCANA/GARA PER L'AFFIDAMENTO DEL SERVIZIO DI TRASPORTO PUBBLICO LOCALE

Provvedimento n. 29781

L'AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO

NELLA SUA ADUNANZA del 20 luglio 2021;

SENTITO il Relatore, Presidente Roberto Rustichelli;

VISTO l'articolo 102 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE);

VISTO il Regolamento del Consiglio n. 1/2003 del 16 dicembre 2002;

VISTA la legge 10 ottobre 1990, n. 287;

VISTO il D.P.R. 30 aprile 1998, n. 217;

VISTA la "*Comunicazione relativa all'applicazione dell'articolo 14 bis della legge 10 ottobre 1990, n. 287*" assunta con provvedimento n. 16218 nell'adunanza del 12 dicembre 2006;

VISTA la propria delibera del 3 giugno 2020, con la quale è stato avviato un procedimento istruttorio ai sensi dell'articolo 14 della legge n. 287/90, nei confronti di ATAF&Linea S.c. a r.l., Ataf Gestioni S.r.l., Li-nea S.p.A., Tiemme S.p.A., Siena Mobilità S.c. a r.l., ByBus S.c. a r.l., BusItalia – Sita Nord S.r.l., CTT Nord S.r.l., Vaibus S.c. a r.l., Trasporti Toscani S.r.l., Consorzio Pisano Trasporti S.r.l., 3' Millennium Travel S.r.l., Etruria Mobilità S.c. a r.l., Baschetti Autoservizi S.r.l., A.L.A. Bus S.r.l., Autolinee Fabbri S.r.l., BluBus S.c. a r.l., Copit S.p.A., Consorzio Autolinee Pratesi S.c. a r.l., Cooperativa Autotrasporti Pratese – Società Cooperativa, Autolinee Mugello Valdisieve S.c. a r.l., Autolinee Chianti Valdarno S.c. a r.l., Ala Golden Tour S.r.l., Fratelli Alterini Autoservizi Reggello di Piero Alterini e C. S.n.c., PiùBus S.c. a r.l. e ONE S.c. a r.l. per accertare l'esistenza di possibili violazioni dell'articolo 102 del TFUE, consistenti nel mancato trasferimento di informazioni e dati necessari, nonché nella mancata attuazione degli atti propedeutici al trasferimento dei beni essenziali ai fini del subentro di Autolinee Toscane S.p.A. nell'offerta dei servizi di TPL nell'Ambito Regionale Toscano;

VISTA la medesima delibera del 3 giugno 2020, con la quale sono state altresì adottate misure cautelari provvisorie, ai sensi dell'articolo 14-*bis* della legge n. 287/90, nei confronti delle medesime società, volte ad intimare la trasmissione, ciascuna per la parte di propria competenza: 1) delle informazioni necessarie per la cancellazione delle ipoteche sui beni immobili; 2) dei dati e documenti sui beni immobili essenziali, indispensabili alla stipula degli atti di trasferimento; 3) dei dati e documenti sui sistemi AVM cofinanziati da Regione Toscana e vincolati al servizio; 4) delle informazioni concernenti gli elenchi abbonati;

VISTA la propria delibera del 23 giugno 2020, con la quale è stata confermata, ai sensi dell'articolo 14-*bis* della legge n. 287/90, l'adozione delle misure cautelari provvisorie deliberate in data 3 giugno 2020;

VISTA la propria comunicazione del 23 ottobre 2020, concernente la presa d'atto sulle attività svolte da ATAF&Linea S.c. a r.l., Ataf Gestioni S.r.l., Li-nea S.p.A., Tiemme S.p.A., Siena Mobilità S.c. a r.l., ByBus S.c. a r.l., BusItalia – Sita Nord S.r.l., CTT Nord S.r.l., Vaibus S.c. a r.l., Trasporti Toscani S.r.l., Consorzio Pisano Trasporti S.r.l., 3' Millennium Travel S.r.l., Etruria Mobilità S.c. a r.l., Baschetti Autoservizi S.r.l., A.L.A. Bus S.r.l., Autolinee Fabbri S.r.l., BluBus S.c. a r.l., Copit S.p.A., Consorzio Autolinee Pratesi S.c. a r.l., Cooperativa Autotrasporti Pratese – Società Cooperativa, Autolinee Mugello Valdisieve S.c. a r.l., Autolinee Chianti Valdarno S.c. a r.l., Ala Golden Tour S.r.l., Fratelli Alterini Autoservizi Reggello di Piero Alterini e C. S.n.c., PiùBus S.c. a r.l. e ONE S.c. a r.l. al fine di ottemperare alle misure cautelari di cui alle citate delibere del 3 giugno 2020 e 23 giugno 2020;

VISTA la propria delibera del 22 dicembre 2020, con cui è stata estesa soggettivamente l'istruttoria nei confronti delle società Rete Automobilistica Maremmana Amiatina S.p.A. (in forma abbreviata, "R.A.M.A."), Tra.In S.p.A. e Autolinee Toscana Nord S.r.l., nonché esteso l'oggetto della contestazione alla presunta condotta abusiva concernente il mancato trasferimento, anche in via transitoria, dei beni essenziali (beni immobili in vendita e/o locazione, autobus e altri beni mobili) al subentro di Autolinee Toscane S.p.A. nei confronti delle società ONE S.c. a r.l., Ataf Gestioni S.r.l., Li-nea S.p.A., Tiemme S.p.A., BusItalia – Sita Nord S.r.l., CTT Nord S.r.l., Trasporti Toscani S.r.l., 3' Millennium Travel S.r.l., Baschetti Autoservizi S.r.l., Autolinee Fabbri S.r.l., Copit S.p.A. e Cooperativa Autotrasporti Pratese – Società Cooperativa, già parti del procedimento, nonché R.A.M.A. S.p.A., Tra.In S.p.A. e Autolinee Toscana Nord S.r.l.;

VISTA la sentenza del Consiglio di Stato n. 2968 del 21 giugno 2021;

VISTA l'istanza di proroga del termine di chiusura del procedimento depositata da Autolinee Toscane S.p.A. in data 29 giugno 2021;

VISTI gli atti del procedimento;

CONSIDERATE la complessità della fattispecie oggetto del procedimento e l'ampia mole della documentazione acquisita al fascicolo;

CONSIDERATA la necessità di assicurare alle Parti il più ampio esercizio del diritto di difesa e di garantire il pieno dispiegarsi del contraddittorio;

RITENUTO, pertanto, di dover prorogare il termine di chiusura del procedimento, attualmente fissato al 31 luglio 2021;

DELIBERA

di prorogare al 31 marzo 2022 il termine di conclusione del procedimento.

Il presente provvedimento sarà notificato ai soggetti interessati e pubblicato nel Bollettino dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.

IL SEGRETARIO GENERALE
Filippo Arena

IL PRESIDENTE
Roberto Rustichelli

A539 - POSTE ITALIANE/CONTRATTI FORNITURA SERVIZIO RECAPITI

Provvedimento n. 29782

L'AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO

NELLA SUA ADUNANZA del 20 luglio 2021;

SENTITO il Relatore Professor Michele Ainis;

VISTA la legge 10 ottobre 1990, n. 287;

VISTA la legge 18 giugno 1998, n. 192 e, in particolare, l'articolo 9;

VISTO il D.P.R. 30 aprile 1998, n. 217;

VISTI il D.L. 17 marzo 2020, n. 18, articolo 103 e il D.L. 8 aprile 2020, n. 23, articolo 37, sulla sospensione dei termini dei procedimenti amministrativi, sulla base dei quali è stato prorogato *ex lege* al 28 agosto 2021 il termine di conclusione del procedimento;

VISTO il proprio provvedimento n. 28192 adottato in data 17 marzo 2020, con cui è stata avviata un'istruttoria nei confronti della società Poste Italiane S.p.A. ai sensi dell'articolo 9, comma 3-*bis*, della legge 18 giugno 1998, n. 192 e dell'articolo 14 della legge 10 ottobre 1990, n. 287;

VISTO il proprio provvedimento n. 28278 del 23 giugno 2020 con il quale è stato disposto l'accertamento ispettivo, ai sensi dell'articolo 14, comma 2, della legge 10 ottobre 1990, n. 287, presso le sedi della società Poste Italiane S.p.A.;

VISTA la Comunicazione delle Risultanze Istruttorie, inviata alle Parti del procedimento in data 17 marzo 2021;

VISTE le memorie e gli scritti difensivi finali presentati dalla società Poste Italiane S.p.A. in data 28 aprile 2021 e integrati in data 3 maggio 2021;

SENTITI in audizione finale, in data 3 maggio 2021, i rappresentanti delle società Poste Italiane S.p.A. e Soluzioni S.r.l.;

VISTI gli atti del procedimento e la documentazione acquisita nel corso dell'istruttoria;

CONSIDERATO quanto segue:

I. LE PARTI

1. Poste Italiane S.p.A. (di seguito, anche Poste Italiane) è la società, quotata in Borsa, a capo dell'omonimo Gruppo attivo, oltre che nel settore postale, anche in numerosi altri mercati, tra i quali quello dei servizi finanziari e assicurativi. Poste Italiane è il fornitore del Servizio Postale Universale (di seguito anche SU). Il fatturato realizzato dal Gruppo Poste Italiane nel 2020 è stato pari a circa 10,5 miliardi di euro¹, di cui circa 3,2 miliardi di euro relativi al settore dei servizi postali (corrispondenza, pacchi e altro)².

¹ "Ricavi netti della gestione ordinaria", Bilancio consolidato 2020, pubblicato sul sito di Poste Italiane www.posteitaliane.it, sezione "Bilanci e relazioni".

² "Ricavi da corrispondenza, pacchi e altro", Bilancio consolidato 2020 cit.

2. Soluzioni S.r.l. (di seguito, anche Soluzioni) è una società avente ad oggetto, tra l'altro, l'attività di accettazione e recapito di corrispondenza epistolare e ordinaria nonché di corrispondenza registrata. Fino a metà del 2017, la società ha prestato il servizio di distribuzione e raccolta di corrispondenza e posta non indirizzata ed espletamento di servizi ausiliari in ambito urbano, nella città di Napoli, in virtù di contratti sottoscritti con Poste Italiane. Nel 2016 Soluzioni ha realizzato un fatturato pari a circa 3,2 milioni di euro; nel 2017 ha realizzato un fatturato pari a circa 1,5 milioni di euro; nel 2018 e nel 2019 la società non ha realizzato fatturato. A fine dicembre 2017 è stata disposta la procedura di liquidazione della società; detta procedura è stata successivamente revocata ed è stato altresì modificato l'oggetto sociale di Soluzioni, comprendente allo stato anche attività di natura immobiliare.

II. L'ATTIVITÀ ISTRUTTORIA

II.1 La segnalazione di Soluzioni

3. Con segnalazione del 15 gennaio 2020³, Soluzioni ha portato a conoscenza dell'Autorità alcune condotte ad opera di Poste Italiane, suscettibili di essere configurate come una fattispecie di abuso di dipendenza economica ai sensi dell'articolo 9 della legge n. 192/1998⁴.

4. Dall'avvio del processo di liberalizzazione del settore dei servizi postali, Soluzioni ha sottoscritto vari accordi con Poste Italiane, dapprima nella forma di accordi di *partnership*, poi in quella di accordi quadro sottoscritti a esito dell'aggiudicazione di gare con chiamata da Albo bandite da Poste Italiane⁵ e successivamente prorogati, da ultimo sino a metà del 2017. Tali accordi riguardavano inizialmente il recapito delle raccomandate nella città di Napoli e successivamente la fornitura del servizio di distribuzione e raccolta di corrispondenza (registrata e non registrata) e posta non indirizzata ed espletamento di servizi ausiliari sempre nella città di Napoli.

5. Ad avviso di Soluzioni, la società si sarebbe trovata sino a metà del 2017 in una situazione di dipendenza economica nei confronti di Poste Italiane - stante lo squilibrio di diritti e obblighi a favore di quest'ultima, desumibile tra l'altro dalla composizione del fatturato di Soluzioni, realizzato essenzialmente attraverso i servizi resi a Poste Italiane, nonché dal carattere di esclusiva dei rapporti di Soluzioni con Poste Italiane - di cui Poste Italiane avrebbe abusato.

6. In particolare, Soluzioni lamenta la presenza, nei contratti che hanno regolato i rapporti con Poste Italiane sino a metà del 2017, di clausole che avrebbero ostacolato, se non impedito, la ricerca di committenti terzi da parte di Soluzioni nonché la possibilità di operare in concorrenza diretta con Poste Italiane, tra cui le clausole che prevedevano un diritto di prelazione, un divieto di concorrenza e, almeno dal 2012, un divieto di trasportare e consegnare contestualmente prodotti di Poste Italiane e di terzi, pena la risoluzione del contratto *ipso iure*. In virtù di tale divieto, la società, per poter

³ Cfr. doc. 1. Il contenuto della segnalazione è poi stato illustrato e ulteriormente chiarito da Soluzioni nel corso di due audizioni precedenti all'avvio del procedimento, tenutesi nelle date del 21 gennaio e 14 febbraio 2020. Cfr. docc. 5 e 9.

⁴ Soluzioni ha fatto presente di aver promosso anche due giudizi civili avverso Poste Italiane, attualmente pendenti, uno sull'accertamento dell'abuso di dipendenza economica da parte di Poste Italiane e uno sull'accertamento di attività aggiuntive non previste nei contratti e/o non retribuite richieste sempre da Poste Italiane, rappresentando con riguardo a queste ultime che negli anni in cui ha lavorato per Poste Italiane la società è stata incaricata, sotto il diretto e costante controllo di Poste Italiane, di eseguire per suo conto delle prestazioni aggiuntive non previste nei contratti e/o non retribuite.

⁵ Ai sensi della normativa allora vigente, in particolare, l'articolo 232 del D.Lgs. 12 aprile 2006, n.163.

operare anche con soggetti diversi da Poste Italiane o in concorrenza diretta con Poste Italiane, avrebbe dovuto sopportare una sostanziale duplicazione dei costi operativi legati ai servizi prestatati.

7. Soluzioni lamenta altresì la previsione, nei medesimi contratti sottoscritti con Poste Italiane, di ampi margini di variabilità nelle forniture dei servizi da rendere a Poste Italiane, circostanza che avrebbe indotto Soluzioni a mantenere una struttura sovradimensionata, necessaria a soddisfare ogni richiesta di Poste Italiane. Poste Italiane avrebbe anche chiesto a Soluzioni il rispetto di regole (tra le quali quelle contenute nel Manuale operativo per il recapito da parte di terzi, allegato ai vari contratti) e parametri organizzativi tali da irrigidire ulteriormente la struttura aziendale di Soluzioni, rendendola così ancora meno adatta a operare con soggetti diversi da Poste Italiane. Ciò anche in ragione di obblighi, non necessariamente esplicitati nei contratti, tra i quali far indossare ai dipendenti di Soluzioni *gilet* recanti una dicitura da cui si evinceva che questi ultimi stavano svolgendo attività per Poste Italiane nonché porre sugli automezzi di Soluzioni il logo di Poste Italiane.

8. Ancora, Soluzioni, su richiesta di Poste Italiane, avrebbe espletato diverse attività addizionali, non previste nei contratti e/o non retribuite⁶.

9. Nel complesso Soluzioni si sarebbe trovata “ingabbiata” in un sistema fortemente integrato che l’avrebbe posta in una situazione di dipendenza economica, di cui Poste Italiane avrebbe abusato.

II.II Il procedimento istruttorio

10. L’Autorità, con delibera del 17 marzo 2020⁷, ha avviato l’istruttoria in oggetto ai sensi dell’articolo 14 della legge n. 287/1990 e dell’articolo 9, comma 3-*bis*, della legge n. 192/1998 al fine di accertare se le condotte di Poste Italiane potessero configurare un abuso di dipendenza economica rilevante per la tutela della concorrenza e del mercato, con particolare riguardo all’imposizione a Soluzioni di clausole contrattuali ingiustificatamente gravose, tra cui un divieto di trasporto e consegna congiunti di prodotti di Poste Italiane e di terzi e le clausole che consentivano a Poste Italiane di variare a propria discrezione i quantitativi di fornitura da richiedere.

⁶ In particolare, Soluzioni ha dichiarato di aver svolto le seguenti prestazioni aggiuntive non contrattualizzate e/o non retribuite: a) eseguire il servizio di recapito anche delle raccomandate con avviso di ricevimento; b) provvedere alla notifica delle cartelle esattoriali affidate da Equitalia S.p.A. a Poste Italiane per la consegna; c) svolgere, in sostituzione e su indicazione di Poste Italiane, alcune attività di spettanza esclusiva degli uffici postali; d) gestire per conto di Poste Italiane il servizio “Seguimi” (servizio di consegna personalizzata); e) gestire per conto di Poste Italiane i reclami dell’utenza in relazione alla consegna delle singole raccomandate; f) gestire l’archivio di Poste Italiane; g) provvedere, per conto di Poste Italiane, alla predisposizione dei duplicati degli avvisi di ricevimento (A.R.) su istanza degli utenti finali; h) riscuotere le somme dovute dai destinatari delle raccomandate in/con contrassegno e versare quanto recuperato agli uffici postali; i) gestire tutta la corrispondenza destinata a società dichiarate fallite con sede legale nella zona di propria competenza, reindirizzandola ai singoli curatori fallimentari nominati dal Tribunale di Napoli; j) gestire tutti i c.d. “ALERT”, *i.e.* tutti gli impulsi e/o le segnalazioni di contenuti rilevanti; k) provvedere, in caso di furto e/o smarrimento di corrispondenza, ad attivare la procedura telematica T&T “Track & Trace” prevista per tale ipotesi; l) vidimare, per conto e su richiesta di Poste Italiane, tutta la corrispondenza da recapitare, utilizzando gli ufficiali timbri postali, denominati “Guller”; m) predisporre i duplicati degli avvisi di ricevimento seguendo una procedura espressamente dedicata e richiesta da Poste Italiane.

⁷ Cfr. Provv. n. 28192 del 17 marzo 2020, in Boll. n. 14/2020.

- 11.** Nel corso dell'istruttoria, Poste Italiane è stata sentita in audizione in data 8 giugno 2020⁸ e in tal sede è stata formulata una richiesta d'informazioni, alla quale la società ha dato riscontro nelle date del 26 giugno⁹ e 1° luglio 2020¹⁰.
- 12.** In data 2 luglio 2020 sono stati svolti accertamenti ispettivi presso le sedi di Poste Italiane¹¹.
- 13.** Inoltre, sono state sentite in audizione in data 17 settembre 2020 l'Associazione Assopostale¹², in data 12 ottobre 2020 la società Fulmine Group S.r.l. (di seguito, Fulmine)¹³ e in data 13 ottobre 2020 la società Consip S.p.A. (di seguito, Consip)¹⁴.
- 14.** Nelle date del 9¹⁵ e 13 novembre 2020¹⁶, si sono svolte due audizioni con Soluzioni. Nel corso della prima audizione è stata formulata anche una richiesta d'informazioni, alla quale Soluzioni ha fornito riscontro in data 13 novembre 2020¹⁷ e nelle date del 19¹⁸ e 20 novembre 2020¹⁹.
- 15.** Nelle date del 3 e 11 novembre e 10 dicembre 2020, sono state inviate a Poste Italiane tre distinte richieste d'informazioni, alle quali la società ha risposto nelle date del 23 novembre²⁰ e del 1°²¹, 4²² e 15 dicembre 2020²³.
- 16.** In data 30 novembre 2020²⁴ si è svolta una nuova audizione di Poste Italiane. Inoltre, Poste Italiane ha presentato una memoria difensiva in data 21 dicembre 2020²⁵.
- 17.** In data 22 dicembre 2020²⁶ è stata formulata un'altra richiesta d'informazioni a Soluzioni, alla quale la società ha fornito riscontro in data 30 dicembre 2020²⁷.

⁸ Cfr. doc. 25.

⁹ Cfr. doc. 26.

¹⁰ Cfr. doc. 27.

¹¹ Cfr. docc. 31, 32 e 33.

¹² Cfr. doc. 45.

¹³ Cfr. doc. 50.

¹⁴ Cfr. doc. 48.

¹⁵ Cfr. doc. 54.

¹⁶ Cfr. doc. 59.

¹⁷ Cfr. docc. 60, 61 e 62.

¹⁸ Cfr. doc. 63.

¹⁹ Cfr. docc. 66, 67 e 68.

²⁰ Cfr. doc. 70.

²¹ Cfr. doc. 76.

²² Cfr. doc. 83.

²³ Cfr. doc. 89.

²⁴ Cfr. doc. 75.

²⁵ Cfr. doc. 93.

²⁶ Cfr. doc. 94.

²⁷ Cfr. doc. 96.

18. In data 3 febbraio 2021²⁸, si è svolta un'ulteriore audizione con Poste Italiane, nel corso della quale è stata formulata anche una richiesta d'informazioni alla società. Poste Italiane ha dato riscontro alla stessa con comunicazione pervenuta in data 22 febbraio 2021²⁹.

19. In data 9 marzo 2021, l'Autorità, verificata la non manifesta infondatezza della Comunicazione delle Risultanze Istruttorie, ha deliberato di autorizzarne l'invio alle Parti, avvenuto in data 17 marzo 2021³⁰.

20. Poste Italiane ha prodotto le memorie e gli scritti difensivi finali in data 28 aprile 2021, integrandoli nei termini alla stessa assegnati in data 3 maggio 2021³¹.

21. Soluzioni anche ha trasmesso, in data 3 maggio 2021, ma successivamente all'orario stabilito nella Comunicazione delle Risultanze istruttorie come termine infraprocedimentale di chiusura della fase di acquisizione degli elementi probatori ai sensi dell'articolo 14, comma 1, della legge n. 287/1990 e dell'articolo 16, comma 2, del D.P.R. n. 217/1998, un documento integrativo delle proprie argomentazioni difensive³². Tale documento, essendo stato prodotto oltre il termine previsto, è da considerarsi tardivo e, pertanto, non valutabile. In ogni caso, il medesimo risulta anche non pertinente agli accertamenti istruttori.

22. L'Audizione finale si è svolta in data 3 maggio 2021 alla presenza dei rappresentanti delle società Poste Italiane e Soluzioni³³.

III. LE RISULTANZE ISTRUTTORIE

III.1 Il mercato di riferimento

23. Con riguardo alla fattispecie in esame, il mercato di riferimento è quello in cui ha operato la società che ha denunciato l'abuso di dipendenza economica, nell'ambito del quale hanno avuto esecuzione le previsioni contenute nei contratti che hanno regolato i rapporti tra Soluzioni e Poste Italiane. Il mercato di riferimento è dunque quello della fornitura del servizio di distribuzione e raccolta di corrispondenza (registrata e non registrata), posta non indirizzata ed espletamento di servizi ausiliari nella città di Napoli.

24. Di seguito, dopo aver richiamato alcuni dati essenziali sul settore dei servizi postali in Italia, si forniscono i risultati dell'analisi del mercato di riferimento svolta nel corso dell'istruttoria.

a) Il settore dei servizi postali in Italia

25. In Italia, nel 2019 i ricavi del settore dei servizi postali ammontavano a circa 7,1 miliardi di euro (+ 3,6% rispetto al 2018), i volumi a 3,5 miliardi di invii (- 6% rispetto al 2018). I trend del settore, in particolare i maggiori ricavi a fronte della riduzione dei volumi, sono ascrivibili a una tendenza strutturale degli ultimi anni, caratterizzata essenzialmente dalla contrazione dei volumi

²⁸ Cfr. doc. 100.

²⁹ Cfr. doc. 108.

³⁰ Cfr. docc. 116 e 117.

³¹ Cfr. docc. 127, 137 e 138.

³² Cfr. doc. 140.

³³ Cfr. doc. 139.

degli invii di corrispondenza “tradizionale” a fronte della crescita dei servizi di consegna dei pacchi³⁴.

26. Nel mercato postale italiano è presente un numero molto elevato di operatori. Nel 2020, risultavano esistenti 3.159 imprese, titolari di 4.458 titoli abilitativi rilasciati dal Ministero dello Sviluppo Economico (MISE), distinti tra licenze e autorizzazioni generali, a cui si sono aggiunte 13 licenze individuali speciali (di cui solo 3 nazionali) assegnate per la fornitura dei servizi di notifica a mezzo posta degli atti giudiziari e delle violazioni del Codice della strada³⁵.

27. Nonostante la numerosità degli operatori abilitati, al netto delle sopra accennate tendenze evolutive del settore dei servizi postali, Poste Italiane è tuttora l’operatore primario nell’offerta di servizi postali. Infatti, Poste Italiane è l’unico operatore che, anche per ragioni storiche, dispone di una rete capillare e diffusa sull’intero territorio nazionale e detiene una posizione di assoluta preminenza rispetto agli altri operatori concorrenti nell’offerta dei diversi servizi postali, ciò con riguardo soprattutto ai servizi e agli invii postali diversi dai pacchi. Inoltre, il numero di operatori postali strutturati sul territorio nazionale e attivi nell’intera catena di produzione, dotati, in particolare, di una propria rete/infrastruttura di recapito *end to end*, è estremamente contenuto, potendosi annoverare all’interno di tale categoria essenzialmente gli Operatori Alternativi, quali in particolare, Nexive Network S.r.l. (prima Nexive S.p.A., di seguito, Nexive) e Fulmine³⁶. Per completezza si rappresenta che nel 2020 Poste Italiane ha notificato all’Autorità l’acquisizione dell’intero capitale sociale della società Nexive Group S.r.l., e indirettamente, delle sue controllate, tra cui Nexive. Rispetto a tale operazione l’Autorità ha prescritto a Poste Italiane una serie di misure comportamentali, ai sensi dell’articolo 75 del D.L. 14 agosto 2020, n. 104, convertito con modificazioni in legge 13 ottobre 2020, n. 126.

28. Le descritte caratteristiche del mercato sono state messe in evidenza anche da AGCom, che ha sottolineato come *“anche se il numero di soggetti abilitati è elevato, il mercato è in realtà composto da un numero limitato di operatori postali strutturati sul territorio nazionale, responsabili, nei confronti del mittente e del destinatario, dell’intera catena di produzione (end-to-end)”*³⁷.

29. Nel complesso, come rilevava anche AGCom, già prima dell’acquisizione di Nexive da parte di Poste Italiane, *“Poste Italiane continua così ad avere una posizione di preminenza mentre gli altri operatori hanno, nella maggior parte dei casi, una dimensione marginale”*³⁸. La posizione marginale della frangia di operatori, molto spesso di piccole dimensioni, si desume anche dal fatto che il 40,6% dei titoli abilitativi è detenuto da imprese individuali, il 41% da società a responsabilità limitata e solo l’1,8% da società per azioni. A tale proposito lo stesso regolatore avvertiva che *“una*

³⁴ Fonte: AGCom Relazione annuale 2020, disponibile su <https://www.agcom.it/relazioni-annuali>.

³⁵ Fonte: AGCom Relazione annuale 2020 cit. Dati riferiti al mese di febbraio 2020.

³⁶ Fonte: AGCom Relazione annuale 2020 cit. V. anche nota precedente.

³⁷ Fonte: AGCom Relazione annuale 2020 cit. Altri operatori, non hanno rete “propria” essendo basati su diversi modelli organizzativi (es. *franchising*) e minore estensione territoriale; si tratta in particolare della società Citypost S.p.A. (con marchio e rete denominati Sailpost); gli altri pochi operatori che offrono il servizio di posta (lettere) hanno una posizione assolutamente marginale. Anche l’Associazione Assopostale ha rappresentato che il settore è molto frammentato e caratterizzato dalla predominanza di operatori molto piccoli. Cfr. doc. 45.

³⁸ Fonte: AGCom Relazione annuale 2020 cit.

così elevata frammentazione del settore non rende possibile una ricognizione censuale dei soggetti abilitati” e per questo rilevava i soli dati di fatturato dei principali operatori³⁹.

30. Per quanto riguarda i servizi di distribuzione e raccolta di corrispondenza (registrata e non registrata), posta non indirizzata ed espletamento di servizi ausiliari, ovvero quelli oggetto dei contratti sottoscritti da Soluzioni con Poste Italiane, Poste Italiane nell’ultimo anno di attività di Soluzioni, il 2017, ha realizzato in Italia un fatturato pari a circa [2-3]* miliardi di euro⁴⁰.

b) Il mercato di riferimento (ambito geografico di Napoli)

31. In via preliminare, con riguardo al fatturato di Poste Italiane in questo ambito geografico, vale a dire la città di Napoli, in cui Soluzioni ha svolto la propria attività nel corso degli anni, Poste Italiane ha realizzato un fatturato, in relazione ai servizi di distribuzione e raccolta di corrispondenza (registrata e non registrata), posta non indirizzata ed espletamento di servizi ausiliari, che nel 2017 è stato, secondo le stime della stessa società, di circa [10-20] milioni di euro e nel 2016 di circa [10-20] milioni di euro⁴¹.

32. Ciò premesso, nel corso del procedimento è stata svolta una specifica analisi del mercato di riferimento, *i.e.* quello della fornitura del servizio di distribuzione e raccolta di corrispondenza (registrata e non registrata), posta non indirizzata ed espletamento di servizi ausiliari nella città di Napoli, attraverso un’analisi multidimensionale, comprensiva sia di variabili quantitative che di variabili qualitative, che tenesse conto delle caratteristiche e delle dimensioni delle imprese che svolgono la propria attività nell’ambito geografico in cui sono intervenuti i rapporti contrattuali tra Poste Italiane e Soluzioni.

33. Nel dettaglio, si è esaminata, innanzitutto, la struttura dell’offerta. A tal riguardo, sono stati suddivisi gli operatori in *cluster* in base al fatturato, ritenendo la rilevazione dei fatturati in base a classi dimensionali un indicatore essenziale delle caratteristiche e delle capacità competitive degli operatori presenti nel mercato. Inoltre, sono stati anche analizzati i seguenti aspetti: la tipologia di servizi offerti, il tipo di organizzazione aziendale adottato, le modalità utilizzate per acquisire commesse, *ect.*

c) La struttura dell’offerta

34. Dall’istruttoria svolta in merito alle caratteristiche del mercato di riferimento con riguardo alla città di Napoli emerge, analogamente a quanto riscontrato a livello nazionale, un’offerta estremamente frammentata: tranne rare eccezioni di seguito richiamate, dei 113 operatori che risultano in possesso di licenza e/o autorizzazione, nella generalità dei casi si tratta di imprese con un fatturato particolarmente contenuto, senz’altro inferiore a quello realizzato da Soluzioni nel 2016 (pari a circa 3,2 milioni di euro), ultimo anno intero in cui la società ha fornito i propri servizi a

³⁹ Fonte: AGCom Relazione annuale 2020 cit.

* Nella presente versione alcune informazioni sono state omesse, in quanto si sono ritenuti sussistenti elementi di riservatezza o di segretezza delle informazioni.

⁴⁰ Cfr. doc. 76.

⁴¹ Fonte: docc. 83 e 89. Poste Italiane ha rappresentato che la fatturazione avviene secondo il luogo di accettazione (e non di recapito) della spedizione; non disponendo del dato puntuale, la società ha fornito delle stime.

Poste Italiane prima dell'interruzione dei rapporti contrattuali con quest'ultima, avvenuta a metà del 2017⁴².

35. Più in dettaglio, dei 113 operatori dotati di licenza e/o autorizzazione, 43 sono imprese individuali e 9 sono società in accomandita semplice, gli altri hanno diverse forme giuridiche che in genere presuppongono un'organizzazione/adempimenti più complessi, come le società a responsabilità limitata o le cooperative⁴³.

36. Per quanto riguarda, in particolare, le imprese individuali, queste hanno tipicamente un fatturato contenuto. Tenuto conto, infatti, che una parte considerevole di esse aderisce a regimi fiscali agevolati, quali da ultimo il c.d. regime forfetario 2020, che hanno come destinatari proprio queste forme giuridiche in genere idonee alle imprese più piccole, si può affermare che buona parte delle imprese individuali non presenta ricavi (fatturati) superiori ai 65.000 euro annui.

37. Con riferimento, invece, agli operatori con forme giuridiche più complesse, svolgendo un'analisi dei bilanci, per quanto riguarda dimensioni e attività svolte, è emerso quanto segue⁴⁴. Circa la metà delle imprese analizzate presenta un fatturato inferiore a 600.000 euro; 2 imprese hanno un fatturato superiore a 600.000 euro, ma al disotto di 1.000.000 euro; 5 imprese hanno un fatturato compreso tra 1.000.000 e 2.000.000 euro, 5 imprese realizzano un fatturato compreso tra 2.000.000 e 4.000.000 euro, 4 imprese sono in una classe di fatturato tra 4.000.000 e 10.000.000 euro e 3 imprese hanno un fatturato superiore a 10.000.000 euro (per i dettagli, cfr. Tabella A.1 in Appendice).

38. Per quanto concerne le 7 imprese che realizzano fatturati superiori rispetto a quello di Soluzioni, di regola non sono imprese solo locali; inoltre, per le imprese con i fatturati in via generale più elevati, si tratta di imprese che svolgono come attività prevalente l'autotrasporto; oppure si tratta di imprese che operano (a) per conto di Poste Italiane nella città di Napoli, quali la società Express Speedy S.r.l. e la società Gruppo Servizi Postali S.r.l. (di seguito, GSP), che si è aggiudicata nel 2017 la 5a gara bandita da Poste Italiane per i servizi di recapito a Napoli e nel 2020 anche la 6a gara bandita da Poste Italiane sempre per i servizi di recapito a Napoli⁴⁵ (v. *infra*), appartenente alla classe di fatturato tra 2.000.000 e 4.000.000 euro; (b) per conto di Nexive, unico Operatore Alternativo concorrente di Poste Italiane con una rete propria estesa su una parte importante del territorio nazionale. Le altre imprese inserite nella classe di fatturato 2.000.000-4.000.000 euro sono società multiservizi.

39. Nella classe di fatturato 2.000.000-4.000.000 euro si trova anche la società Soluzione Campania s.c. a r.l., che ha realizzato, fino al 2017, un fatturato pari a circa 1,8 milioni di euro e nel biennio 2018-2019 ha invece registrato un fatturato di circa 2,2-2,1 milioni di euro⁴⁶, realizzato essenzialmente come parte del *network* Fulmine, a cui è consorziata dal luglio 2014. A tal riguardo,

⁴² Cfr. doc. 81. Fonte: sito del Ministero dello Sviluppo Economico (<https://www.mise.gov.it>), "ELENCO OPERATORI POSTALI titolari di licenza individuale e/o autorizzazione generale (alla data del 23 ottobre 2020)". Gli operatori censiti sono quelli con sede legale a Napoli.

⁴³ Nello specifico: 7 operatori sono società cooperative; 52 operatori hanno la ragione sociale di società a responsabilità limitata ovvero di società a responsabilità limitata semplice e 2 operatori sono società consortili a responsabilità limitata.

⁴⁴ I risultati si riferiscono all'insieme degli operatori con forme giuridiche più complesse tranne quelli per i quali non si è potuto svolgere un accertamento analogo (v. Tabella A.1 in Appendice per i dettagli).

⁴⁵ Cfr. docc. 26 e 76.

⁴⁶ Cfr. doc. 80 e anche doc. 93.

si anticipa sin d'ora quanto nel prosieguo sarà trattato più diffusamente (cfr. *infra* § 169 e ss.). La società consortile Soluzione Campania è stata costituita nel 2013 da Soluzioni insieme ad altri operatori postali, quando Soluzioni ha tentato di ampliare in modo non irrisorio e profittevole il proprio giro d'affari, cercando di individuare strade alternative rispetto alla commessa di Poste Italiane, in ragione di un riscontrato sostanziale peggioramento delle condizioni contrattuali apportato da Poste Italiane negli AQ2012/2013. Nel 2014 Soluzioni ha poi venduto le proprie quote nel consorzio. Soluzione Campania attualmente annovera, nella qualità di società consorziate, 15 operatori.

40. Sempre con riferimento all'ambito geografico in cui ha costantemente operato Soluzioni, dall'analisi effettuata nel corso del procedimento è emersa, come rappresentato dall'Associazione Assopostale, la sussistenza di una particolarità della città di Napoli, rappresentata dalle caratteristiche del territorio, che presenta ad esempio alcune peculiarità di natura toponomastica, in quanto alcune strade e vicoli sono senza numero civico⁴⁷. Sotto questo profilo, dunque, la specifica conoscenza maturata da Soluzioni costituiva un importante elemento di valorizzazione dell'asset aziendale.

d) Il tipo di organizzazione adottata dagli operatori

41. Per quanto riguarda specificamente gli aspetti organizzativi-aziendali, gli operatori che svolgono attività di recapito (c.d. recapitisti) si organizzano in diversi modelli aziendali. In particolare, essi possono operare singolarmente ovvero aderendo a *network*/reti; la rete può essere quella di un grande committente come Poste Italiane, unico a coprire tutto il territorio nazionale, oppure quella degli operatori alternativi in possesso di rete propria, come Nexive e Fulmine; oppure, i recapitisti possono organizzarsi in consorzi o reti di *franchising* a livello sovra locale⁴⁸.

e) Le modalità per acquisire commesse

42. Per acquisire le commesse si può partecipare a gare per la fornitura dei servizi di recapito; oltre alle gare bandite da Poste Italiane per il servizio di recapito *end to end*, da cui sono scaturiti i contratti che hanno regolato i rapporti tra Soluzioni e Poste Italiane, vi sono le gare bandite da una varietà di soggetti come Pubbliche Amministrazioni, enti territoriali, *public utility*, banche, assicurazioni, *etc.*

43. Presupposto per poter partecipare alle gare è, comunque, il disegno stesso delle procedure. A tale proposito, l'Associazione Assopostale ha rappresentato che, seppure formalmente anche una singola agenzia di recapito può partecipare, nella realtà i requisiti di partecipazione richiesti dalle stazioni appaltanti (ad esempio, in termini di copertura di rete, di punti di giacenza e di servizi a monte e a valle del recapito) sono tali che spesso neanche aziende particolarmente strutturate riescono a parteciparvi, a maggior ragione singoli recapitisti. Inoltre *“sovente sono richiesti dei fatturati specifici in determinate attività che i recapitisti, e in particolare gli ex concessionari, difficilmente hanno”*⁴⁹.

44. Inoltre, c'è una differenza significativa tra un committente dell'importanza e della dimensione di Poste Italiane, l'unico che può vantare una copertura sull'intero territorio nazionale e volumi di

⁴⁷ Cfr. doc. 45.

⁴⁸ Cfr. doc. 45.

⁴⁹ Cfr. doc. 45.

corrispondenza particolarmente elevati, difficilmente eguagliabili, e altri operatori alternativi, o consorzi o reti di *franchising*. Tale caratteristica del comparto, supportata dai dati di settore sopra richiamati, sia a livello nazionale sia con specifico riferimento alla città di Napoli, appare confermata anche dall'esperienza dei principali operatori concorrenti di Poste Italiane.

45. Sul punto l'Associazione Assopostale ha anche sottolineato che *“un recapitista che ha come cliente un operatore come Poste Italiane S.p.A. riesce a svolgere un'attività di dimensioni difficilmente comparabili con quella che potrebbe realizzare con altri clienti”*. Sempre secondo Assopostale, per *“un operatore che ha organizzato la propria attività a favore di un committente come Poste Italiane S.p.A., [...], non ci sono alternative né equiparabili né facilmente disponibili”*. Tutto ciò *“perché lo svolgimento di attività per conto di reti diverse necessiterebbe di una modifica del modello aziendale e di tempo necessario sia per la modifica stessa sia per individuare e reperire nuovi clienti. Peraltro, questi ultimi avrebbero comunque dimensioni inferiori a Poste Italiane S.p.A., visto l'assetto del settore postale in Italia”*⁵⁰.

46. In conclusione, dall'analisi compiuta del mercato di riferimento risulta confermata la posizione di assoluta preminenza di Poste Italiane, al tempo stesso operatore postale che svolge, a livello nazionale, il servizio di recapito di invii postali sia dentro che al di fuori del SU e committente di rilievo incomparabile per Soluzioni.

47. Inoltre, emerge come nel mercato di riferimento vi siano diversi operatori, ma Soluzioni rappresentava un *unicum* in questo ambito locale per le caratteristiche dimensionali, il *know how*, l'esperienza maturata, sia sull'attività di recapito sia sul territorio da servire, e l'operatività, che la contraddistinguevano. Infatti, la maggior parte degli operatori presenti nel mercato appartiene a classi di fatturato più basse di quella di Soluzioni e i pochi che presentano fatturati al di sopra di quelli di Soluzioni svolgono attività differenti, come ad esempio l'autotrasporto.

III.II Il contesto in cui si colloca la vicenda di Soluzioni

48. Il mercato interno dei servizi postali è stato aperto alla concorrenza grazie a un graduale processo di liberalizzazione avviato dal legislatore comunitario nel 1997, con la c.d. “prima direttiva postale”⁵¹ successivamente modificata da altre due direttive, emanate nel 2002 e nel 2008⁵². Dal 2011, per effetto del recepimento della c.d. “terza direttiva postale”, anche l'Italia non ha più potuto concedere o mantenere in vigore diritti esclusivi per la fornitura di servizi postali.

49. L'articolo 23 del D.Lgs. 22 luglio 1999, n. 261, di recepimento della prima direttiva postale, ha previsto un unico fornitore del servizio universale (SU), con una distinzione, non presente nell'ordinamento comunitario, tra fornitore del servizio e prestatori del medesimo servizio. Il primo fornisce il servizio integralmente su tutto il territorio nazionale; i secondi forniscono prestazioni singole e specifiche. Da allora Poste Italiane è il gestore incaricato *ex lege* della fornitura del SU⁵³.

⁵⁰ Cfr. doc. 45.

⁵¹ Direttiva 97/67/CE, recepita nel nostro ordinamento dal D.Lgs. 22 luglio 1999, n. 261.

⁵² Direttiva 2002/39/CE, c.d. “seconda direttiva postale”, recepita in Italia dal D.Lgs. 23 dicembre 2003, n. 384, e direttiva 2008/6/CE, c.d. “terza direttiva postale”, traspunta nel nostro ordinamento dal D.Lgs. 31 marzo 2011, n. 58. Quest'ultimo decreto legislativo ha portato a compimento la riforma del mercato interno dei servizi postali comunitari delineata dalla legge 4 giugno 2010, n. 96 (legge comunitaria 2009).

⁵³ L'articolo 23 del D.Lgs. n. 261/1999, come poi modificato dal D.Lgs. n. 58/2011, ha stabilito la concessione di affidamento diretto del SU in favore di Poste Italiane fino al 30 aprile 2026.

50. Il medesimo D.Lgs. n. 261/1999 ha eliminato la distinzione tra posta epistolare e non epistolare, criterio previsto fino a quel momento ai fini dell'individuazione del perimetro massimo della c.d. riserva, rientrante invece nel monopolio di Poste Italiane, e introdotto, conformemente alla direttiva comunitaria, una nozione unitaria di invio di corrispondenza basata su limiti di peso e prezzo.

51. Quanto sopra, in considerazione della conformazione di mercato già esistente in Italia, ha prodotto un ampliamento dell'ambito di riserva a favore dell'unico fornitore del SU e una corrispondente limitazione delle attività fino ad allora svolte dalle imprese che già operavano nella fornitura dei servizi⁵⁴. In sostanza, il recepimento della prima direttiva postale ha di fatto comportato la sottrazione al mercato di alcuni servizi che prima erano offerti, oltre che da Poste Italiane, da una pluralità di operatori titolari di concessione, che operavano in ambito locale. Il medesimo D.Lgs. n. 261/1999 peraltro ha anche disposto al 31 dicembre 2000 la scadenza delle concessioni affidate a questi operatori.

52. Seppure, infatti, anche operatori diversi da Poste Italiane possono prestare il SU, alcuni servizi rientranti nell'ambito del SU, quelli della citata riserva, sino ad un recente passato sono stati ad essi preclusi.

53. Quanto ai contenuti del SU, definiti sempre dal D.Lgs. n. 261/1999, il medesimo prevede: *i)* la raccolta, il trasporto, lo smistamento e la distribuzione di: invii postali fino a 2 chilogrammi e pacchi postali fino a 20 chilogrammi; *ii)* i servizi relativi agli invii raccomandati e agli invii assicurati; *iii)* la "posta massiva".

54. Quanto alla riserva in favore di Poste Italiane, fino al 31 dicembre 2010 vi erano comprese una parte delle attività del SU entro determinati limiti di peso e di prezzo⁵⁵; dal 1° gennaio 2011 la riserva in favore di Poste Italiane è stata limitata ai soli servizi inerenti alle notificazioni di atti giudiziari e i servizi inerenti alle notificazioni di atti amministrativi sanzionatori relativi alla violazione del Codice della strada oggetto della riserva⁵⁶. Sono dunque uscite dalla riserva anche le attività relative ad esempio ad invii di posta prioritaria e posta massiva al di sotto dei limiti di peso e prezzo citati. Tale limitazione della riserva in Italia ha avuto inizio solo a partire dal 30 aprile 2011, con il D.Lgs. 31 marzo 2011, n. 58. Con la legge 4 agosto 2017, n. 124 è stata poi eliminata l'ultima parte di servizi postali rientranti nella riserva, quelli relativa alle notificazioni a mezzo posta degli atti giudiziari, e comunicazioni connesse, e delle violazioni del Codice della strada, pur subordinando l'esercizio di tali attività relative ad essi al possesso di una licenza individuale speciale.

⁵⁴ Prima del recepimento della direttiva 67/97/CE nell'ordinamento nazionale mediante il D.Lgs. n. 261/1999, le fonti del diritto postale erano rappresentate dal D.P.R. 29 marzo 1973, n. 156, c.d. Codice Postale, nonché dal relativo regolamento di attuazione D.P.R. 29 maggio 1982, n. 655.

⁵⁵ La raccolta, il trasporto, lo smistamento e la distribuzione di invii di corrispondenza interna e transfrontaliera entro il limite di peso di 50 grammi, se con prezzo inferiore a 1,50 euro (tale limite, infatti, decadeva se il prezzo era pari o superiore a 1,50 euro); indipendentemente dai limiti di peso e prezzo sopra indicati, gli invii raccomandati attinenti alle procedure amministrative e giudiziarie; per procedure amministrative si intendevano le procedure riguardanti l'attività della pubblica amministrazione e le gare ad evidenza pubblica.

⁵⁶ Ciò è stato disposto dalla direttiva 2008/6/CE, c.d. "terza direttiva postale", che in origine prevedeva quale data per la fine del mantenimento in vigore dei diritti esclusivi per la fornitura di servizi postali il 1° gennaio 2009. Infatti, questa era la data indicata nella proposta della direttiva in questione predisposta dalla Commissione Europea, poi divenuta il 1° gennaio 2011, a seguito delle modifiche apportate dal Parlamento Europeo al suo testo.

55. Dall'avvio del processo di liberalizzazione del settore dei servizi postali e in particolare a partire dal D.Lgs. n. 261/1999, Soluzioni, *ex* concessionario, ha svolto attività di recapitista, dal 1999 fino a giugno 2017, in virtù di vari contratti sottoscritti con Poste Italiane: dapprima, in quanto agenzia di recapito *ex* concessionaria, nella forma di accordi di *partnership* per il recapito delle raccomandate nella città di Napoli, con ultima scadenza al 31 dicembre 2006, poi estesa all'anno 2007; successivamente, a esito dell'aggiudicazione di gare con chiamata da Albo, bandite da Poste Italiane ai sensi dell'allora vigente articolo 232 del D.Lgs. n. 163/2006⁵⁷, - a tal fine Poste Italiane aveva istituito un'apposita categoria relativa a questa attività all'interno dell'Albo Fornitori⁵⁸ -, nella forma di accordi quadro per la fornitura del servizio di distribuzione e raccolta di corrispondenza (registrata e non registrata) e posta non indirizzata ed espletamento di servizi ausiliari nella città di Napoli.

56. Nello specifico, tra il 2007 e 2009 Poste Italiane ha esperito tre gare con procedura con chiamata da Albo⁵⁹. Nell'aprile 2012 ha bandito una 4a gara, per 41 lotti dei 59 allora attivi; nel frattempo alcuni fornitori sono stati cancellati dall'Albo Fornitori per inadempienze varie e altri lotti sono stati eliminati da Poste Italiane che ha deciso di internalizzare le relative attività, a seguito di valutazioni interne di *make or buy*⁶⁰.

57. In seguito, Poste Italiane ha progressivamente internalizzato le attività relative a tutte le aree territoriali oggetto delle gare precedenti, non rinnovando i contratti a scadenza, con la sola eccezione della città di Napoli, e ha quindi dismesso il relativo Albo Fornitori.

58. A fine novembre 2016 Poste Italiane ha quindi bandito una 5a gara, la prima con procedura aperta e la prima a lotto unico, per la sola città di Napoli, aggiudicata da GSP; una 6a gara, con le stesse caratteristiche, è stata bandita da Poste Italiane a gennaio 2020 ed è stata aggiudicata nell'ottobre 2020 alla medesima società⁶¹.

59. In tale contesto, Soluzioni si è aggiudicata in particolare 4 lotti nella 1a gara con chiamata da Albo bandita da Poste Italiane nel 2007 e 4 lotti nella 4a gara con chiamata da Albo bandita da Poste Italiane nel 2012.

60. Soluzioni ha anche partecipato alla 5a gara, ma non si è aggiudicata l'unico lotto nella medesima previsto. Alla fine di giugno 2017, una volta scadute tutte le proroghe dei contratti relativi ai 4 lotti aggiudicati nella citata 4a gara, la società ha concluso i propri rapporti contrattuali con Poste Italiane.

III.III I rapporti contrattuali di Soluzioni con Poste Italiane

61. I rapporti contrattuali di Soluzioni con Poste Italiane, nel periodo dal 1999 al 2017, si sono articolati sulla base di tre distinte categorie di contratti, di seguito esaminati nel dettaglio.

⁵⁷ L'11 dicembre 2007 è stato sottoscritto un *memorandum* fra l'allora Ministero delle Comunicazioni, Poste Italiane e le agenzie di recapito, in base al quale Poste Italiane, sino alla conclusione delle procedure di gara, per mantenere i livelli di servizio occupazionali, si impegnava a garantire le attività alle agenzie di recapito fino al primo trimestre 2008 e ad avviare la procedura per una seconda gara. Cfr. docc. 26, 61 e 62.

⁵⁸ Categoria merceologica denominata "*Servizi attività di recapito di prodotti postali ed espletamento di servizi ausiliari*".

⁵⁹ La 1ª gara, nel maggio 2007, per 61 lotti territoriali (di cui 19 aggiudicati), la 2ª gara, nel marzo 2008, per 71 lotti territoriali (di cui 69 lotti aggiudicati), la 3ª gara nel settembre 2009, per 8 lotti territoriali (di cui 8 aggiudicati). Cfr. doc. 26.

⁶⁰ Cfr. docc. 26 e 33.11.

⁶¹ Cfr. docc. 26 e 76.

1. Contratti relativi al periodo 1999 – 2007

1.1 Durata, oggetto e quantitativi della fornitura

62. Soluzioni, in data 25 ottobre 1999, ha sottoscritto relativamente alla città di Napoli un “accordo di *partnership*” con Poste Italiane per il recapito delle raccomandate, di durata prevista pari a 6 anni (fino al 31 dicembre 2005)⁶², che è stato poi sostituito nel 2001⁶³ da un altro accordo di *partnership*, successivamente prorogato sino al 31 dicembre 2006⁶⁴ ed esteso fino a tutto il 2007⁶⁵ (di seguito “accordo di *partnership*”). L’importo dei contratti sottoscritti fino al 2017 da Soluzioni con Poste Italiane è riportato nel Riquadro A.2 in Appendice.

63. L’accordo aveva ad oggetto il servizio di recapito delle raccomandate nella città di Napoli⁶⁶. Tale servizio si articolava in più fasi così sintetizzabili:

- a) le cc.dd. fasi integrative del recapito, che comprendevano, tra l’altro, il ritiro dal centro di smistamento, la ripartizione delle raccomandate, la loro gestione informatica, la suddivisione delle raccomandate per CAP e la gestione del consegnato e del non consegnato;
- b) la fase del recapito della corrispondenza raccomandata che prevedeva una distribuzione capillare su tutto il territorio cittadino⁶⁷.

64. Era poi anche previsto un quantitativo minimo fisso di volumi (Art. 5 dell’Allegato-Linee guida)⁶⁸.

1.2 Esclusiva, prelazione e recesso

65. L’accordo di *partnership* prevedeva, tra l’altro: *i.* un’esclusiva territoriale sulla città di Napoli (Art. 4 dell’Allegato-Linee guida), perlomeno inizialmente⁶⁹; *ii.* un diritto di prelazione a favore di Poste Italiane sino al 31 dicembre 2005 (Art. 3)⁷⁰; nel 2001 è stata introdotta una deroga parziale a tale diritto, nel senso che era prevista una facoltà di conferimento degli *asset* dell’Agenzia 1 (la ex ditta individuale Agenzia “Soluzioni”) all’Agenzia 2 (Soluzioni S.r.l.), ma condizionatamente, tra l’altro, al fatto che l’Agenzia 2 fosse controllata, amministrata e gestita dalle medesime persone

⁶² Più precisamente, l’accordo è stato sottoscritto da Soluzioni, all’epoca ditta individuale; esso risulta essere stato sottoscritto da Soluzioni in data 25 ottobre 1999, ma da Poste Italiane in data 16 novembre 1999, ed insieme ad altre due agenzie di recapito. Le attività di recapito, ivi previste, erano poi da espletarsi tra le tre agenzie di recapito (Art. 1 “MODALITA’ DEL RECAPITO” dell’Allegato 2.02 “LINEE GUIDA PER LA DETERMINAZIONE DEI TERMINI, DELLE CONDIZIONI E DELLE MODALITÀ TECNICO-OPERATIVE PER LA STESURA DEL CAPITOLATO DI CUI ALL’ART. 2.02 DELL’ACCORDO.”, di seguito “Allegato-Linee guida”), con una responsabilità in solido tra le stesse nei confronti di Poste Italiane (Art. 4 “RISOLUZIONE/RECESSO”). Cfr. docc. 1.1 e 26.15.

⁶³ L’accordo è stato sottoscritto solo da Soluzioni, in data 7 luglio 2001, con la nuova ragione sociale di società a responsabilità limitata. Poste Italiane ha sottoscritto l’accordo in data 9 ottobre 2001. Cfr. docc. 1.1 e 26.15.

⁶⁴ Cfr. doc. 26.

⁶⁵ A dicembre 2006 Poste Italiane ha stipulato con Soluzioni un contratto che prevedeva l’affidamento della posta registrata per l’anno 2007, previa comunicazione in cui informava Soluzioni che avrebbe bandito gare per le future esigenze di fornitura e che, nelle more del completamento di quanto necessario per la gara, in considerazione dei rapporti intrattenuti e dei risultati raggiunti, intendeva assegnare a Soluzioni l’attività di recapito delle raccomandate anche per il 2007. Cfr. docc. 1.1 e 26.

⁶⁶ Articolo 2 “OGGETTO”.

⁶⁷ Cfr. articolo 1 “MODALITA’ DEL RECAPITO” dell’Allegato-Linee guida.

⁶⁸ Articolo 5 “VOLUMI” dell’Allegato-Linee guida.

⁶⁹ Allegato-Linee guida cit., Articolo 4 “TERRITORIO”.

⁷⁰ Articolo 3 “DIRITTO DI PRELAZIONE”.

fisiche o comunque da persone di gradimento di Poste Italiane (Art. 4 dell'accordo del 2001)⁷¹; *iii*. la previsione per cui la violazione del diritto di prelazione costituiva causa di recesso da parte di Poste Italiane (Art. 4)⁷², la quale si riservava il diritto di recesso anche a seguito di mutamenti nell'assetto proprietario e di modifiche nella forma giuridica delle imprese realizzate senza consenso scritto di Poste Italiane (Art. 4 *cit.*⁷³ e art. 5 dell'accordo del 2001⁷⁴).

1.3 Organizzazione e segni distintivi

66. Nell'ambito della fornitura dei servizi di recapito, Soluzioni era tenuta a seguire le istruzioni dettagliate fornite da Poste Italiane, riguardanti:

1. segni identificativi del personale di Soluzioni. Il personale doveva infatti avere un cartellino identificativo con la dicitura "Agenzia Soluzioni, Servizio di recapito di Posta Raccomandata su incarico di Poste Italiane S.p.A.", fermo restando che era Soluzioni ad essere interamente responsabile in caso di infortuni (Art. 9 dell'Allegato-Capitolato)⁷⁵;

2. la perfetta conoscenza, oltre che delle norme regolanti lo svolgimento del servizio, di tutte le "condizioni locali" relative al servizio da prestare, nonché di tutto quanto può influire sul giudizio dell'agenzia in ordine alla convenienza del servizio (Art. 16 dell'Allegato-Capitolato)⁷⁶.

67. Sempre con riferimento all'organizzazione dell'attività aziendale, all'articolo 17 dell'Allegato-Capitolato si specificava come andassero ripartite le spese per l'esecuzione del servizio tra Soluzioni e Poste Italiane. Nello specifico, erano a totale carico di Soluzioni tutte le spese inerenti allo svolgimento del servizio, ivi compresi i materiali, ad eccezione della manutenzione ordinaria e straordinaria degli impianti ed i relativi costi, incluse le spese di installazione e traffico delle linee telefoniche dedicate a tali impianti, che erano a carico di Poste Italiane, nonché di quelle per i materiali forniti da Poste Italiane (nel modo indicato nel Manuale Operativo al paragrafo "Modulistica e materiale di consumo")⁷⁷.

68. Vale poi richiamare una disposizione contrattuale in cui, nonostante gli obblighi di Soluzioni di rispettare le minuziose istruzioni impartite da Poste Italiane, si chiede a Soluzioni di dare atto di essere contraente autonomo ed indipendente, specificando che l'accordo non dà luogo a qualsiasi tipo di diverso rapporto fra le parti, ad es. l'associazione in partecipazione (Art. 22 dell'Allegato-Capitolato)⁷⁸.

⁷¹ Articolo 4 "FACOLTÀ DI CONFERIMENTO" dell'accordo del 2001.

⁷² Articolo 4 "RISOLUZIONE/RECESSO".

⁷³ Nel 2001 risultava invariata la clausola relativa al diritto di prelazione.

⁷⁴ Articolo 5 "RISOLUZIONE/RECESSO" dell'accordo del 2001.

⁷⁵ "Parte Prima: norme generali" del "CAPITOLATO D'ONERI RELATIVO ALLO SVOLGIMENTO DEL SERVIZIO DI RECAPITO DELLE RACCOMANDATE E ASSICURATE NELLA CITTÀ DI NAPOLI" in allegato all'accordo del 2001 (di seguito, Allegato-Capitolato), articolo 9 "PERSONALE DELL'AGENZIA", in particolare, sottoarticoli 9.4. e 9.7.

⁷⁶ Allegato-Capitolato *cit.*, articolo 16 "CONOSCENZA DELLE CONDIZIONI LOCALI DA PARTE DELL'AGENZIA".

⁷⁷ Allegato-Capitolato *cit.*, articolo 17 "SPESE PER LO SVOLGIMENTO DEL SERVIZIO".

⁷⁸ Allegato-Capitolato *cit.*, articolo 22 "CONTRAENTE AUTONOMO ED INDIPENDENTE".

1.4 Penali

69. Per i casi di inadempimento da parte di Soluzioni alle previsioni contrattuali era inizialmente previsto il solo diritto di risoluzione, in particolare nelle ipotesi di violazione di medie mensili⁷⁹ dei tempi di recapito puntualmente specificati nella documentazione contrattuale⁸⁰ e degli *standard* qualitativi, così come analiticamente elencati sempre nella documentazione contrattuale⁸¹.

70. Nel 2001, poi, viene introdotta una clausola in cui sono disposte delle penali relativamente alle ipotesi di inadempimento o di ritardo nell'adempimento cui sarebbe potuta incorrere Soluzioni⁸².

71. Preliminarmente, veniva sancito che qualsiasi inadempimento di Soluzioni alle prescrizioni dell'accordo e dei suoi allegati, nonché ad ogni altra disposizione normativa o negoziale ad essi attinente, avrebbe dato luogo a risarcimento danni in favore di Poste Italiane. In caso poi di ritardo o mancato recapito rispetto ai tempi specifici indicati nell'articolo 6 dell'Allegato-Capitolato⁸³ erano previste delle specifiche penali, salvo il maggior danno.

72. Inoltre, inadempienze reiterate o che, comunque, avrebbero inciso in maniera rilevante sulla qualità del servizio, avrebbero determinato la risoluzione dell'accordo per fatto e per colpa di Soluzioni.

73. Infine, Poste Italiane nel 2001 poteva risolvere l'accordo, oltre che in caso di mancato rispetto di determinate medie mensili⁸⁴, anche laddove Soluzioni avesse violato le disposizioni di cui all'articolo 11 dell'Allegato-Capitolato⁸⁵ e le disposizioni di cui all'articolo 13.2. dell'Allegato-Capitolato⁸⁶.

1.5 Altri elementi di interesse

74. Proprio con riferimento all'accordo del 1999, nel corso del procedimento Soluzioni ha rappresentato che tale accordo prevedeva condizioni convenienti avendo come oggetto *“solo raccomandate, che sono un'attività più remunerativa rispetto ad altri tipi di recapiti”* ed era stato proposto da Poste Italiane dopo che TNT Post Italia S.p.A. (poi diventato Nexive), importante operatore nuovo entrante nel mercato italiano appena liberalizzato, aveva formulato a Soluzioni una

⁷⁹ Allegato-Linee guida cit., articolo 7 “CLAUSOLA RISOLUTIVA ESPRESSA”: *“In ipotesi di violazione [...] di medie mensili delle previsioni di cui ai precedenti punti 1.1. [Tempi di recapito] e 1.5. [Standard qualitativi] per 3 mesi anche non consecutivi e con l'esclusione del mese di agosto, in un periodo di 12 mesi, [...], Poste Italiane avrà il diritto di risolvere l'Accordo ai sensi e per gli effetti dell'art. 1456 c.c.”.*

⁸⁰ Allegato-Linee guida cit., articolo 1 “MODALITÀ DEL RECAPITO”, in particolare, *“1.1. Tempi di recapito”.*

⁸¹ Allegato-Linee guida cit., articolo 1 “MODALITÀ DEL RECAPITO”, in particolare, *“1.5. Standard qualitativi”.*

⁸² Allegato-Capitolato cit., articolo 20 “RISOLUZIONE - INADEMPIMENTO - PENALI”.

⁸³ Allegato-Capitolato cit., articolo 6 “TEMPI DI RECAPITO”.

⁸⁴ Nello specifico, Poste Italiane poteva risolvere l'accordo, ai sensi e per gli effetti dell'articolo 1456 del c.c., qualora Soluzioni, ove non avesse rispettato le medie mensili di cui all'articolo 6.1 e/o 6.2. [dell'Allegato-Capitolato *“per 3 mesi anche non consecutivi e con l'esclusione del mese di agosto, in un periodo di 12 mesi, [...]”*], come già inizialmente previsto.

⁸⁵ Allegato-Capitolato cit., articolo 11 “CESSIONE DEL SERVIZIO”, concernente il divieto di cedere o sub-appaltare in tutto o in parte i servizi oggetto del Capitolato.

⁸⁶ Allegato-Capitolato cit., articolo 13 “RESPONSABILITÀ DELL'AGENZIA”: *“13.2. L'inosservanza delle norme relative alla inviolabilità del segreto epistolare e alla tutela della corrispondenza possono essere causa di risoluzione dell'Accordo ai sensi e per gli effetti dell'art. 1456 c.c., salvi gli eventuali, ulteriori danni.”.*

proposta per la sua acquisizione. L'allora TNT Post Italia S.p.A. aveva infatti interesse, nel contesto dell'avvio della liberalizzazione del settore postale, ad acquisire/contrattualizzare i recapitisti/*ex* concessionari che conoscevano il mercato italiano a livello locale. La "controfferta" di Poste Italiane avrebbe previsto poi anche l'acquisizione di Soluzioni da parte di Poste Italiane, motivo per cui Soluzioni cambiò la propria ragione sociale, trasformandosi in S.r.l. (v. *infra*).⁸⁷

2. Contratti relativi al periodo 2007 - 2012

2.1 Durata e oggetto

75. Ad esito della prima gara con procedura da Albo bandita da Poste Italiane, Soluzioni si è aggiudicata tutti i 4 lotti relativi alla città di Napoli⁸⁸ e in data 8 ottobre 2007 ha stipulato con Poste Italiane un Accordo Quadro (di seguito anche, AQ2007)⁸⁹, per la durata di 36 mesi, prorogabili per altri 12 mesi, avente ad oggetto il servizio di distribuzione e raccolta di corrispondenza (registrata e non registrata) e posta non indirizzata ed espletamento di servizi ausiliari in ambito urbano.

76. Detto accordo, che aveva ad oggetto essenzialmente le raccomandate rientranti nel Servizio Universale, oltre che taluni servizi ausiliari (attività logistiche di supporto all'attività postale principale)⁹⁰, è stato poi prorogato con la stipula di altri Accordi Quadro, validi fino al mese di settembre 2012 e, per un lotto (il 19), fino a gennaio 2013 (di seguito, per comodità espositiva, l'insieme dei contratti del periodo 2007-2012 sarà indicato come AQ2007)⁹¹.

2.2 Obbligo di non concorrenza e recesso

77. Nell'AQ2007 era precisato (Art. 10 "CONCORRENZA") che: "[...] l'aggiudicazione di uno o più lotti oggetto del presente appalto non comporta alcun divieto, in capo all'Impresa aggiudicataria, di svolgere attività in concorrenza con Poste, anche relativamente alle attività oggetto del presente appalto, fatta eccezione soltanto per le attività riservate e fin tanto che la riserva rimarrà in vigore." Si trattava, tuttavia, di una precisazione introdotta da Poste Italiane con "Atto integrativo, modificativo ed interpretativo" inviato a Soluzioni nell'ottobre 2008, in cui si specificava che "in conformità a quanto previsto dal formulario degli impegni presentato da Poste Italiane S.p.A." all'Autorità, in relazione a un procedimento istruttorio concluso nel febbraio 2008

⁸⁷ Cfr. doc. 54.

⁸⁸ Lotti di gara 6, 11, 19 e 27, la numerazione dei lotti è convenzionale.

⁸⁹ Cfr. docc. 1 e 1.1.

⁹⁰ Più precisamente le attività oggetto di fornitura erano: a) Ritiro/consegna di plichi-dispacci specifici tra strutture di Poste Italiane; b) Ritiro e consegna dei viaggietti/appoggi per l'alimentazione delle zone di recapito/distribuzione; c) Ritiro da punti di raccolta della corrispondenza; d) Ritiro e recapito dei plichi indirizzati e non indirizzati e voluminosi per punti di recapito ad alto traffico con consegna singola in un'unica soluzione; e) Ritiro e recapito dei plichi indirizzati e non indirizzati e voluminosi per punti di recapito ad alto traffico, o ad essi operativamente integrati, con consegna ai singoli destinatari; f) Ritiro e recapito di corrispondenza registrata indirizzata (raccomandate/assicurate e telegrammi) per punti di recapito ad alto traffico; g) Ritiro dai Centri di Distribuzione e recapito di oggetti indirizzati ingombranti/voluminosi ai rispettivi destinatari; h) *Pick Up e/o delivery* presso i clienti in convenzione. Dall'affidamento erano esclusi i seguenti oggetti: assicurate (di valore superiore ad un certo importo), invii in contrassegno, atti giudiziari e raccomandate di servizio. Cfr. articolo 1 "ATTIVITÀ DISCIPLINATE DAL PRESENTE DOCUMENTO" del Capitolato Tecnico, parte B1. Cfr. docc. 26.15 e 108, allegato n. 4.

⁹¹ Cfr. doc. 1.

(v. *infra*), l'accordo quadro sottoscritto in data 8 ottobre 2007 doveva essere modificato ed integrato al fine di inserire nel contratto con Soluzioni le clausole indicate nel formulario stesso⁹².

78. Tra le modifiche introdotte nel contratto, vi era appunto la specificazione per cui non vi era alcun divieto di svolgere attività in concorrenza con Poste Italiane, proprio al fine di rimuovere l'obbligo di non concorrenza previsto fino ad allora⁹³. Era infatti prevista, fino al citato "Atto integrativo", la facoltà per Poste Italiane di risolvere il contratto per l'inosservanza del divieto di svolgere in proprio o per conto di terzi prestazioni concorrenziali a quelle affidate in appalto nell'ambito del medesimo territorio⁹⁴. Da notare che tale obbligo a favore dell'incumbent veniva sancito proprio nel momento in cui prendeva più concretamente avvio il processo di liberalizzazione, atteso che all'epoca dei fatti la proposta di terza direttiva recava il differimento al 1° gennaio 2009 della data di piena apertura alla concorrenza dei mercati postali. Tale data, poi, nella versione definitiva approvata della direttiva è divenuta il 1° gennaio 2011.

79. Il procedimento istruttorio a cui fa riferimento Poste Italiane, avviato dall'Autorità nel mese di agosto 2007 e concluso nel febbraio 2008, alcuni mesi dopo la sottoscrizione del contratto tra Soluzioni e Poste Italiane⁹⁵, aveva avuto origine da segnalazioni di associazioni rappresentative delle agenzie di recapito che lamentavano problematiche nelle modalità di contrattualizzazione imposte da Poste Italiane agli *ex* concessionari dei servizi di recapito e in particolare con riguardo, tra l'altro, all'obbligo di non concorrenza, alla non vincolatività per Poste Italiane degli importi e delle quantità fissati, alle penali previste in caso di inadempimento o ritardo nell'adempimento della prestazione.

80. Come parte integrante degli impegni resi obbligatori dall'Autorità con il provvedimento adottato ad esito del procedimento A388, Poste Italiane si vincolava a specificare che non sussisteva alcun obbligo di non concorrenza (impegni *sub a.* e *sub b.*). Per quanto interessa la relazione contrattuale tra Soluzioni e Poste Italiane, quest'ultima, mediante il citato Atto integrativo modificava/inseriva anche le altre clausole indicate nel formulario sugli impegni e segnatamente⁹⁶:
i. sostituiva l'articolo 3 dell'accordo quadro, relativo alla "Variabilità della Fornitura dei Servizi"

⁹² Cfr. doc. 1.1.

⁹³ Nel dettaglio, su tali profili, gli impegni prevedevano: "Poste si impegna altresì ad inviare alle Agenzie una comunicazione con la quale, in linea con quanto già precisato sopra ai punti da (iii) a (v), verrà ribadito i rapporti contrattuali in essere tra Poste e le Agenzie non comportano alcun divieto, in capo alle Agenzie stesse, di svolgere attività in concorrenza con Poste [...]" (cfr. impegno *sub b.* del formulario degli impegni), provvedimento n. 18069 del 27/02/2008, in Boll. n. 8/2008, v. *infra*.

⁹⁴ Tale obbligo si desume, tra l'altro, dalla documentazione di gara, più precisamente dal Disciplinare di Gara, parte B1, Capitolato Tecnico, articolo 11, che prevedeva: "Poste potrà avvalersi della facoltà di risoluzione del contratto nei seguenti casi: [...] - inosservanza dell'obbligo a non svolgere in proprio o per conto di terzi prestazioni concorrenziali a quelle affidate in appalto nell'ambito del medesimo territorio." Cfr. doc. 26.10.

⁹⁵ Cfr. Procedimento A388 "Poste italiane-Concessionari servizi postali" e, in particolare, il provvedimento n. 17133 del 03/08/2007 - Avvio istruttoria, in Boll. n. 30/2007 e il provvedimento n. 18069 del 27/02/2008 - Chiusura istruttoria, in Boll. n. 8/2008.

⁹⁶ Gli impegni di Poste Italiane erano essenzialmente tre (*sub a.*, *sub b.* e *sub c.*). Solo parte degli impegni *sub a.* ineriva specificamente i contratti sottoscritti dopo la prima gara, del 2007, ad esito della quale Soluzioni si era aggiudicata 4 lotti. Tali impegni riguardavano l'inserimento in tali contratti di una serie di clausole, elencate ai punti da (ii) a (vi) del formulario sugli impegni oltre che l'invio di una comunicazione agli aggiudicatari che specificasse, tra l'altro, che non vi era alcun divieto di svolgere attività in concorrenza con Poste Italiane. Il resto degli impegni riguardava essenzialmente la successiva, seconda gara di Poste Italiane, a cui Soluzioni non ha partecipato essendosi da poco aggiudicati i lotti della gara 1.

(Art. 1 Atto integrativo⁹⁷, v. *infra*); *ii.* specificava che le vicende soggettive relative all'impresa aggiudicataria (ad es. la cessione d'azienda, gli atti di trasformazione, fusione/scissione) erano disciplinate solo dalle norme di diritto comune del D.Lgs. n. 163/2006 e s.m.i. e non più dalle clausole previste fino ad allora da Poste Italiane (ad es. il recesso in caso di cessione o locazione dell'azienda e di modifica della forma giuridica dell'impresa) (Art. 3 Atto integrativo)⁹⁸. Gli impegni *sub a.* avevano durata sino all'espletamento e alla conclusione della gara successiva (vale a dire la 2a gara) e, comunque, non oltre la data del 30 maggio 2008⁹⁹.

2.3 Minimi garantiti, variabilità delle forniture, corrispettivi

81. Per quanto riguarda il nuovo articolo 3 dell'AQ2007, come modificato a seguito dell'assunzione degli impegni di Poste Italiane, esso prevedeva anche quantitativi minimi di fornitura garantiti (sulle raccomandate e sul totale dei volumi). Tale previsione recepiva in tal modo anche i contenuti di un *Memorandum* sottoscritto da Poste Italiane, poco prima della chiusura del procedimento istruttorio, con l'allora Ministero delle Comunicazioni¹⁰⁰.

82. Più in dettaglio, nell'articolo 3 "VARIABILITÀ DELLA FORNITURA DEI SERVIZI", fermo restando che: "*I quantitativi oggetto di aggiudicazione potranno subire variazioni (incrementi/decrementi), sia nel mix che nel valore complessivo in ragione delle effettive esigenze di Poste e della domanda del mercato*", era previsto un minimo garantito per le raccomandate a tariffa intera (almeno il 25% del valore annuo di aggiudicazione per lotto) e la garanzia dell'affidamento di almeno l'80% del valore totale delle attività¹⁰¹.

83. Il medesimo articolo 3 prevedeva anche la possibilità di incrementare la fornitura, su richiesta di Poste Italiane, nei limiti del 20% dell'importo contrattuale, alle stesse condizioni¹⁰² nonché di aumentare l'importo dell'accordo, sempre a discrezione di Poste Italiane, fino al doppio quinto, ove si affidassero nuove attività (indicandone alcune in via esemplificativa) o maggiori volumi, coerentemente agli sviluppi commerciali del settore¹⁰³. Era dunque contrattualmente prevista la

⁹⁷ Cfr. doc. 1.1.

⁹⁸ Inoltre, Poste Italiane specificava che il rinvio al Codice etico era da intendersi come riferito solo ai rapporti tra aggiudicataria e dipendenti e non direttamente all'impresa (Articolo 4 Atto integrativo). Cfr. doc. 1.1.

⁹⁹ Gli impegni *sub b.* avevano durata sino all'espletamento e alla conclusione della nuova procedura di gara e, comunque, non oltre la data del 31 marzo 2008.

¹⁰⁰ Segnatamente, in data 11 dicembre 2007, era stato sottoscritto un *Memorandum* con l'allora Ministero delle Comunicazioni, Poste Italiane e le agenzie di recapito. Cfr. docc. 26, 61 e 62.

¹⁰¹ Così l'articolo 3: "*Le attività di recapito raccomandate a tariffa intera (cioè fuori dall'articolazione dedicata) rappresentano su base annua almeno il 25% del valore complessivo annuo di ciascun lotto oggetto di aggiudicazione. Inoltre Poste garantisce che, in ciascuno dei tre anni di validità dell'Accordo Quadro, il valore complessivo delle attività affidate è pari almeno all'80% del valore totale delle attività in questione nell'anno di riferimento. Tale garanzia, se del caso, viene fornita anche durante l'eventuale rinnovo di ulteriori 12 mesi dell'Accordo Quadro*". (v. Articolo 1 Atto integrativo, cit.). Cfr. doc. 1.1.

¹⁰² In dettaglio: "*Qualora nel corso di esecuzione del presente Accordo Quadro si rendesse necessaria una variazione in aumento delle attività, l'Impresa, su richiesta di Poste, sarà obbligata ad eseguire la variazione alle stesse condizioni previste in Accordo Quadro, nei limiti del 20% dell'importo contrattuale*". Questa parte della clausola non era contenuta nel formulario sugli impegni. Cfr. doc. 1.1.

¹⁰³ "*L'importo dell'Accordo potrà essere incrementato a discrezione di Poste fino al doppio quinto qualora si proceda all'affidamento di nuove attività (quali, a titolo esemplificativo, home care, pick-up light, same day same city) o maggiori volumi, in coerenza con i possibili sviluppi commerciali del settore postale*". (Articolo 3 cit. e articolo 1 Atto integrativo). Cfr. doc. 1.1.

possibilità di affidare attività diverse e ulteriori rispetto a quelle oggetto degli AQ2007, senza indicazioni specifiche né delle attività né dei possibili corrispettivi.

84. Inoltre, richiamando quanto previsto nel formulario sugli impegni, il medesimo articolo prevedeva che *“fatto salvo quanto sopra, gli obblighi di affidamento in termini quantitativi vincolanti per Poste sono assunti per mezzo di Buoni di Consegna, che saranno emessi da Poste con cadenza annuale”*.

85. Strettamente legato al citato articolo 3 era l'articolo 2 dell'AQ2007, *“IMPORTO E CORRISPETTIVI”*, che: *i.* ribadiva che i quantitativi aggiudicati non erano vincolanti per Poste Italiane, potendo quest'ultima modificarli in base alle proprie esigenze, senza possibilità per Soluzioni di avanzare alcuna richiesta di risarcimento in caso di variazioni nel *mix* e nel valore dei contratti. Poste Italiane avrebbe comunicato, con cadenza annuale, una stima sulle quantità minime che intendeva affidare ogni anno; era precisato che gli impegni in termini quantitativi, vincolanti per Poste Italiane, sarebbero stati assunti con l'emissione dei Buoni di Consegna¹⁰⁴; *ii.* prevedeva la possibilità di negoziare, nel corso del contratto, anche *“compensi migliorativi per Poste rispetto a quelli contrattuali”* senza circoscrivere i casi in cui tale negoziazione era possibile; era infatti previsto solo un generico riferimento a *“nuove opportunità di mercato”*¹⁰⁵.

86. Sempre per quanto riguarda i Buoni di Consegna, l'AQ2007 stabiliva, all'articolo 6 *“BUONI DI CONSEGNA”*, che il servizio sarebbe stato attivato tramite tali buoni, emessi *“esclusivamente sulla base delle effettive esigenze di Poste Italiane stessa e/o del Gruppo”* e prevedeva la prevalenza delle clausole contenute nell'Accordo Quadro rispetto a quanto contenuto nei Buoni di Consegna, in caso di discordanza (ferme restando specifiche pattuizioni)¹⁰⁶.

87. Nell'AQ2007 erano poi previsti dei corrispettivi unitari, *i.e.* per singolo invio, per le raccomandate, con importi diversi a seconda che si trattasse di raccomandate singole, multiple, *extra* articolazione dedicata, prevedendo importi aggiuntivi, sempre unitari, per le cc.dd. fermate, per i punti di recapito ad alto traffico e per i Km di percorrenza delle linee dell'articolazione dedicata¹⁰⁷.

2.4 Organizzazione e segni distintivi

88. Per quanto concerne le modalità di esecuzione del contratto, anche l'AQ2007 prevedeva una serie di istruzioni dettagliate riportate nei Modelli di Pianificazione Trasporti (MPT) e nelle

¹⁰⁴ Così l'articolo 2: *“I quantitativi oggetto di aggiudicazione non sono da considerarsi in alcun modo impegnativi per Poste e potranno subire variazioni in ragione delle effettive esigenze di Poste. L'impresa, pertanto, fatto salvo quanto disposto al paragrafo “Variabilità della fornitura del servizio”, non potrà avanzare alcuna richiesta di risarcimento qualora gli affidamenti subiscano variazioni sia nel mix che nel valore complessivo. Poste comunicherà con cadenza annuale una stima sui quantitativi minimi che intende affidare all'Impresa nel corso dell'anno in questione”*. Seguiva poi il riferimento ai buoni di consegna: *“Gli impegni in termini quantitativi vincolanti per Poste Italiane saranno assunti con l'emissione dei Buoni di Consegna”*. Cfr. doc. 1.1.

¹⁰⁵ Per esteso: *“Le parti potranno negoziare e condividere compensi migliorativi per Poste rispetto a quelli contrattuali al fine di trarre vantaggi comuni in relazione a nuove opportunità di mercato.”* Cfr. doc. 1.1.

¹⁰⁶ Articolo 6 *“BUONI DI CONSEGNA”*: *“Il servizio, in base alle condizioni generali del presente Accordo Quadro, sarà attivato a mezzo di Buoni di Consegna, che saranno emessi dalle strutture operative territoriali o centrali di Poste Italiane e/o da altre società del Gruppo Poste Italiane (società partecipate da Poste Italiane S.p.A. in via maggioritaria, quali risultanti dal sito www.poste.it), esclusivamente sulla base delle effettive esigenze di Poste Italiane stessa e/o del Gruppo. Le Parti concordano che, in caso di discordanza tra le clausole e le condizioni contenute nel presente Accordo Quadro e quanto contenuto nei Buoni di Consegna, le prime prevarranno sulle altre, ferme restando specifiche pattuizioni tra le parti.”* Cfr. doc. 1.1.

¹⁰⁷ Cfr. articolo 2 *“IMPORTO E CORRISPETTIVI”*. Cfr. doc. 1.1.

procedure operative (manuale del recapito)¹⁰⁸ che incidevano sull'organizzazione dell'attività del fornitore e riguardavano, tra l'altro:

1. l'impiego di mezzi da parte del fornitore, unico responsabile della gestione delle risorse usate nell'appalto e dei relativi rischi (Art. 8.2)¹⁰⁹; già dal settembre 2007, Soluzioni per il recapito delle corrispondenze raccomandate dirette alla città di Napoli utilizzava propri furgoni con la scritta "Poste Italiane"¹¹⁰ di colore bianco¹¹¹;
2. i requisiti del personale addetto, da munire di cartellino di identificazione con dicitura indicata da Poste Italiane¹¹², "per conto di Poste Italiane"¹¹³; il fornitore si impegnava anche a rispettare determinate norme comportamentali al fine di consentire l'accesso del proprio personale alle sedi di Poste Italiane (Art. 8.3)¹¹⁴. Tale accesso era infatti parte integrante dell'attività svolta per conto di Poste Italiane. Con comunicazione del marzo 2010, e con effetto dal 22 marzo 2010, veniva poi previsto anche l'obbligo di indossare sempre appositi *gilet* forniti da Poste Italiane, con l'avvertenza che "non saranno tollerate inosservanze di questa disposizione."¹¹⁵.

2.5 Penali e controlli

89. Nell'AQ2007 era poi presente una clausola che illustrava le ipotesi di inadempimento e di ritardo nell'adempimento, assistite dalle relative penali, in cui sarebbe potuta incorrere Soluzioni (Art. 11 "PENALI").

90. In particolare, nell'ipotesi di ritardo nell'adempimento e/o difformità di prestazione nell'esecuzione dei servizi oggetto dell'accordo quadro sarebbero state applicate le penali dettagliatamente indicate negli allegati tecnici, fatto salvo il risarcimento del maggior danno. Inoltre,

¹⁰⁸ Articolo 4 "MODALITÀ DI ESECUZIONE DEL SERVIZIO" del Capitolato Tecnico, parte B1. Cfr. docc. 26.15 e 108, allegato n. 4.

¹⁰⁹ Articolo 8 "ESECUZIONE DEL CONTRATTO" [...] 8.2 "MODALITÀ DI ESECUZIONE": "Il chilometraggio ed i percorsi saranno indicati nei modelli MPT che saranno allegati ai Buoni di Consegna. L'Impresa eseguirà tutte le attività relative alla fornitura del servizio di cui al presente Accordo Quadro con organizzazione dei mezzi necessari e gestione a proprio rischio. A tal fine l'Impresa sarà unica responsabile della gestione delle proprie risorse utilizzate nell'appalto ed alla medesima competerà in via esclusiva il relativo potere organizzativo, direttivo e disciplinare." Cfr. doc. 1.1.

¹¹⁰ Cfr. doc. 60. Nel dettaglio, comunicazione di Poste Italiane datata 25 settembre 2007, con oggetto "Attestazione".

¹¹¹ Articolo 5 "VEICOLI" del Capitolato Tecnico, parte B1. Cfr. docc. 26.15 e 108, allegato n. 4.

¹¹² Articolo 8.3. "REQUISITI DEL PERSONALE ADDETTO AL SERVIZIO": "L'Impresa si impegna ad utilizzare, per i servizi di cui al presente accordo, personale dotato di necessaria competenza tecnica ai vari livelli di collaborazione in relazione alla mansione svolta. Il personale dell'Impresa impiegato nelle attività descritte nel presente accordo dovrà vestire decorosamente e dovrà essere munito di un cartellino di identificazione con fotografia, numerato e plastificato, recante i dati anagrafici, nonché la dicitura che sarà successivamente indicata da Poste." Cfr. doc. 1.1.

¹¹³ Cfr. doc. 1.1. Nel dettaglio, Poste Italiane con una comunicazione *ad hoc* del 9 settembre 2008 chiedeva a Soluzioni di comunicare, con la compilazione di uno specifico *format*, "[...] l'elenco nominativo delle persone responsabili di ciascuna prestazione prevista, indicando per ciascun nominativo gli estremi di un documento di riconoscimento. Le ricordiamo, inoltre, che il personale dell'impresa dovrà essere munito di un cartellino d'identificazione con fotografia, numerato e plastificato, recante i dati anagrafici e l'indicazione del datore di lavoro nonché la dicitura "per conto di Poste Italiane". [...]"..

¹¹⁴ Cfr. articolo 8.3 cit. Cfr. doc. 1.1.

¹¹⁵ Cfr. doc. 60. Si riporta testualmente il contenuto della comunicazione *de qua*: "come già è stato da noi rappresentato, è importante che i Vostri operatori, nell'espletamento dei servizi che svolgono per conto di Poste Italiane, siano facilmente individuabili/riconoscibili specialmente quando si recano presso il domicilio dei nostri clienti. [...] A tale scopo ed anche nel rispetto dell'art. 8.3 dell'accordo Quadro che cita: "[...]" vi forniremo degli appositi "gilet" dei quali dovranno essere assolutamente dotati tutti i vostri operatori nell'espletamento delle attività/servizi per conto di Poste Italiane. La fornitura di detti gilet sarà effettuata a partire dal 22/03/2010. Vi invito ad avvisare tutto il Vostro personale impegnato sui servizi di Poste Italiane ad indossare sempre tali gilet perché non saranno tollerate inosservanze di questa disposizione.".

in ogni caso, Soluzioni doveva prendere atto che l'applicazione delle penali non avrebbe precluso il diritto di Poste Italiane a richiedere il risarcimento degli eventuali maggiori danni.

91. Era previsto un limite entro il quale Poste Italiane avrebbe potuto applicare a Soluzioni penali, *i.e.* sino a concorrenza di un importo significativo del valore dell'accordo quadro.

92. Infine, si precisava che la richiesta e/o il pagamento delle penali non esonerava in nessun caso il fornitore dall'adempimento dell'obbligazione per la quale si era reso inadempiente e che aveva fatto sorgere l'obbligo di pagamento della medesima penale.

93. Si tenga conto in ultimo che alla fine del 2008 è stata anche attivata da Poste Italiane una procedura relativa a controlli e rilevazioni sulle attività affidate a Soluzioni, che prevedeva stringenti controlli giornalieri e a campione sulle attività svolte, con riferimento a tutte le fasi del processo di recapito della corrispondenza¹¹⁶.

2.6 Altri elementi di interesse

94. Soluzioni nel corso del procedimento ha rappresentato che fino all'introduzione dei Buoni di Consegna la società lavorava sulla base di "*affidi giornalieri*", per cui ogni giorno Poste Italiane indicava a Soluzioni i quantitativi di corrispondenza da recapitare nella giornata. La funzione dei "Buoni di Consegna" è quella di indicare i quantitativi di corrispondenza che Soluzioni doveva recapitare *ex ante*, per poter organizzare la propria attività.

95. Nel corso del procedimento è emerso altresì che, almeno nel 2009, erano sorte delle problematiche con riferimento alla fatturazione di tutte le quantità eccedentarie relative all'intero anno 2008 rispetto ai Buoni di Consegna emessi nell'anno 2008; a tal riguardo, si era anche avuto un incontro tra Poste Italiane e Soluzioni nel luglio 2009, ma poi Soluzioni aveva rinunciato ad avanzare qualsiasi richiesta di risarcimento, riserva e/o eccezione in relazione alla mancata copertura dei quantitativi lavorati nei Buoni di Consegna emessi nell'anno 2008¹¹⁷. Soluzioni ha inoltre rappresentato che comunque Poste Italiane forniva solo a consuntivo le indicazioni da inserire nei Buoni di Consegna¹¹⁸.

3. Contratti relativi al periodo 2012-2017

3.1 Durata e oggetto

96. A esito della 4a gara bandita da Poste Italiane ad aprile 2012, Soluzioni ha sottoscritto quattro accordi quadro relativi alla città di Napoli, contenenti le medesime previsioni (di seguito anche AQ2012/2013, proroghe comprese). I primi tre sono stati sottoscritti il 28 settembre 2012¹¹⁹; il quarto è stato sottoscritto il 28 gennaio 2013¹²⁰.

¹¹⁶ La fase di affidamento, quella del percorso di "gita" e delle attività *post* "gita" nonché presso sia i Centri di Affidamento sia le sedi di Soluzioni, durante lo svolgimento del servizio da parte degli operatori di Soluzioni. Cfr. docc. 31, 33.12 e anche doc. 26.13.

¹¹⁷ Cfr. doc. 1.1.

¹¹⁸ Cfr., *inter alia*, doc. 54.

¹¹⁹ Accordi relativi ai lotti di gara 2, 9 e 6. Cfr. docc. 1, 1.1 e 26.

¹²⁰ Accordo riguardante il lotto 3. Cfr. docc. 1, 1.1 e 26.

97. Gli accordi avevano durata iniziale pari a 24 mesi, con facoltà per Poste Italiane di rinnovo per ulteriori 12 mesi¹²¹. Essi sono stati in realtà più volte prorogati, da ultimo il 16 marzo 2017, fino al 30 giugno 2017 compreso¹²².

98. Tali accordi avevano ad oggetto la fornitura del servizio di distribuzione e raccolta di corrispondenza (registrata e non registrata), posta non indirizzata ed espletamento di servizi ausiliari (Art. 1 “OGGETTO DELL’APPALTO”)¹²³.

99. Rispetto agli AQ2007, che riguardavano essenzialmente le raccomandate e servizi ausiliari - ferma restando la possibilità per Poste Italiane di richiedere ulteriori attività - l’oggetto dell’appalto era sensibilmente più ampio. Esso ricomprendeva, tra gli altri, il *Direct Marketing*, ma soprattutto una serie di servizi che, per effetto del processo di liberalizzazione, erano usciti dalla riserva, quali la posta prioritaria, la posta massiva, al di sotto dei limiti di peso e prezzo previsti; erano esclusi dall’affidamento i soli servizi ancora oggetto all’epoca di riserva¹²⁴ e pochi altri servizi¹²⁵.

100. In altri termini, nell’oggetto dei contratti risultavano inseriti servizi postali appena usciti dalla riserva legale che, invece, avrebbero potuto essere svolti da Soluzioni per conto di altri soggetti.

101. In relazione ai vari servizi era prevista una distinzione tra due tipologie di attività, quelle rientranti nella c.d. *extra* articolazione mercato (in estrema sintesi, una parte delle raccomandate/assicurate, oltre ai prodotti di posta prioritaria, massiva e il *Direct Marketing*) e quelle rientranti nella c.d. articolazione mercato.

102. Le attività della c.d. “articolazione mercato” comprendevano sostanzialmente corrispondenza che, su richiesta di Poste Italiane, andava raggruppata in “fascette” contenenti più lettere/buste, e remunerata non per singola lettera/busta, ma per “fascetta”, a prescindere dal numero di buste contenute nella fascetta, dal peso (nell’ordine dei chilogrammi) e dal relativo volume/dimensione. Invece le c.d. “linee *extra*-mercato” comprendevano corrispondenza remunerata per busta, con un

¹²¹ Cfr. Articolo 5 “DURATA DEL CONTRATTO”. Cfr. doc. 1.1.

¹²² Più in dettaglio, in data 16 marzo 2017 gli Accordi Quadro sottoscritti da Soluzioni nelle date del 28 settembre 2012 e del 28 gennaio 2013, dopo essere già stati oggetto di rinnovo, vengono da ultimo prorogati sino al 30 giugno 2017 compreso, mediante comunicazione scritta di Poste Italiane che, in premessa, ripercorre i precedenti atti di rinnovo del 2014 e del 2015 degli accordi, e, in particolare, fa presente che: “*essendosi trovata nella impossibilità di internalizzare, dal 01/10/2015 [01/02/2016 per l’Accordo Quadro del 20 gennaio 2013], le attività di recapito (comprehensive di attività correlate a servizi postali universali) nell’area territoriale oggetto di affidamento, ha stipulato con codesta Impresa gli atti di proroga n. prot. [...] per la prosecuzione delle attività fino al 31/03/2017*”. Ciò nelle more dell’espletamento di una nuova procedura di gara. Cfr. doc. 1.1.

¹²³ Articolo 1 “OGGETTO DELL’APPALTO”. Più in dettaglio: a) ritiro/consegna di plichi-dispacci specifici tra strutture di Poste Italiane; b) ritiro e consegna dei viaggietti/appoggi per l’alimentazione delle zone di recapito distribuzione; c) ritiro e recapito dei plichi indirizzati e non indirizzati e voluminosi per punti di recapito ad alto traffico con consegna singola in un’unica soluzione; d) ritiro e recapito dei plichi indirizzati e non indirizzati e voluminosi per punti di recapito ad alto traffico, o ad essi operativamente integrati con consegna ai singoli destinatari; e) ritiro e recapito di corrispondenza registrata indirizzata (raccomandate/assicurate e telegrammi) per punti di recapito ad alto traffico; f) ritiro dai centri di distribuzione e recapito di oggetti indirizzati ingombranti/voluminosi ai rispettivi destinatari; g) recapito di oggetti di corrispondenza raccomandata/assicurata *extra* articolazione mercato; h) recapito di prodotti di posta prioritaria, massiva e *Direct Marketing* indirizzata *extra* articolazione mercato e lavorazioni preparatorie finalizzate al recapito. Le attività da a) a f) rientravano nell’ambito di attività dell’articolazione mercato. Potevano poi essere affidate a Soluzioni, su richiesta di Poste Italiane e Soluzioni era obbligata ad effettuarli alle stesse condizioni dell’Accordo Quadro, i seguenti servizi opzionali: i) il recapito *Postazone*/invii senza indirizzo in ambiti territoriali predefiniti; j) il recapito telegrammi in ambiti territoriali predefiniti; k) la distribuzione elenchi in ambiti territoriali predefiniti; l) il recapito di prodotti editoriali; m) il *Pick up e/o delivery* e n) il recapito di altri prodotti di posta registrata a valore aggiunto. Cfr. doc. 1.1.

¹²⁴ Atti giudiziari, e comunicazioni connesse, e violazioni del Codice della strada. Cfr. doc. 1.1.

¹²⁵ Assicurate (di valore superiore ad un certo importo), invii in contrassegno, raccomandate di servizio e la Raccomandata 1. Cfr. doc. 1.1.

ingombro e un peso infinitesimali rispetto alle “fascette”¹²⁶. In altri termini, con riferimento alle attività della c.d. “articolazione mercato”, si dovevano sopportare maggiori costi per le lavorazioni a fronte di minori introiti, con conseguenze sulla remuneratività complessiva delle forniture (v. *infra*)¹²⁷.

103. L’articolo 1 “OGGETTO DELL’APPALTO” prevedeva inoltre che: “[...] potranno essere affidati all’Impresa, su richiesta di Poste e l’Impresa è obbligata ad effettuarli alle stesse condizioni del presente Accordo Quadro, i seguenti servizi opzionali”: i) recapito *Postazone* invii senza indirizzo in ambiti territoriali predefiniti; j) recapito telegrammi in ambiti territoriali predefiniti; k) distribuzione elenchi in ambiti territoriali predefiniti; l) recapito di prodotti editoriali; m) *pick up e/o delivery*; n) recapito di altri prodotti di posta registrata a valore aggiunto. La lista di tali servizi opzionali è diversa e più ampia rispetto a quanto previsto nei precedenti contratti sottoscritti da Soluzioni con Poste Italiane.

104. Inoltre, pur se ogni contratto tra quelli sottoscritti da Soluzioni riguardava uno specifico lotto territoriale all’interno della sola città di Napoli, sempre l’articolo 1 prevedeva la possibilità per Poste Italiane (in accordo con l’impresa) di “[...] variare le aree operative di affidamento, nell’ambito della stessa provincia e delle province limitrofe”.

3.2 Minimi garantiti, variabilità delle forniture e corrispettivi

105. Negli AQ2012/2013 permane l’indicazione di minimi garantiti come si evince in particolare dall’articolo 2 “IMPORTO E CORRISPETTIVI”, che specifica che Poste Italiane affiderà le attività in base al proprio fabbisogno fermo restando che il valore complessivo annuo delle attività affidate sarà pari almeno all’80% del valore complessivo dei lotti aggiudicati, mentre le attività relative alle raccomandate *extra* articolazione mercato rappresenteranno ancora almeno il 25% dell’importo complessivo annuo di ciascun lotto (erano escluse le raccomandate rientranti nell’articolazione mercato)¹²⁸.

106. Tale disposizione contrattuale, tuttavia, va letta unitamente all’articolo 3 “VARIABILITÀ DELLA FORNITURA DEL SERVIZIO”, che viene ora modificato in modo sostanziale rispetto all’impianto dei contratti precedenti.

107. Infatti, l’AQ2007, prevedeva la possibilità, su richiesta e a discrezione di Poste Italiane, di variare in aumento le forniture richieste, fino al 20% dell’importo contrattuale alle stesse condizioni dell’accordo quadro e fino al doppio quinto di tale importo, non solo di maggiori volumi, ma anche in relazione a nuove attività, “*in coerenza con i possibili sviluppi commerciali del settore postale*” (Art. 3 AQ2007, v. *supra*).

¹²⁶ Cfr. doc. 54.

¹²⁷ Cfr. doc. 54.

¹²⁸ Articolo 2 “IMPORTO E CORRISPETTIVI”, in particolare nella parte in cui prevede: “*Poste affiderà le attività per ciascun lotto in ragione delle proprie esigenze di fabbisogno, fermo restando che in ciascun anno di validità dell’Accordo Quadro, nonché, se del caso, durante l’eventuale rinnovo di ulteriori 12 mesi, il valore complessivo annuo delle attività affidate all’impresa aggiudicataria sarà pari almeno all’80% del valore complessivo annuo dei lotti aggiudicati. L’impresa, fatto salvo quanto disposto al paragrafo “Variabilità della fornitura del servizio”, non potrà avanzare nel corso di esecuzione del contratto alcuna richiesta di risarcimento, riserva e/o eccezione in caso di variazione delle attività e/o del loro mix, fermo restando che le attività di recapito ‘raccomandate extra articolazione Mercato’ rappresenteranno su base annua almeno il 25% dell’importo complessivo annuo di ciascun lotto oggetto di aggiudicazione*”. Cfr. doc. 1.1.

108. Gli AQ2012/2013, nell'articolo 3, introducono, accanto alla previsione relativa alla variabilità in aumento, una clausola che consente a Poste Italiane, a propria discrezione, di richiedere per tutta la durata dei contratti anche una diminuzione nelle forniture, con un meccanismo sostanzialmente speculare rispetto a quanto previsto per la variabilità in aumento.

109. In dettaglio, la diminuzione è prevista nei termini che seguono: *“Poste potrà, nel corso di esecuzione del presente Accordo Quadro, ridurre su base annua l'affidamento delle attività nei limiti del 20% dell'importo annuale di cui al precedente art. 2, primo capoverso”* [l'art. 2, primo capoverso si riferisce all'*“importo stimato del lotto aggiudicato”*]. Inoltre, *“l'importo di cui al precedente art. 2 potrà essere ridotto fino al doppio quinto su base annua a seguito di eccezionali e non pianificabili cali di volumi di corrispondenza da parte dei clienti di Poste Italiane, nell'ambito della provincia di riferimento del lotto di aggiudicazione”*.

110. In altri termini, in virtù della clausola che prevede la variabilità in aumento, fatto 100 l'importo contrattuale, Poste Italiane poteva richiedere fino a $100 + 20\% = 120$, ma anche fino al doppio quinto di tale importo, ovvero $100 + 40\% = 140$, non solo di maggiori volumi, ma anche in relazione a nuove attività (potendo così variare anche il *mix* di attività, comprese le nuove attività). In virtù della nuova disposizione, sulla variabilità in diminuzione, fatto 100 l'importo contrattuale, erano previste attività affidate almeno pari a 80 (v. Art. 2 cit.); ora però Poste Italiane poteva chiedere una riduzione delle forniture fino al 20% dell'importo contrattuale (non fisso, ma compreso tra [80 - 100]), per effetto della prima parte della disposizione e fino al 40% dell'importo contrattuale (sempre compreso tra [80 - 100]), per effetto della seconda parte della disposizione¹²⁹.

111. La combinazione tra la previsione della variabilità in aumento e il meccanismo della variabilità in diminuzione ha così reso incerta l'indicazione sui minimi garantiti di cui all'articolo 2 e al contempo ha ampliato in modo sostanziale la differenza tra le forniture minime previste e quelle massime, non solo in termini di quantitativi/valore delle forniture ma anche di tipologia di prodotti, essendo riservata a Poste Italiane la facoltà di variare anche il *mix* di attività; da notare che Poste Italiane poteva tra l'altro richiedere anche prodotti per i quali, all'inizio del contratto, era prevista una quantità di fornitura pari a zero, per cui il fornitore doveva organizzare la propria attività anche in previsione di tali servizi, a prescindere dal fatto che questi fossero o meno richiesti.

112. Un'altra novità è rappresentata dall'articolo 2, terzultimo periodo, degli AQ2012/2013, il quale prevede l'emissione su base semestrale, non più annuale, dei “Buoni di Consegna”¹³⁰, disciplinati anche dagli articoli 6¹³¹ e 16¹³² dei citati AQ. Si ricorda che i Buoni di Consegna annuali erano stati introdotti da Poste Italiane in occasione degli impegni del procedimento A388, al fine di consentire una migliore pianificazione delle attività del fornitore, mettendolo in condizioni

¹²⁹ Cfr. doc. 1.1.

¹³⁰ Articolo 2 cit.: *“Gli impegni saranno assunti con i Buoni di Consegna, che verranno emessi da Poste con cadenza semestrale. Nell'ambito di ciascun Buono di Consegna potranno essere compensati, in termini quantitativo/economici, i servizi affidati nel periodo di validità del Buono stesso”*. Cfr. doc. 1.1.

¹³¹ L'articolo 6 “BUONI DI CONSEGNA” ribadiva: *“Il servizio, in base alle condizioni generali del presente Accordo Quadro, sarà attivato a mezzo di Buoni di Consegna, che saranno emessi con cadenza semestrale dalle strutture operative territoriali competenti Poste Italiane sulla base delle effettive esigenze di Poste Italiane stessa. Con riferimento ai buoni di consegna saranno emesse le fatture, come precisato successivamente”*. Cfr. doc. 1.1.

¹³² Articolo 16 “FATTURAZIONE E PAGAMENTO”. Cfr. doc. 1.1.

di fare previsioni sugli *input* necessari all'inizio di ogni anno; con gli AQ2012/2013 è venuta dunque meno tale possibilità.

113. Va poi richiamato ancora l'articolo 1 già citato, per quanto riguarda i compensi. Tale articolo ribadiva quanto previsto negli AQ2007, in ordine alla possibilità di riconoscere a Poste Italiane “*compensi migliorativi*” nel corso del rapporto contrattuale, previa negoziazione tra le parti, “*al fine di tragguardare obiettivi comuni in relazione a nuove opportunità di mercato*”¹³³. Inoltre, si consentiva di richiedere a Poste Italiane, in un intervallo di due mesi, un adeguamento dei compensi al tasso di inflazione, ma era esclusa la possibilità di applicare l'art. 1664, comma 1, del c.c.¹³⁴, ovvero la norma del codice civile che in sostanza consente al contraente di richiedere la revisione del prezzo in caso di eventi al di là della normale alea contrattuale¹³⁵.

114. Sempre con riferimento ai corrispettivi, permane, come nell'AQ2007, il pagamento per corrispettivo unitario delle raccomandate¹³⁶ e viene invece introdotta una diversa modalità di pagamento, al Kg, per la posta prioritaria, la posta massiva e il *Direct Marketing*¹³⁷.

3.3 Divieto di trasporto e consegna congiunti e recesso

115. Un'altra novità di rilievo degli AQ2012/2013 concerne l'articolo 12 “*CONCORRENZA*”. Negli AQ2007 l'omonimo articolo, ovvero l'articolo 10, si limitava a specificare che non vi era divieto di concorrenza, così come previsto dagli impegni assunti da Poste Italiane nell'ambito del procedimento A388. L'articolo 12 degli AQ2012/2013, mentre nella prima parte riproduceva sostanzialmente quanto contenuto negli AQ2007, in relazione alla precisazione per cui non vi era un divieto di concorrenza¹³⁸, al secondo comma introduceva, *ex novo*, un divieto di trasporto e consegna congiunti così formulato: “*E' fatto divieto all'impresa trasportare e consegnare*

¹³³ Articolo 1 cit.: “*Le parti potranno negoziare e condividere compensi migliorativi per Poste rispetto a quelli contrattuali al fine di tragguardare obiettivi comuni in relazione a nuove opportunità di mercato*”. Cfr. doc. 1.1.

¹³⁴ Articolo 1 cit.: “*L'Impresa potrà richiedere a Poste, con decorrenza 1° Ottobre 2013 ed entro il 31 Dicembre 2013, l'adeguamento dei compensi previsti, [...] dell'incremento medio dell'indice ISTAT dei prezzi al consumo delle famiglie, rilevato nell'anno precedente. Decorso il suddetto termine, l'impresa non avrà più nulla a pretendere nei confronti di Poste. Le suddette modalità si intendono confermate per ciascuno degli anni successivi. Resta pertanto esclusa l'applicabilità della disposizione di cui al comma 1 art. 1664 c.c.*”. Cfr. doc. 1.1.

¹³⁵ Articolo 1664, comma 1, del c.c.: “*Qualora per effetto di circostanze imprevedibili [le circostanze o la misura] si siano verificati aumenti o diminuzioni nel costo dei materiali o della mano d'opera, tali da determinare un aumento o una diminuzione superiori al decimo del prezzo complessivo convenuto, l'appaltatore o il committente possono chiedere una revisione del prezzo medesimo²⁾. La revisione può essere accordata solo per quella differenza che eccede il decimo*”.

¹³⁶ Ciò con importi diversi a seconda che si tratti di raccomandate singole, multiple, *extra* articolazione mercato, prevedendo importi aggiuntivi, sempre nella forma di corrispettivi unitari, per le cc.dd. fermate e per i Km di percorrenza delle linee dell'*extra* articolazione mercato.

¹³⁷ Articolo 2 cit. Cfr. doc. 1.1.

¹³⁸ Unica modifica, rispetto ad allora, era infatti l'espunzione del seguente periodo “*fatta eccezione soltanto per le attività riservate e fintanto che la riserva rimarrà in vigore*”, presente negli AQ2007, come modificati per effetto degli impegni, dato che all'epoca con la terza direttiva postale 2008/6/CE e il suo recepimento avvenuto con il D.Lgs. 31 marzo 2011, n. 58 non sussisteva più alcuna riserva sugli invii postali oggetto di recapito (permaneva, infatti, all'epoca, solo quella relativa alla notifica a mezzo posta degli atti giudiziari, e comunicazioni connesse, e delle violazioni del Codice della strada). La clausola in questione era quindi così formulata: “*Poste precisa che l'aggiudicazione di uno o più lotti oggetto del presente appalto non comporta alcun divieto, in capo all'impresa aggiudicataria, di svolgere attività in concorrenza con Poste, anche relativamente alle attività oggetto del presente appalto e ai lotti aggiudicati*”.

*contestualmente prodotti di Poste e prodotti di terzi, pena risoluzione del contratto ipso iure*¹³⁹. L'inosservanza di tale divieto era prevista espressamente tra le cause di risoluzione dell'accordo¹⁴⁰.

3.4 Organizzazione e segni distintivi

116. Quanto alle clausole suscettibili di ripercuotersi sugli assetti organizzativi di Soluzioni, anche gli AQ2012/2013 prevedevano, in particolare agli artt. 8 e 9, sia direttamente sia rinviando ad una serie ampia di documentazione, indicazioni estremamente dettagliate sull'esecuzione del servizio, obbligatorie per Soluzioni e riguardanti, in particolare:

1. le modalità di esecuzione del servizio, con l'avvertenza che i chilometraggi e i percorsi da effettuare sarebbero stati forniti solo in allegato ai Buoni di Consegna e che l'organizzazione del servizio e i relativi rischi erano a carico esclusivo del fornitore, soggetto anche a controlli giornalieri sull'attività svolta; Poste Italiane si riservava anche di aggiornare/rivedere unilateralmente le procedure previste per l'effettuazione dei controlli¹⁴¹;
2. le spese per lo svolgimento del servizio, interamente a carico di Soluzioni, tranne i moduli e altro materiale di consumo (esclusa comunque la cancelleria), forniti da Poste Italiane (sul punto, v. anche sez. 4 che segue)¹⁴²;
3. il personale addetto, che aveva tra l'altro l'obbligo di indossare i *gilet* forniti da Poste Italiane con la scritta "*stiamo lavorando per Poste Italiane*"¹⁴³; erano inoltre indicati minuziosamente gli adempimenti a carico del fornitore con riguardo a caratteristiche e comportamento dei dipendenti di Soluzioni quando operavano all'interno delle sedi di Poste Italiane¹⁴⁴;

¹³⁹ Infine al terzo comma si stabiliva che: "*E' fatto divieto all'Impresa porre in essere atti di concorrenza sleale disciplinati dall'art. 2598 c.c., pena risoluzione contratto ipso iure*". Cfr. doc. 1.1.

¹⁴⁰ Articolo 17 "*RISOLUZIONE DEL CONTRATTO*", "[...] Oltre ai suddetti casi, Poste potrà procedere alla risoluzione di diritto del presente Accordo Quadro, ai sensi e per gli effetti dell'art. 1456 c.c. e salva la facoltà di richiedere il risarcimento dei danni, nei seguenti casi: [...] inosservanza dei divieti di cui all'art. 12 "*Concorrenza*" [...]"]. Cfr. doc. 1.1.

¹⁴¹ Articolo 8 "*ESECUZIONE DEL SERVIZIO*", in particolare, articolo 8.2 "*MODALITÀ DI ESECUZIONE*": *Le modalità di esecuzione del servizio sono dettagliatamente descritte negli allegati tecnici. Il chilometraggio ed i percorsi saranno indicati nei modelli MPT che saranno allegati alle Note -Tecniche di Affidamento (NTA) ai soli fini indicativi. Gli MPT definitivi saranno allegati ai Buoni di Consegna. L'Impresa eseguirà tutte le attività relative alla fornitura del servizio di cui al presente Accordo Quadro con organizzazione dei mezzi necessari e gestione a proprio rischio. A tal fine l'Impresa sarà unica responsabile della gestione delle proprie risorse utilizzate nell'appalto ed alla medesima competerà in via esclusiva il relativo potere organizzativo, direttivo e disciplinare. Poste Italiane si riserva di effettuare controlli giornalieri e a campione sulle attività svolte dall'Impresa come da procedura interna "Controlli e rilevazioni sulle attività affidate alle Agenzie esterne" (Allegato n.1) e successivi aggiornamenti che potranno essere apportati da Poste.*". Cfr. doc. 1.1.

¹⁴² Articolo 10 "*SPESE PER LO SVOLGIMENTO DEL SERVIZIO*": "*Tutte le spese, ivi compresa la cancelleria, sono a carico dell'Agenzia ad eccezione di quelle per i materiali, forniti da Poste Italiane, così come indicato nel Manuale Operativo al paragrafo "modulistica e materiale di consumo"*". Cfr. doc. 1.1.

¹⁴³ Articolo 8.4 "*REQUISITI DEL PERSONALE ADDETTO AL SERVIZIO E ACCESSO AI SITI DI POSTE*": "*L'Impresa si impegna ad utilizzare per i servizi di cui al presente accordo, personale dotato di necessaria competenza tecnica ed opportunamente formato ed addestrato ai vari livelli di collaborazione in relazione alla mansione svolta ed all'utilizzo delle attrezzature necessarie. Tutto il personale dell'impresa impiegato nelle attività descritte nel presente accordo dovrà vestire decorosamente. Il personale dell'Impresa dovrà essere dotato ed avrà l'obbligo di indossare, appositi gilet forniti da Poste Italiane con la scritta "stiamo lavorando per Poste Italiane"*". Cfr. doc. 1.1.

¹⁴⁴ Nell'articolo 8.4 si prevedeva inoltre, che Soluzioni dovesse mensilmente comunicare a Poste Italiane, utilizzando un apposito *format*, l'elenco delle persone responsabili di ciascuna prestazione prevista dall'Accordo, indicando per ciascun nominativo gli estremi del documento di riconoscimento, ivi compreso il personale in prova e il personale assunto con le diverse forme di rapporto contrattuale previste dalla normativa in materia. Si prevedeva altresì che il personale di Soluzioni dovesse rispettare le norme comportamentali e le regolamentazioni in materia di normative sulla sicurezza e di accesso

4. le caratteristiche e le dotazioni (attrezzature, carrelli, impianti e macchinari per il *tracking*) dei centri di consolidamento e recapito di Soluzioni (Art. 9), con la specificazione che attrezzature e carrelli per la movimentazione dovevano essere garantiti da Soluzioni, mentre Poste Italiane avrebbe fornito, in comodato d'uso, mantenendone la proprietà, le dotazioni per il *tracking*¹⁴⁵;
5. i palmari e periferiche per la tracciatura degli oggetti, forniti da Poste Italiane, a cui spettava decidere quali centri di consolidamento dovessero disporre dei KIT contenenti tali specifiche dotazioni. Peraltro, Poste Italiane si riservava il diritto di richiedere in qualsiasi momento la restituzione dei KIT, senza motivazione, lasciando comunque in carico a Soluzioni l'obbligo di espletare il servizio nei termini previsti dai contratti¹⁴⁶.

117. Risulta inoltre, a riprova ulteriore dell'elevata integrazione del compendio aziendale di Soluzioni con i processi produttivi di Poste Italiane che quest'ultima avesse attribuito a Soluzioni (*i.e.* alle sedi di questa società) anche uno specifico codice identificativo all'interno della propria organizzazione logistica, denominato "Frazionario", che, nello specifico, corrispondeva a: 82875 – NA SOLUZIONI2 NAAG2. Inoltre, Poste Italiane definiva e considerava Soluzioni: "Ufficio Postale Soluzioni"¹⁴⁷.

3.5 Penali

118. Negli AQ2012/2013 la clausola che illustrava tutte le ipotesi di inadempimento per Soluzioni con la previsione di specifiche penali era contenuta nell'articolo 13 "PENALI".

119. Nell'ipotesi di ritardo nell'adempimento e/o difformità di prestazione nell'esecuzione dei servizi oggetto dell'accordo si applicavano le penali dettagliatamente indicate negli allegati tecnici B1, B2, B3 e B4, con riguardo alle varie categorie di invii postali oggetto di fornitura, fatto salvo il risarcimento del maggior danno. Soluzioni, infatti, doveva in ogni caso prendere atto che

nelle proprie sedi e in quelle di Poste Italiane e che il personale addetto dovesse considerarsi incaricato di pubblico servizio ai sensi dell'articolo 18 del D.Lgs. n. 261/1999. Cfr. anche articolo 23.4 "NORME DI SICUREZZA / D.L.GS 81/2008 E S.M.I." che prevedeva tra l'altro che "*Durante l'esecuzione delle attività di cui al presente Accordo Quadro, l'Impresa deve assicurare che il personale incaricato adotti tutte le misure di sicurezza previste, incluse quelle vigenti all'interno dei siti di Poste in cui il personale d'Impresa è chiamato ad operare [...]*" e richiede anche al personale di Soluzioni di esporre un'apposita tessera di riconoscimento quando opera in tali siti. Cfr. doc. 1.1.

¹⁴⁵ Cfr. l'articolo 9 "CENTRI DI CONSOLIDAMENTO E DI RECAPITO DELL'IMPRESA". Tale articolo prevedeva in sintesi che: *i*) i Centri di Consolidamento e di Recapito dell'Impresa dovevano essere situati in locali idonei, decorosi e sicuri; *ii*) Soluzioni avrebbe dovuto garantire la disponibilità di idonee attrezzature (carrelli di diversa tipologia, *transpallet*, ecc.), per le operazioni di movimentazione dei carichi; *iii*) i Centri di consolidamento sarebbero stati dotati, ove previsto, di impianti del sistema "*tracking*", di cui al Manuale Operativo, installati a cura e spese di Poste Italiane e i macchinari del sistema "*tracking*", affidati in comodato a Soluzioni rimanevano comunque di proprietà di Poste Italiane. Gli stessi dovevano essere utilizzati dal personale addetto dell'Impresa con massima cura e secondo le istruzioni fornite dal personale di Poste Italiane. Inoltre, tale articolo prevedeva che Poste Italiane, tramite suoi dipendenti o suoi delegati, avrebbe potuto effettuare controlli sulla regolarità e continuità del servizio, nonché verifiche sugli inconvenienti che emergono nell'esercizio di compiti affidati all'Impresa, tenendo conto anche dei reclami pervenuti, impartendo, sentita l'Impresa, indirizzi e direttive in proposito.

¹⁴⁶ Cfr. articolo 9 cit., nel prosieguo prevedeva che i Centri di Consolidamento, ove previsto da Poste Italiane, sarebbero anche stati dotati di KIT costituiti da palmari e relative periferiche che sarebbero stati utilizzati per la tracciatura degli oggetti di corrispondenza registrata e di altri prodotti che Poste Italiane avrebbe comunicato all'impresa, con riferimento ai quali il personale addetto avrebbe dovuto, anche in questo caso, procedere all'utilizzo con la massima cura e secondo le istruzioni che sarebbero state fornite da Poste Italiane.

Poste Italiane si riservava però di richiedere in qualsiasi momento la restituzione dei KIT e l'impresa, in tal caso, era comunque tenuta ad espletare il servizio in conformità a tutto quanto previsto dall'accordo e da tutti i documenti ad esso allegati e/o in esso richiamati. Restava inteso che detti KIT avrebbero dovuto essere utilizzati dall'impresa e esclusivamente per servizi di Poste Italiane.

¹⁴⁷ Cfr. doc. 60.

l'applicazione delle penali non precludeva il diritto di Poste Italiane a richiedere il risarcimento degli eventuali maggiori danni.

120. Come nell'AQ2007 Poste Italiane poteva applicare penali a Soluzioni sino a concorrenza di un importo significativo del valore dell'accordo quadro. Era ora specificato che qualora il valore delle penali raggiungesse o superasse tale importo massimo, Poste Italiane poi aveva la facoltà di risolvere di diritto il contratto ai sensi e per gli effetti di cui all'articolo 1456 del c.c.

121. La richiesta e/o il pagamento delle penali non esoneravano in nessun caso Soluzioni dall'adempimento dell'obbligazione per la quale si era resa inadempiente e che aveva fatto sorgere l'obbligo di pagamento della medesima penale.

122. Infine, le penali non si applicavano nell'eventualità in cui gli inadempimenti dell'impresa fossero imputabili a *“cause di forza maggiore o impossibilità sopravvenuta”*.

3.6 Altri elementi di rilievo in ordine al peggioramento delle condizioni

123. In definitiva, gli AQ2012/2013 contenevano diversi elementi di novità rispetto ai contratti precedentemente sottoscritti da Soluzioni, sostanzialmente peggiorativi rispetto al passato, con riguardo ad aspetti rilevanti dell'attività del fornitore Soluzioni.

124. A ulteriore riscontro di ciò vale rappresentare che, proprio in occasione della gara che aveva portato Soluzioni a sottoscrivere gli AQ2012/2013, Poste Italiane aveva ricevuto numerosi quesiti da parte degli operatori interessati a partecipare, fornendo peraltro risposte non sempre chiare né esaustive. Ciò si desume in particolare da un documento, acquisito in ispezione, che riassume le richieste di chiarimenti e le risposte fornite da Poste Italiane in vista della partecipazione alla gara¹⁴⁸.

125. Di interesse è il Quesito 4 sul divieto di trasporto congiunto: *“Si chiarisca rispetto al divieto di limitazione della concorrenza le ragioni per le quali all'art. 11 [ci si riferisce alla documentazione di gara, in particolare al contenuto della Lettera di invito] è fatto obbligo all'aggiudicatario di non trasportare contestualmente i prodotti postali ed altri prodotti, in considerazione del palese contrasto di tale limitazione con quanto previsto dalla risoluzione adottata dall'Autorità garante della concorrenza e del Mercato con procedura n. A388-AV del 3/8/2007 (pag. 6)”*.

126. A tale specifica richiesta, Poste Italiane si limita a rispondere che: *“Il divieto di trasporto contestuale di prodotti di Poste e di prodotti di terzi non configura divieto di concorrenza, che non sussiste come ribadito dal 1° comma dell'art. 12 dell'AQ.”*.

127. Rileva anche il Quesito 19 sulla variabilità in diminuzione delle forniture: *“Rispetto all'art. 3 dell'AQ si chiarisca con quali modalità verrebbero determinate le riduzioni dell'affidamento del servizio, in ipotesi eccezionali e non pianificabili di calo dei volumi di corrispondenza e quale strumento di controllo e di trasparenza ha la affidataria per la verifica a livello locale di tale calo, in particolare se tale ipotesi va ricondotta alle singole tipologie o all'intero oggetto del contratto”*.

128. A tale quesito Poste Italiane risponde in modo altrettanto sintetico: *“I volumi affidati all'Agenzia, nei casi previsti dall'art. 3 dell'AQ di cali dei volumi di corrispondenza, verranno ridotti in proporzione alla riduzione subita da Poste limitatamente alla provincia di riferimento del lotto di aggiudicazione. L'ipotesi concerne l'intero oggetto dell'appalto”*. Da notare che i lotti aggiudicati da Soluzioni riguardavano solo la città di Napoli e non la provincia, pertanto Soluzioni

¹⁴⁸ Cfr. doc. 33.7.

era soggetta a riduzioni nelle forniture richieste anche in caso di riduzioni dei volumi relative alla provincia di Napoli, che potevano anche non riguardare la città di Napoli.

129. Vi erano poi una serie di quesiti sulla percentuale minima di affidamento, collegati ai Buoni di Consegna visto che i due elementi erano entrambi collegati ai fini della programmazione delle attività del fornitore. Tra questi, si richiama innanzitutto il Quesito 15 “*Quesito sul tema della percentuale minima di affidamento, modalità di affidamento dei buoni di consegna e suddivisione in due buoni semestrali*”. Nel quesito si chiede in particolare di chiarire la *ratio* del frazionamento del Buono di Consegna in due semestri, visto che l’emissione di un Buono di Consegna attraverso cui Poste Italiane potesse assumere, su base annuale, obblighi di affidamento sulle quantità aveva lo scopo di consentire al fornitore di pianificare la propria attività, oltre ad essere parte integrante degli impegni assunti da Poste Italiane nel procedimento A388¹⁴⁹. Nel quesito si chiedeva anche di chiarire l’ulteriore facoltà riservata a Poste Italiane di ridurre l’affidamento del servizio fino al minimo del 40% su base nazionale e in quali casi poteva determinarsi tale ipotesi.

130. Questa la risposta di Poste Italiane al Quesito 15: “*si rimanda a quanto riportato nelle risposte n. 16 e n. 19*”. Il Quesito 16 riteneva inoltre necessario “*precisare come tra l’eventuale 1° ed il 2° semestre potrebbero variare gli affidamenti tra le articolazioni mercato e raccomandate extra per la migliore gestione aziendale*”. Nella risposta Poste Italiane riporta quanto previsto dall’articolo 2 dell’AQ¹⁵⁰, limitandosi ad aggiungere: “*La ripartizione tra 1° e 2° semestre è demandata alle necessità territoriali. La compensazione, nell’ambito di ciascun BC, è consentita come previsto dall’art. 2 dell’AQ*”.

131. Il Quesito 19, già riportato *supra* faceva riferimento alla variabilità in diminuzione delle forniture.

132. Altri quesiti, tra i numerosi posti, chiedevano anche di chiarire se Poste Italiane avrebbe potuto chiedere di fornire, durante il rapporto contrattuale, anche prodotti per i quali al momento della gara si richiedeva un quantitativo pari a zero; la risposta di Poste Italiane era affermativa e ricordava che Poste Italiane poteva, a propria discrezione, variare il *mix* di prodotti¹⁵¹.

133. Infine, diversi quesiti, più precisamente i Quesiti 36 e 37, 38 e 39¹⁵², chiedevano chiarimenti in merito al regime di penali previsto nell’accordo quadro in caso di inadempimento o di ritardo nell’adempimento e indicato in dettaglio negli allegati tecnici, con riguardo alle specifiche categorie di invii postali oggetto di fornitura. In particolare, venivano richieste delucidazioni: *i.* rispetto al *dies a quo* da considerare relativamente a quanto disposto nei sottoarticoli 5.1 e 5.4 dell’articolo 5 del

¹⁴⁹ Così recitava il quesito: “*In particolare la S.A. chiarisca la disposizione relativa al frazionamento del buono di consegna in due semestralità, considerato che a seguito della fattispecie contestata all’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato con procedura n. A388 – AV del 3/8/2007 venne espressamente previsto (pag. n. 5 fine) nella risoluzione finale “l’impegno di Poste di assumere con cadenza annuale obblighi di affidamento in termini quantitativi, mediante l’emissione annuale di buoni consegna, per porre le Agenzie in grado di pianificare le loro rispettive attività...”*”.

¹⁵⁰ Si rimarcava quanto indicato nell’articolo 2 dell’AQ: “*Poste affiderà le attività per ciascun lotto in ragione delle proprie esigenze di fabbisogno, fermo restando che in ciascun anno di validità dell’Accordo Quadro, nonché, se del caso, durante l’eventuale rinnovo di ulteriori 12 mesi, il valore complessivo annuo delle attività affidato all’impresa aggiudicataria sarà pari almeno all’80% del valore complessivo annuo dei lotti aggiudicati*”.

¹⁵¹ Cfr. Quesiti 28, 33 e 34 contenuti nel doc. 33.7.

¹⁵² Tali quesiti sono sempre contenuti nel doc. 33.7.

medesimo allegato tecnico B2¹⁵³ ovvero sia da quando dovessero essere applicate le penali; *ii.* con riferimento alle penali previste in caso di mancato rispetto dei tempi di recapito relativi agli oggetti di corrispondenza raccomandata/assicurata *extra* articolazione mercato, *i.e.* invii postali di una certa rilevanza, in termini di valore sia intrinseco che legale, con riguardo soprattutto ad una serie di ipotesi¹⁵⁴. A questi quesiti Poste Italiane fornisce un riscontro sintetico, spesso limitandosi a rispondere in modo affermativo o meno alle domande e a richiamare le norme contrattuali oggetto delle richieste di chiarimenti.¹⁵⁵

134. Si rappresenta infine, con riguardo agli AQ2012/2013, che la stessa Soluzioni già all'epoca era consapevole dell'intervenuto peggioramento sostanziale delle condizioni contrattuali ma, al contempo, anche del fatto che fosse indispensabile per la società partecipare alla gara. In occasione dell'approvazione del bilancio dell'anno 2011 la società rilevava infatti quanto segue¹⁵⁶: “[...] *la tipologia del servizio richiesto e le condizioni tariffarie fanno ritenere che il servizio messo a base di asta da Poste Italiane sia di marginalità notevolmente ridotta rispetto al servizio attualmente svolto. [...] Se ovviamente non è allo stato attuale possibile ipotizzare una mancata partecipazione alla gara per il rinnovo di quello che è un servizio che ha costituito negli ultimi anni oltre il 95% del fatturato della Vostra azienda, va comunque perseguita la possibilità di valutare altri possibili scenari alternativi.*”

III.IV Le prestazioni aggiuntive non contrattualizzate e/o non retribuite

135. Con riguardo alle prestazioni aggiuntive non contrattualizzate e/o non retribuite lamentate da Soluzioni nella propria segnalazione del 15 gennaio 2020¹⁵⁷, la società, con la comunicazione pervenuta in data 30 dicembre 2020¹⁵⁸, di risposta alla richiesta d'informazioni del 22 dicembre 2020, ha prodotto della documentazione che, a suo avviso, comproverebbe queste attività addizionali/supplementari contestate, non previste nei contratti e/o non retribuite.

136. Tale documentazione è consistita in: i) corrispondenza proveniente o intercorsa con Poste Italiane; ii) procedure di dettaglio ai fini del controllo di qualità fornite o trasmesse da Poste Italiane, con riguardo, in generale, al recapito della posta raccomandata e della posta assicurata ovvero con riguardo alla duplicazione di raccomandate A.R. (*rectius*, avvisi di ricevimento) ovvero con riferimento a particolari eventi, quali il furto o lo smarrimento di corrispondenza; iii) elenchi di invii di posta registrata ovvero elenchi di soggetti che hanno richiesto l'attivazione di particolari servizi,

¹⁵³ Articolo 5 “TEMPI DI RECAPITO” dell'allegato tecnico B2 relativo ai tempi per il recapito dei vari tipi di prodotti, alle percentuali di prodotti che l'impresa deve avviare al recapito nello stesso giorno del prelievo, ai requisiti di servizio, ai casi in cui si applicano diverse prescrizioni, in particolare, con riguardo alle cause di forza maggiore e al verificarsi di aumenti di traffico anomali, agli obblighi dell'impresa in caso di disservizi/reclami e alle conseguenti penali. Cfr. doc. 108, allegato n. 7.

¹⁵⁴ Si tratta delle ipotesi previste nell'allegato tecnico B2, articolo 9 “PENALI”, sottoarticoli 9.4 [abbandono, smarrimento, manomissione o danneggiamento di invii di posta raccomandata e/o assicurata], 9.5 [recidiva dell'abbandono, smarrimento, manomissione o danneggiamento di invii di posta raccomandata e/o assicurata] e 9.6 [mancato riscontro richieste chiarimenti da parte di Poste Italiane]. Cfr. doc. 108, allegato n. 7.

¹⁵⁵ Cfr. doc. 33.7.

¹⁵⁶ Nota integrativa al bilancio di esercizio di Soluzioni 2011.

¹⁵⁷ Cfr. doc. 1.

¹⁵⁸ Cfr. doc. 96.

quali quello denominato “Seguimi”, derivanti da estrazioni informatiche effettuate dai sistemi di Poste Italiane.

III.V Talune specificità del fornitore Soluzioni

137. Come già rilevato, al momento dell’interruzione del rapporto contrattuale con Poste Italiane, nel 2017, Soluzioni era in pratica l’ultimo recapitista *ex* concessionario ad avere ancora un contratto con Poste Italiane, nello specifico per la città di Napoli.

138. Nel frattempo, Poste Italiane aveva infatti dismesso il relativo Albo Fornitori e aveva internalizzato tutti i lotti territoriali (in svariate aree geografiche italiane) oggetto della prima gara, del maggio 2007, a cui aveva partecipato Soluzioni.

139. Una parte significativa dei lotti, nel periodo 2008 - inizio 2012, era stata internalizzata da Poste Italiane a seguito di inadempienze contrattuali o irregolarità dei vari fornitori. Si rappresenta che in quel periodo TNT Post Italia S.p.A. (poi Nexive), unico caso riscontrato nel corso degli anni, ha chiesto il recesso dal contratto inerente al lotto relativo alla città di Roma e, dal 2011, è stata cancellata definitivamente dall’Albo Fornitori¹⁵⁹.

140. Svariati lotti erano stati invece internalizzati da Poste Italiane in parte prima della 4a gara (ovvero la gara ad esito della quale Soluzioni ha sottoscritto gli AQ2012/2013) in seguito ad un’analisi interna *make or buy*¹⁶⁰; un’altra parte dei lotti internalizzati, parallelamente alla 4a gara, riguardava invece lotti deserti o lotti per i quali erano sorti contenziosi¹⁶¹.

141. Tutti i lotti rimanenti, tranne quelli relativi alla città di Napoli, sono stati poi internalizzati da Poste Italiane prima della gara del 2016, che ha riguardato solo Napoli e, per la prima volta, è stata bandita prevedendo un lotto unico. A tale proposito, Poste Italiane ha rappresentato che a Napoli l’internalizzazione delle attività di recapito non poteva essere realizzata per carenza delle strutture logistiche¹⁶², a riprova dell’esistenza di specificità del territorio che possono rendere più complessa e/o onerosa, per tutti gli operatori di mercato - visto che Poste Italiane è l’incumbent *ex* monopolista legale - la disponibilità di idonei spazi e strutture necessarie allo svolgimento dei servizi di recapito.

142. Di particolare interesse, in questo contesto, è tuttavia quanto emerge da un documento acquisito in ispezione relativo all’analisi interna *make or buy* effettuata da Poste Italiane proprio in vista della gara che ha portato Soluzioni a sottoscrivere l’AQ2012/2013. Da tale documento risulta, infatti, che Poste Italiane, nonostante l’analisi avesse mostrato che l’internalizzazione dei lotti affidati a Soluzioni risultasse conveniente per Poste Italiane (in termini di minori costi¹⁶³ e di

¹⁵⁹ Cfr. docc. 26 e 33.11.

¹⁶⁰ Cfr. doc. 33.11.

¹⁶¹ Cfr. doc. 26.

¹⁶² Cfr. doc. 26.

¹⁶³ Prima della 4ª gara sono stati considerati interventi alternativi sui lotti, vale a dire: “*Internalizzare tutte le attività (lotti eliminati) - Internalizzare le racc extra o le linee mercato (lotti ridotti parzialmente) - Non internalizzare (lotti invariati)*”. Questa in dettaglio la metodologia dell’analisi di *make or buy* svolta da Poste Italiane: “*“Make”*: Per ogni lotto è stato calcolato il costo emergente, cioè il costo per l’aumento di zone universali, linee mercato, articolazione lavorazioni interne, dovuto all’eventuale internalizzazione delle attività svolte dalle agenzie. “*Buy*”: Per ogni lotto si è considerato come costo di esternalizzazione annuale per il prossimo triennio, il valore del fatturato di pre-chiusura 2011.” Cfr. doc. 33.11.

saturazione delle zone di recapito¹⁶⁴), ha comunque deciso di non internalizzare le relative attività, come riportato a conclusione dell'analisi: "*Scenario Internalizzazione – Impatto economico. Impatto economico complessivo. Dall'analisi di make or buy emerge l'opportunità di internalizzare completamente [10-20] lotti e parzialmente ulteriori [10-20] lotti [...]. Su indicazione della struttura di Recapito, al momento dalle scelte di insourcing, seppure economicamente convenienti, sono stati escluse le Agenzie: [...] - Soluzioni su Napoli [...]*"¹⁶⁵.

143. A proposito delle possibili motivazioni sottostanti tale scelta, è emerso che, in occasione di tale analisi, Poste Italiane ha svolto un'attenta valutazione dei rischi per ciascuna agenzia, su base locale, riportata in questi termini: "*L'attuazione di interventi di questa entità sul comparto delle Agenzie di Recapito richiede che siano analizzati attentamente i possibili rischi connessi*", tra l'altro a: [...] *RISCHIO CONCORRENZA: le ADR che perdono il rapporto con Poste potrebbero aggredire il mercato* (enfasi aggiunta) – [...] *RISCHIO POLITICO REGOLATORIO: non è da escludere un intervento presso l'AGCM o il Ministero competente da parte delle Agenzie di recapito. L'analisi dei rischi dovrà essere approfondita con le funzioni interessate (ACQ, PS, MSPD, RUO)*". Nessuno degli altri rischi ivi menzionati fa, peraltro, riferimento a problematiche di tipo logistico¹⁶⁶.

144. È in questa prospettiva da rilevare anche che Soluzioni era una delle agenzie con gli importi affidati più elevati, tanto da risultare, proprio nella gara del 2012, la società con il maggior valore nel complesso di importi aggiudicati¹⁶⁷. La società aveva una reputazione positiva nel mantenere gli *standard* qualitativi richiesti da Poste Italiane e la stessa Poste Italiane pareva considerarla un operatore competente, come emerge ad esempio dall'intenzione, alla fine dell'anno 2014, di Poste Italiane di affidare proprio a Soluzioni una sperimentazione relativa alla possibilità di operare non solo come recapitista ma anche di diventare a Napoli un canale di distribuzione indiretta dei prodotti offerti da Poste Italiane¹⁶⁸. Inoltre, Soluzioni è anche stata, tra le agenzie di recapito che hanno sottoscritto contratti di fornitura con Poste Italiane, quella la cui relazione negoziale ha avuto durata più lunga, considerato il solo periodo successivo al 2012¹⁶⁹. Tutto ciò va ad aggiungersi a quanto emerso dall'analisi del mercato di riferimento da cui si evince che Soluzioni costituiva un *unicum* in questo ambito locale per le caratteristiche dimensionali, il *know how*, l'esperienza maturata, sia sull'attività di recapito sia sul territorio da servire, *i.e.* la città di Napoli, e per l'operatività, che la contraddistinguevano.

¹⁶⁴ Dal documento risulta che "*Per ogni lotto si è tenuto conto, oltre alla convenienza economica, anche dei seguenti driver: 1. QUALITÀ del consegnato a domicilio 2. SATURAZIONE zone di recapito*". In base al driver SATURAZIONE ZONE è risultato che: "*Ci sono [1-10] lotti che raggiungono la saturazione delle zone internalizzando le raccomandate extra, di questi: [omissis] eliminat[omissis]; [omissis] ridott[omissis]; [omissis] invari[at]omissis*" (invariato il lotto affidato a Soluzioni). Cfr. doc. 33.11.

¹⁶⁵ Insieme a poche altre agenzie in varie città. Cfr. doc. 33.11.

¹⁶⁶ Gli altri rischi menzionati sono: "*RISCHIO RICADUTE OCCUPAZIONALI per la riduzione degli affidi alle ADR - RISCHIO GARA DESERTA per mancanza di offerte (Replica gara 1) [...] RISCHIO OPERATIVO qualora fosse necessario effettuare un'internalizzazione spinta, in tempi ristretti con conseguente riorganizzazione diffusa delle zone di recapito - RISCHIO RELAZIONALE: l'internalizzazione ipotizzata, con impatti organizzativi importanti va condivisa con le OO.SS [...]*". Cfr. doc. 33.11.

¹⁶⁷ Soluzioni si aggiudicò ben quattro lotti, dai seguenti rispettivi importi di aggiudicazione: [1.000.000-4.000.000] euro (Lotto 2), [600.000-1.000.000] euro (Lotto 6), [600.000-1.000.000] euro (Lotto 9) e [1.000.000-4.000.000] euro (Lotto 3).

¹⁶⁸ Cfr. doc. 33.11.

¹⁶⁹ Cfr. doc. 70.

145. Un altro elemento che comprova ulteriormente la peculiarità della vicenda Soluzioni riguarda il fatto che tale società, dopo l'interruzione dei rapporti contrattuali con Poste Italiane avvenuta nel 2017, ha sostenuto i costi legati alla mobilità del personale, passati da 65 unità nella prima parte del 2017 a 0 nel 2018¹⁷⁰. In genere, Poste Italiane, dopo avere internalizzato le attività relative ai vari lotti, in particolare in occasione dell'internalizzazione dei lotti avvenuta tra il 2013 e il 2016, ha sottoscritto accordi sindacali con le agenzie di recapito per fornire un sostegno a tutti quei lavoratori rimasti senza impiego così da garantire il mantenimento, almeno temporaneo dell'occupazione¹⁷¹.

III.VI L'attività di Soluzioni nel periodo 1999-2020

146. Dopo l'esame del complesso dei contratti su cui si è basata la relazione negoziale tra Soluzioni e Poste Italiane, ci si sofferma ora su aspetti più propriamente economico-aziendali e segnatamente sull'attività concretamente svolta da Soluzioni nel periodo in cui ha avuto rapporti contrattuali con Poste Italiane, nonché sulle conseguenze dell'intervenuta interruzione di tali rapporti, a giugno 2017.

1. L'attività di Soluzioni nel periodo 1999-2017

147. La società Soluzioni, durante il periodo in cui ha avuto rapporti negoziali con Poste Italiane (1999-2017), ha prestato essenzialmente servizi di recapito e servizi ausiliari. Per quanto riguarda il valore degli affidamenti riconosciuti da Poste Italiane a Soluzioni nel corso del periodo sopra indicato, si veda il Riquadro A.2. Per avere un'indicazione di massima, in estrema sintesi e semplificando, orientativamente i lotti affidati a Soluzioni avevano in media un valore di circa [1.000.000-4.000.000] euro.

1.1 L'attività di recapito. Principali caratteristiche

148. Per una migliore comprensione dell'operato di Soluzioni nel periodo in esame vale richiamare preliminarmente alcune caratteristiche dell'attività di recapito. Ai fini dello svolgimento dei servizi di recapito della corrispondenza si deve disporre dei necessari titoli abilitativi, quali autorizzazioni e/o licenze postali, nonché di una serie di beni materiali quali, in particolare: appositi punti di deposito/giacenza (che possono essere di proprietà o oggetto di locazione); mezzi di trasporto, ad esempio furgonati e motocicli (che possono essere di proprietà o presi a noleggio); dotazioni di tipo tecnologico, quali *hardware/software*, telefoni, palmari e dispositivi per apposizione e rilevazione di timbri, etichettature o codici a barre.

149. Oltre a tali investimenti, necessari per operare, è necessario un sostanziale apporto di personale; per gli operatori diversi da Poste Italiane, i dipendenti possono essere inquadrati nell'ambito dei contratti collettivi di settore relativi agli operatori postali privati.

150. In genere per prestare servizi di recapito è richiesta una specifica attività di formazione interna (anche se essa è obbligatoria solo per le notifiche degli atti giudiziari e delle violazioni del Codice della strada), poiché il personale addetto al recapito deve conoscere determinati aspetti legati a una corretta attività di consegna e, con riferimento ad alcune tipologie di invii postali, come le raccomandate, attività di tracciatura e di esito di consegna¹⁷².

¹⁷⁰ Cfr. docc. 60 e 68.

¹⁷¹ Cfr. docc. 26 e 82.

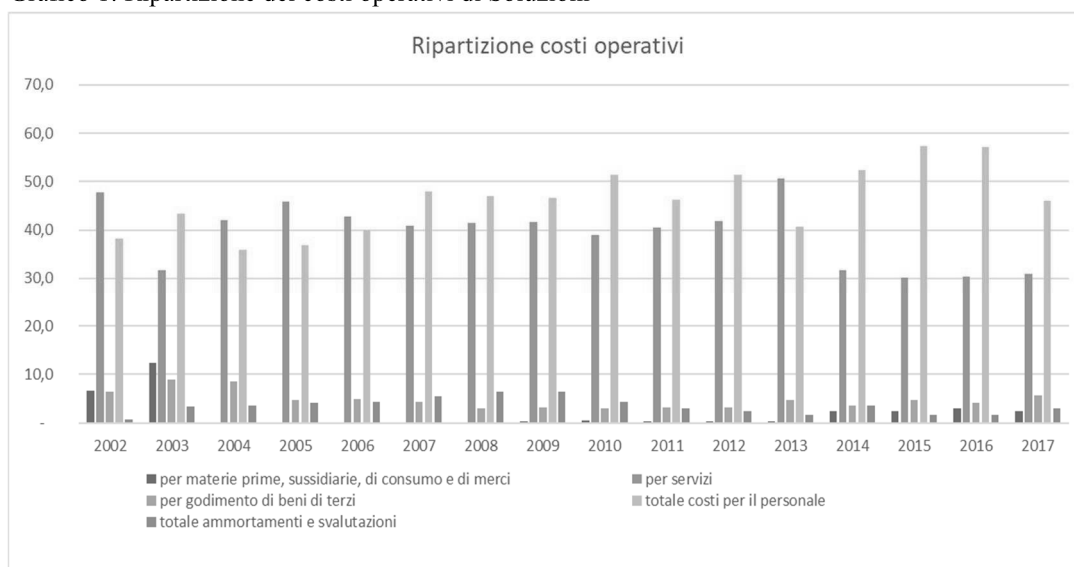
¹⁷² Nel caso delle raccomandate, ad esempio, gli addetti devono sapere compilare correttamente una specifica modulistica. Cfr. doc. 45 e anche doc. 50.

1.2 Evoluzione di costi e redditività di Soluzioni e impatto delle clausole

151. Esaminando i dati di bilancio di Soluzioni si ricavano innanzitutto informazioni sulla struttura e sull'andamento dei costi sostenuti dalla società¹⁷³.

152. Come emerge dal grafico che segue, i costi operativi sostenuti da Soluzioni avevano una struttura caratterizzata dalla sostanziale prevalenza di costi fissi, in particolare il personale (totale costi per il personale) e i costi di trasporto (costi per servizi B7), che nel periodo in questione hanno pesato rispettivamente per circa il 46,1% e per circa il 41,4%¹⁷⁴.

Grafico 1: Ripartizione dei costi operativi di Soluzioni



153. Seguono i costi per godimento di beni di terzi (circa il 4,3%), in cui sono imputati i costi per il noleggio di mezzi, poi gli ammortamenti e le svalutazioni (circa il 3,3%). I costi per le materie prime e in genere i materiali di consumi hanno un'incidenza variabile negli anni, comunque di regola molto bassa, in media di circa il 2% nell'intervallo considerato.

154. Come si evince dal complesso dei documenti che regolavano i rapporti negoziali tra Soluzioni e Poste Italiane, tutti i costi per lo svolgimento del servizio, materiali compresi (e i relativi rischi), erano a carico totale di Soluzioni, tranne quelli per i materiali forniti da Poste Italiane, come ad es. la modulistica e alcuni beni *hardware/software*, che peraltro Poste Italiane poteva discrezionalmente decidere di riprendere (come nel caso dei palmari) senza che ciò influisse sugli obblighi di Soluzioni, che doveva comunque garantire il rispetto integrale delle condizioni contrattuali.

¹⁷³ Le serie storiche riportate nei paragrafi seguenti, che costituiscono un'elaborazione dei dati di bilancio di Soluzioni, riguardano gli esercizi compresi tra il 2002 e il 2017. Per consentire una comparazione tra dati perfettamente omogenei, non sono stati inseriti i dati relativi al periodo 1999-2001 poiché in tale periodo Soluzioni ha operato per una parte come ditta individuale. In ogni caso ciò non interferisce con i risultati dell'analisi, che restano invariati, poiché, per apprezzare le tendenze degli indicatori economici considerati nel periodo compreso tra il 1999 e il 2001 si può fare riferimento ai dati relativi al periodo compreso tra il 2002 e il 2007, in cui Soluzioni ha operato in virtù di condizioni contrattuali analoghe a quelle che regolavano i rapporti tra Soluzioni e Poste Italiane nel periodo 1999-2001.

¹⁷⁴ Fonte: doc. 77 bilanci di esercizio di Soluzioni.

155. Da notare che, a partire dal bilancio 2013, il primo successivo alla sottoscrizione degli AQ2012/2013, contenenti diverse clausole che peggioravano sensibilmente la posizione contrattuale di Soluzioni nei confronti di Poste Italiane, si registra un aumento sostanziale dei costi operativi e un drastico calo degli utili, pur a fronte di un aumento del fatturato.

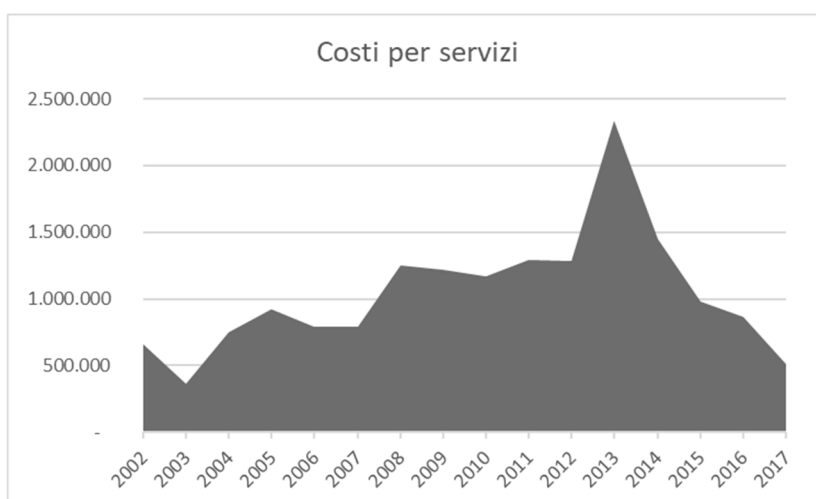
156. Infatti, come emerge chiaramente dai grafici che seguono, i costi della produzione, a partire dal 2013, registrano un picco in aumento, sia con riguardo ai costi della produzione totale, sia in relazione alle principali voci di costo, di natura tendenzialmente fissa (personale, godimento di beni di terzi, servizi)¹⁷⁵. Ciò è coerente con il disegno contrattuale che, a partire dagli AQ2012/2013, ha visto l'inserimento nell'ambito dei prodotti da fornire di maggiori servizi che richiedono la lavorazione/recapito di quantitativi elevati di corrispondenza (oltre ad essere meno remunerativi, ad esempio con riguardo ai prodotti inseriti nell'articolazione mercato). A tale proposito Soluzioni ha rappresentato, tra l'altro, di aver dovuto sostenere nel 2012 spese per ulteriori veicoli oltre che per l'affitto di un capannone di dimensioni adeguate a contenere i maggiori volumi¹⁷⁶.

Grafico 2: *Trend* delle principali voci di costo di Soluzioni



¹⁷⁵ Fonte: doc. 77 bilanci di esercizio di Soluzioni.

¹⁷⁶ Cfr. docc. 54 e 60.



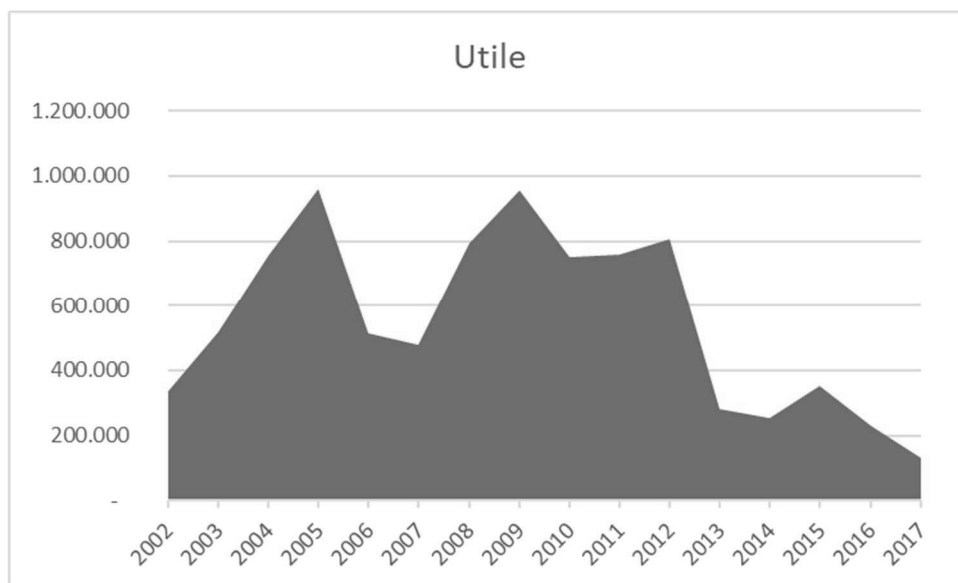
157. Dal grafico emerge anche che, anche nel momento in cui i costi iniziano a ridursi, non ritornano agevolmente ai livelli di costo inferiori sostenuti da Soluzioni nel periodo di vigenza dei contratti precedenti al 2012.

158. D'altro canto, a fronte di tale aumento dei costi operativi, in particolare di quelli fissi, si assiste a una drastica riduzione degli utili, a partire proprio dall'esercizio 2013, utili che non tornano più ai livelli degli anni precedenti. Ciò è avvenuto nonostante il fatto che Soluzioni (come si vedrà meglio più avanti) abbia tentato di ampliare la propria attività, almeno nel 2013, anno in cui la società rileva, nel bilancio, di avere svolto anche servizi diversi da quelli postali, realizzando per questi un fatturato di circa 1,4 milioni di euro; si tratta, tuttavia, di servizi che presentano una bassa profittabilità.

159. Dal 2012 al 2013 gli utili di Soluzioni scendono infatti da quasi 806.000 euro a circa 283.000 euro, riducendosi di ben il 65% e, come si evince dal grafico che segue, da quel momento si attestano su un ordine di grandezza analogo per tutta la durata del rapporto contrattuale con Poste Italiane¹⁷⁷.

¹⁷⁷ Fonte: doc. 77 bilanci di esercizio di Soluzioni.

Grafico 3: Utili di Soluzioni



160. Inoltre, a ulteriore riprova del sostanziale peggioramento delle condizioni contrattuali relative ai contratti sottoscritti nel 2012 e in essere fino a giugno 2017 (AQ2012), si consideri che il biennio 2013-2014 è stato quello in cui Soluzioni ha realizzato il fatturato più elevato nell'intero orizzonte temporale di riferimento (2002-2017), arrivando per la prima (e ultima) volta a superare i 5 milioni di euro per ciascun anno.

161. La circostanza che, a differenza di quanto verificatosi con sostanziale continuità negli anni esaminati¹⁷⁸, proprio in quei due anni, gli anni in cui si assiste a un crollo degli utili, Soluzioni abbia realizzato una quota parte, comunque minoritaria, del proprio fatturato ([25-30%] circa nel 2013 e [20-25%] circa nell'anno seguente, v. *infra* § 162) svolgendo altre attività rispetto a quelle oggetto dei contratti con Poste Italiane, non fa che confermare le difficoltà e i costi insiti nei tentativi di ampliare l'attività della società in modo profittevole, al di là dei servizi forniti storicamente a Poste Italiane¹⁷⁹, dato il complesso degli obblighi contrattuali gravanti su Soluzioni.

162. Tale sostanziale peggioramento delle condizioni di operatività di Soluzioni è descritto anche nella nota integrativa al bilancio di esercizio 2012 di Soluzioni, che rilevava che *“le condizioni [...] previste [...] sia per la tipologia di servizio richiesto, sia per le modalità di espletamento del servizio, sia per le condizioni tariffarie fanno ritenere che il servizio aggiudicato da Poste Italiane sia di marginalità notevolmente ridotta rispetto al servizio svolto”* nell'anno citato; nello stesso anno Soluzioni evidenziava come *“Proprio i primi mesi di collaborazione del servizio aggiudicato hanno infatti purtroppo confermato”* come *“la pretesa di imporre da parte di Poste Italiane condizioni operative antieconomiche e anche contrarie al buon senso ed all'ottimizzazione dell'organizzazione*

¹⁷⁸ Unica eccezione è rappresentata dal biennio 2004-2005 in cui Soluzioni ha svolto temporaneamente attività di *service* per conto della società Defendini S.r.l.

¹⁷⁹ Fonte: doc. 77 bilanci di esercizio di Soluzioni e docc. 60 e 68.

del lavoro, una reportistica assillante, un non rispetto da parte di Poste Italiane delle metodologie previste in fase di affidamento del servizio – rischiano di compromettere sia la marginalità ma soprattutto il normale dialogo contrattuale stabilito con Poste Italiane in tutti questi anni di collaborazione”¹⁸⁰.

163. D’altro canto, nel corso del procedimento è emerso come le condizioni, contrattuali ed economiche, previste negli AQ2012/2013, sostanzialmente peggiorative per Soluzioni, non necessariamente rispondevano a specifiche esigenze di Poste Italiane, non gestibili altrimenti.

164. Ciò si desume, al di là di quanto rappresentato dalla stessa Soluzioni nel corso del procedimento, dal tenore letterale delle clausole in questione, nonché dall’esperienza degli operatori postali che svolgono attività di recapito e/o sono in concorrenza con Poste Italiane, come dimostrano, tra l’altro i contenuti e la natura dei quesiti sottoposti a Poste Italiane in occasione della gara del 2012 e delle rispettive risposte fornite dalla stessa Poste Italiane, ove in particolare emerge la preoccupazione degli operatori circa le nuove previsioni contrattuali che apparivano peggiorative rispetto alle previgenti e, in particolare, la reintroduzione del divieto di concorrenza (v. *supra* §§ 123 e ss.).

165. Per quanto riguarda specificamente il divieto di trasporto e consegna congiunti, l’Associazione Assopostale, in rappresentanza degli operatori postali privati, ha anche specificato, che: *“Per svolgere poi nel concreto tale attività, non sono necessari segni distintivi con riferimento all’abbigliamento e alle bollette utilizzate dagli addetti, né con riguardo alle livree dei mezzi utilizzati. È solo necessario che il destinatario possa riconoscere, dalla busta recapitata, l’operatore postale incaricato dal mittente della consegna. A tal fine sulle buste vengono apposte delle fascette identificative e delle etichettature. Pertanto, le dotazioni per il trasporto manuale, quali le citate bollette, possono essere utilizzate anche per trasportare la posta di tutti i possibili committenti del recapitista e analogamente i mezzi di trasporto possono essere utilizzati per trasportare la corrispondenza di più committenti.”*¹⁸¹.

166. In altri termini *“Non sussistono esigenze operative e vincoli normativi di alcun genere che impediscano ai recapitisti di effettuare il trasporto e la consegna congiunto per più committenti. È quindi possibile e previsto operare per i recapitisti come plurimandatari”*¹⁸².

167. Anche Fulmine, operatore postale concorrente di Poste Italiane (v. *supra*, in particolare, § 27), ha affermato che: *“Non sussistono inoltre vincoli ostativi per c.d. recapitisti dell’ultimo miglio che operano con Fulmine, sia che siano società consorziate sia che abbiano in essere accordi di partnership, ad effettuare il trasporto e la consegna congiunto di invii postali di Fulmine e di invii della loro clientela retail in ambito locale. I c.d. recapitisti dell’ultimo miglio possono pertanto avere altri committenti retail e possono partecipare da soli a gare in ambito locale”*¹⁸³.

1.3 Il fatturato di Soluzioni

168. Da ultimo occorrono alcune considerazioni relativamente ai dati di fatturato di Soluzioni. Da tali dati si desume che nell’intervallo temporale esaminato pari a 18 anni (dal 2000 al 2017)

¹⁸⁰ Nota integrativa al bilancio di esercizio 2012 di Soluzioni. Cfr. doc. 77.

¹⁸¹ Cfr. doc. 45.

¹⁸² Cfr. doc. 45 cit.

¹⁸³ Cfr. doc. 50. Sulle gare in questo senso si è espressa anche Consip. Cfr. doc. 48.

Soluzioni ha realizzato in media circa il [90-95%] del proprio fatturato con Poste Italiane, operando in una situazione di sostanziale mono-committenza nei confronti di questa¹⁸⁴. In numerosi anni ha conseguito un fatturato pari al 100% della somma dei ricavi per anno attribuibili ai servizi resi a Poste Italiane, *i.e.* Soluzioni ha realizzato l'intero fatturato come fornitore di Poste Italiane.

169. Negli anni in cui si è registrato uno scostamento dal predetto 100%, esso è stato inferiore al 5% per 4 anni¹⁸⁵, di circa il [10-15%] nel 2012¹⁸⁶, pari a circa il [20-25%] (dato medio) nel biennio 2004-2005¹⁸⁷ e nel biennio 2013-2014¹⁸⁸. Con riferimento a tale ultimo biennio, proprio in ragione di un rapporto negoziale con Poste Italiane poco remunerativo, Soluzioni ha tentato di individuare delle strade alternative, svolgendo ad esempio anche servizi diversi dal recapito (v. bilancio Soluzioni 2013). Sempre nel 2013 è stata costituita, insieme ad altri operatori, la società consortile Soluzione Campania¹⁸⁹.

170. L'esigenza di ricercare altre committenze, che emerge dai bilanci di Soluzioni, è stata rappresentata nel corso del procedimento dalla società Soluzioni. Tuttavia, a tale proposito Soluzioni ha rilevato come il complesso delle clausole contrattuali inserite negli AQ2012/2013 – tra cui il divieto di trasporto e consegna congiunti e la clausola sulla variabilità delle forniture – rendessero difficile, se non antieconomico, la ricerca e lo svolgimento di ulteriori attività, in particolare con riguardo alla tipologia di attività a cui era dedicato in via primaria il compendio aziendale, vale a dire il recapito, se non per importi irrisori. In tale contesto, Soluzioni ha rappresentato che, nel momento in cui si è presentata la possibilità di collaborare con un operatore di rilievo nazionale, vale a dire la società Fulmine, stante comunque il complesso dei vincoli contrattuali gravanti su Soluzioni, è stato necessario costituire una nuova società, la società consortile Soluzione Campania¹⁹⁰.

171. Tale società è stata costituita l'11 novembre 2013 da Soluzioni insieme ad altre quattro operatori postali. Soluzioni ha poi venduto le quote che deteneva nel consorzio Soluzione Campania

¹⁸⁴ La percentuale si riferisce al fatturato desunto dai bilanci di Soluzioni. Doc. 77. Nel corso del procedimento sono state acquisite svariate informazioni al fine di ricostruire la portata delle attività svolte da Soluzioni per conto di Poste Italiane, lungo un orizzonte temporale prolungato, dall'inizio degli anni 2000 fino al 2020, anche con riguardo sia a dati di natura civilistica/di bilancio sia a dati fiscali, con criteri di cassa e di competenza. I dati disponibili, forniti dalle Parti, non sono ben sovrapponibili, e ciò potrebbe essere riconducibile a svariate ragioni, tra cui, presumibilmente, anche l'elevata lunghezza del periodo temporale esaminato, nonché eventuali differenze nelle modalità di trattamento e conservazione dei dati e/o divergenze/differenze nella tipologia di dati utilizzati. A prescindere da tali questioni, il complesso degli elementi acquisiti depono in ogni caso nel senso di una mono-committenza sostanziale di Poste Italiane nei confronti di Soluzioni. Cfr. *ex multis* doc. 60.

¹⁸⁵ Dal 2008 sino al 2011, anni in cui Soluzioni ha svolto alcune attività di "service" e ceduto a terzi degli automezzi. Cfr. doc. 68.

¹⁸⁶ Secondo le elaborazioni prodotte da Poste Italiane questo dato sarebbe stato più alto pari al [15-20%]. Cfr. doc. 93.

¹⁸⁷ Con riferimento a tale biennio, Soluzioni ha svolto attività di "service" per conto della società Defendini S.r.l. avente ad oggetto solo cartelle esattoriali.

¹⁸⁸ Secondo le elaborazioni prodotte da Poste Italiane il dato medio del biennio sarebbe stato addirittura più basso pari al [20-25%], ma si riscontrano in tali elaborazioni degli scostamenti dal 100% anche negli anni 2015, 2016 e 2017, seppur non rilevanti, in quanto non superano mai circa il [10-15%] e in un anno neanche il [1-5%]. Cfr. doc. 93.

¹⁸⁹ Cfr. docc. 54, 60 e 68.

¹⁹⁰ Cfr. doc. 54.

nel dicembre 2014 a 3 società¹⁹¹. Tra queste, la società Icampili S.r.l., le cui quote sono attualmente possedute da uno dei soci di minoranza di Soluzioni S.r.l.¹⁹².

172. Dall'oggetto sociale della società consortile Soluzione Campania risulta che essa ha lo scopo di raggruppare operatori di recapito postale esercenti attività in Campania, per proporre al mercato un soggetto unico in grado di fornire l'attività di recapito nell'intero territorio regionale¹⁹³. Dal luglio 2014 Soluzione Campania è consorziata di Fulmine, e attualmente annovera, nella qualità di società consorziate, 15 operatori.

173. L'attività della società consortile Soluzione Campania viene interamente svolta tramite affidamento ai singoli consorziati, esecutori materiali delle attività, ciascuno dotato di tutte le autorizzazioni e licenze necessarie per legge¹⁹⁴. L'attività di recapito, nel territorio campano, è iniziata concretamente nel corso del 2014, in prevalenza per conto di Fulmine¹⁹⁵.

174. Il fatturato realizzato dalla società consortile Soluzione Campania, da ripartire tra i consorziati (attualmente 15 operatori, v. *supra*), nel primo anno effettivo di operatività, il 2014, è stato pari a 1,7 milioni di euro circa; nei due anni successivi è sceso a circa 900.000 euro, per tornare a valori analoghi al 2014 nel 2017 (circa 1,8 milioni di euro). Nel biennio successivo la società ha fatturato invece circa 2,2-2,1 milioni di euro¹⁹⁶.

2. L'attività di Soluzioni dopo il 2017

175. A seguito dell'interruzione dei rapporti contrattuali con Poste Italiane, come si ricava dai bilanci 2018-2019, Soluzioni non ha più realizzato fatturato e ha avuto invece perdite di utili.

176. Più precisamente, nel 2018 il valore della produzione è stato pari a zero e le perdite sono state pari a 99.808 euro; nel 2019 il valore della produzione è stato sempre pari a zero e le perdite pari a 7.415 euro.

177. Vi è poi da rilevare che, alla fine del 2017, Soluzioni aveva inizialmente avviato le procedure di messa in liquidazione della società. In seguito la procedura di liquidazione è stata revocata e la società ha modificato il proprio oggetto sociale¹⁹⁷, inserendo nello stesso l'attività immobiliare. Tuttavia, la società ha rappresentato di non aver potuto, in concreto, svolgere tale attività, in ragione del determinarsi della situazione di emergenza sanitaria, tuttora perdurante¹⁹⁸.

178. Il personale, che nel 2008 era pari a 52 unità (tutti dipendenti con contratto a tempo indeterminato) - con un picco massimo nel 2011 di 78 unità (di cui 55 con contratto a tempo indeterminato) - , nel 2012 era pari a 60 unità (tutti dipendenti con contratto a tempo indeterminato,

¹⁹¹ Dagli accertamenti svolti nel marzo 2016 Soluzioni ha riacquisito alcune quote, di rilevanza secondaria, da ICampili S.r.l. rivendendole poi, nell'ottobre 2018. Dati assunti dal sistema Infocamere.

¹⁹² Dagli accertamenti svolti nel 2014 Soluzioni Campania risultava posseduta per il 79% dalla società ICampili S.r.l.; al 2019 tale quota risultava pari al 74%. Dati assunti dal sistema Infocamere.

¹⁹³ Fonte: Nota integrativa al bilancio di esercizio 2014 di Soluzione Campania, doc. 80; Atto costitutivo di Soluzione Campania, doc. 79.

¹⁹⁴ Nota integrativa al bilancio di esercizio 2014 cit. Cfr. doc. 80.

¹⁹⁵ Dagli accertamenti svolti risulta che il socio di maggioranza di Soluzioni ha assunto la carica di amministratore unico di Soluzione Campania dalla data di costituzione sino al 2015. Dati assunti dal sistema Infocamere.

¹⁹⁶ Cfr. doc. 80 e anche doc. 93.

¹⁹⁷ Cfr. doc. 78.

¹⁹⁸ Cfr. doc. 54.

tranne 1). A metà del 2017 il personale era pari a 65 unità (tutti dipendenti con contratto a tempo indeterminato, tranne 1) e nel biennio 2018-2020¹⁹⁹ è stato costantemente pari a 0 unità, per via della cessazione dell'operatività della società. Pertanto, si rileva come si siano avuti, con l'interruzione dei rapporti contrattuali con Poste Italiane nella seconda metà del 2017, anche dei riflessi sulla forza lavoro di Soluzioni: un numero considerevole di lavoratori ha visto dunque concludere il proprio rapporto di lavoro duraturo e a tempo indeterminato con questa società in un'area territoriale connotata da una diffusa, persistente e radicata disoccupazione. E Soluzioni in questa situazione ha sostenuto tutti i costi legati alla mobilità del personale.

179. In conclusione, si evidenzia come: *i*) in corrispondenza degli AQ2012/2013, in cui sono state inserite le clausole di trasporto e consegna congiunti e sulla variabilità delle forniture nonché è stato ampliato l'oggetto del contratto con la fornitura di invii postali usciti dalla riserva legale, si è registrato un peggioramento dei dati relativi all'operatività di Soluzioni, in particolare, sono aumentati i costi, tanto da determinare a fronte di un incremento dei ricavi, un crollo degli utili; e *ii*) a seguito dell'interruzione dei rapporti contrattuali con Poste Italiane, avvenuta nel 2017, Soluzioni non ha più realizzato fatturato e ha avuto perdite invece di utili.

IV. LE ARGOMENTAZIONI DELLE PARTI

IV.I Le argomentazioni di Poste Italiane

1. Questioni preliminari

a) Violazione del principio di "ne bis in idem"

180. In via preliminare, facendo riferimento a questioni sia di giurisdizione sia di procedibilità, Poste Italiane rappresenta che la segnalazione di Soluzioni, su cui si fonda il procedimento, concerne doglianze che Soluzioni ha già portato all'attenzione del Giudice Ordinario con due diverse citazioni, che hanno dato origine a due distinte cause; il Giudice Ordinario ha poi rinviato una delle due cause per precisazione delle conclusioni e rimesso al Giudice della prima causa anche la seconda, rinvenendo profili di connessione²⁰⁰.

181. Ad avviso di Poste Italiane i due rimedi, quello di "*private enforcement*" assicurato dal Giudice Ordinario e quello di "*public enforcement*" assicurato dall'Autorità, non possono essere esperiti entrambi, cumulativamente e contemporaneamente²⁰¹. Ciò nonostante parte della dottrina abbia sostenuto la tesi della cumulabilità delle due procedure in materia di abuso di dipendenza economica e analogo orientamento lo abbia assunto l'Autorità nel procedimento istruttorio A525²⁰².

182. Infatti, Poste Italiane rileva che tra le due procedure sussisterebbe una sovrapposizione atteso che l'inibitoria riconosciuta dal processo civile mira a far cessare il comportamento vietato e a non

¹⁹⁹ Dati fino al 31 ottobre 2020. Cfr. docc. 60 e 68.

²⁰⁰ Cfr. docc. 25, 75, 127, 137, 138 e 139.

²⁰¹ Il Giudice Ordinario mira all'accertamento (declaratoria di nullità), all'inibitoria e al risarcimento dei danni mentre l'Autorità all'irrogazione di una sanzione amministrativa pecuniaria. Cfr. docc. 137 e 138.

²⁰² L'Autorità si è espressa sul punto nel provvedimento n. 28043 del 20 dicembre 2019 relativo al procedimento istruttorio A525, osservando che vi è una differenza di oggetto o bene tutelato e di fine. Ma, in quel caso, osserva Poste Italiane, i giudizi dinanzi a giudici civili non vertevano sull'abuso di posizione di dipendenza economica, bensì sull'abuso del diritto contrattuale. Peraltro, in quel caso, sostiene sempre Poste Italiane, la vicenda incideva in modo sensibile sulle dinamiche competitive di un mercato oligopolistico, portando di fatto ad un monopolio, mentre la fattispecie in esame si colloca in un contesto concorrenziale completamente differente. Cfr. docc. 137 e 138.

reiterare il comportamento illecito, con lo stesso effetto della diffida di cui all'articolo 15 della legge n. 287/1990. Inoltre, nel caso di specie, non solo il “*petitum*” sarebbe analogo²⁰³, ma anche la “*causa petendi*” di Soluzioni dinnanzi al Giudice Ordinario e all'Autorità è la stessa²⁰⁴.

183. In sostanza, secondo la Parte, Soluzioni chiederebbe un'inibitoria da un lato, e una diffida dall'altro. Questi rimedi avrebbero la stessa funzione, e quindi si porrebbe un problema di “*ne bis in idem*”. Tali considerazioni per Poste Italiane suggerirebbero quantomeno una sospensione del procedimento da parte dell'Autorità, derivante dal dovere di astenersi in pendenza di un giudizio davanti all'autorità giurisdizionale ordinaria per gli stessi fatti e per gli stessi motivi²⁰⁵.

b) Mancanza di attualità del presunto pregiudizio della concorrenza

184. Poste Italiane, inoltre, sostiene che il rimedio “*paragiurisdizionale*” assicurato dall'articolo 15 della legge n. 287/1990 non potrebbe esperirsi quando non ricorra il requisito dell'attualità della lesione del diritto della concorrenza, e, anzi, il comportamento lamentato si esaurisca molti anni prima, come sarebbe accaduto, nella prospettiva di Poste, nel caso specifico (già nel 2012, quando si è svolta la gara, o al più tardi nel 2017).

185. La Parte ritiene che il rimedio assicurato dall'Autorità potrebbe trovare luogo solo nell'ipotesi di attualità della violazione, di una sua perduranza, in quanto l'attualità dell'interesse pubblico alla tutela del mercato e della concorrenza sarebbe il presupposto dei poteri dell'Autorità²⁰⁶. Altrimenti, secondo la Parte, la sanzione avrebbe una portata esclusivamente retrospettiva, non con una funzione ripristinatoria ma con una funzione esclusivamente punitiva.

186. Secondo Poste Italiane la “non attualità” dell'intervento dell'Autorità sarebbe peraltro imputabile alla condotta di Soluzioni che lamenta la lesione. Questa, infatti, non soltanto avrebbe omesso a suo tempo (anni addietro) di impugnare gli atti di gara dinanzi al giudice amministrativo, ma avrebbe denunciato la questione all'Autorità soltanto molti anni, il 15 gennaio 2020, dopo la cessazione della condotta e della sua stessa attività d'impresa nel settore²⁰⁷. Inoltre, nel caso specifico l'Autorità si troverebbe a valutare dal punto di vista concorrenziale presunti abusi riferibili, in particolare, ad un contesto di mercato e regolatorio del tutto superato e a una impresa che per sua scelta ha cessato, come sopra indicato, l'attività economica nel settore.

²⁰³ Con il primo atto di citazione, Soluzioni chiede di “*accertare e dichiarare, in relazione ai fatti sopra descritti, che nel corso del rapporto contrattuale con Poste Italiane S.p.A. Soluzioni S.r.l. ha svolto per conto e su richiesta di essa Poste Italiane S.p.A., attività supplementari/addizionali/aggiuntive non retribuite, ... e, per l'effetto, previa pronuncia – ove del caso - di nullità e/o inefficacia ex art. 9 comma 3 della legge 192/1998 di ogni patto e/o clausola che costituisca abuso di posizione dominante e/o abuso di dipendenza economica, condannare Poste Italiane al pagamento in favore di Soluzioni, a titolo di corrispettivo e/o titolo di risarcimento danni contrattuali e/o extra contrattuali...[una serie di somme di denaro]*”. La stessa società, con la segnalazione 15 gennaio 2020, chiede all'Autorità “*di accertare e sanzionare i comportamenti di Poste Italiane*”. Cfr. doc. 139.

²⁰⁴ Soluzioni, con il primo atto di citazione, ha lamentato l'imposizione di ulteriori gravosi compiti da parte di Poste Italiane. Con la segnalazione 15 gennaio 2020, rivolta all'Autorità, ha lamentato lo sfruttamento di dipendenza economica prodotto dall'imposizione dell'espletamento di attività supplementari. Cfr. doc. 139.

²⁰⁵ Cfr. docc. 127, 137, 138 e 139.

²⁰⁶ Cfr. docc. 137, 138 e 139.

²⁰⁷ Cfr. docc. 127 e 139.

c) Intervenuta prescrizione del potere sanzionatorio dell'Autorità

187. In ultimo, Poste Italiane eccepisce l'intervenuta prescrizione quinquennale del potere sanzionatorio dell'Autorità, in virtù del rinvio operato dall'articolo 31 della legge n. 287/1990, in materia di sanzioni amministrative pecuniarie, alle disposizioni contenute nel capo I, sezioni I e II, della legge n. 689/1981²⁰⁸.

188. Nel caso di specie, per Poste Italiane il termine quinquennale di prescrizione sarebbe ampiamente decorso in quanto il presunto illecito sarebbe istantaneo e non permanente. E ciò per due ordini di motivi. In primo luogo, l'Autorità contesta a Poste Italiane, quale condotta, l'introduzione di alcune clausole nel testo della documentazione contrattuale allegata alla lettera d'invito della 4a gara e confluita negli Accordi Quadro stipulati nel 2012-2013 con Soluzioni, in qualità di aggiudicataria dei lotti di gara. Ne consegue per Poste Italiane che la commissione del (presunto) illecito avrebbe avuto luogo e si sarebbe esaurita con la trasmissione della documentazione di gara nel 2012 o, al più tardi, con la stipula degli AQ2012/2013. In secondo luogo, le evidenze in atti attesterebbero che Poste Italiane non ha comunque dato effettiva applicazione alle clausole, come dimostrato dal fatto che i rimedi contrattuali previsti in caso di violazione del divieto di trasporto e consegna contestuali non sono mai stati applicati, sebbene Soluzioni proprio negli anni 2012/2013/2014 abbia realizzato i maggiori volumi di attività per committenti diversi da Poste Italiane²⁰⁹.

2. Sull'insussistenza della dipendenza economica

189. Nel merito, ad avviso di Poste Italiane mancherebbero, nel caso di specie, i requisiti sostanziali richiesti dall'articolo 9 della legge n. 192/1998 ai fini della sussistenza della fattispecie di abuso di dipendenza economica (commi 1 e 2), con riguardo sia alla condizione di dipendenza economica sia all'abuso del potere negoziale, oltre che alla rilevanza delle condotte per la tutela della concorrenza e del mercato.

190. Quanto alla dipendenza economica di Soluzioni, con particolare riferimento alla lunga durata dei rapporti contrattuali con tale società, Poste Italiane contesta la mancanza di unitarietà della vicenda giuridica in questione nel periodo considerato dal 1999 - 2017, in quanto non vi sarebbe stato un unico rapporto negoziale tra Poste Italiane e Soluzioni, ma una serie di distinti rapporti contrattuali, essendo numerosa la successione di eventi giuridici che hanno interrotto a più riprese i rapporti contrattuali con Soluzioni²¹⁰.

191. Nel 2007, nel 2012 e nel 2016 Poste Italiane ha selezionato i fornitori con procedure competitive (prima gare con chiamata da Albo, poi dal 2016 procedure aperte) ai sensi del Codice dei Contratti Pubblici e a seguito di aggiudicazione di queste procedure competitive Soluzioni ha stipulato dei distinti contratti in discontinuità rispetto ai precedenti rapporti contrattuali. Il nesso di

²⁰⁸ Cfr. docc. 127, 137, 138 e 139.

²⁰⁹ Sul punto, Poste Italiane fa presente che la Corte di Giustizia, con la recente sentenza del 14.1.2021 (C-450/19), ha affermato alcuni principi applicabili per analogia alla fattispecie in esame, relativi al carattere istantaneo dell'infrazione e alle conseguenze in termini di decorso della prescrizione. In particolare, con questa sentenza inerente un'infrazione delle regole di concorrenza che si era verificata in occasione di una procedura di gara per l'aggiudicazione di un appalto pubblico, la Corte ha chiarito che gli effetti dell'infrazione "scompaiono, in linea di principio, al più tardi nel momento in cui le caratteristiche essenziali dell'appalto ... sono stati determinati in via definitiva, eventualmente, mediante la conclusione di un contratto tra l'aggiudicatario e l'amministrazione aggiudicatrice" Cfr. docc. 127 e 139.

²¹⁰ Cfr. docc. 127 e 139.

causalità tra i presunti pregiudizi sofferti da Soluzioni e gli atti e i comportamenti di Poste Italiane sarebbe stato più volte interrotto da atti – quali le gare pubbliche – che impedirebbero, secondo la Parte, di ricostruire *ex post* una complessiva ed unitaria condotta/responsabilità di Poste Italiane.

192. Inoltre, per Poste Italiane non sarebbe sufficiente a dimostrare la dipendenza economica di Soluzioni la mera asimmetria di forza negoziale tra le imprese, né sarebbe sanzionabile l'esito infausto di una gara.

193. A tale proposito, la Parte rileva come i contratti oggetto del procedimento dell'Autorità sono stati stipulati tra le Parti ad esito delle procedure di gara bandite da Poste Italiane ai sensi delle norme del Codice dei contratti pubblici vigenti *ratione temporis*. Qualora Soluzioni avesse reputato illegittimo o abusivo il contenuto della documentazione di gara, ed in particolare delle clausole contestate, avrebbe potuto e dovuto impugnare avanti al Tar gli atti di gara. Soluzioni ha invece partecipato alle procedure selettive indette da Poste, senza mai contestarle finché le ha vinte. Si è aggiudicata i relativi contratti e dopo anni, ha deciso – avendo perso la gara del 2016 che ha prodotto l'interruzione dei rapporti contrattuali con Poste Italiane – l'attivazione di vie giudiziali risarcitorie per il passato presso il Giudice Ordinario e inviato all'Autorità la citata segnalazione, piuttosto che contestare tale gara del 2016. Fino ad allora, Soluzioni aveva invece instaurato, liberamente, una prolungata relazione contrattuale con Poste Italiane sulla sola base di scelte di convenienza economica²¹¹.

194. Peraltro, Poste Italiane rileva la neutralità e l'irrelevanza delle clausole contestate, che sono state introdotte solo a partire dal 2012, rispetto alla capacità di Soluzioni di realizzare ricavi con clienti diversi da Poste Italiane. Più precisamente tra il 2008 ed il 2012 nessun presunto vincolo o clausola contrattuale avrebbe impedito a Soluzioni di acquisire commesse diverse da Poste Italiane e sviluppare così ulteriore fatturato in aggiunta a quello, assai significativo, realizzato grazie a Poste Italiane. Tuttavia, Soluzioni non avrebbe fatto nulla di tutto ciò. Successivamente, la presenza delle clausole contrattuali contestate, non avrebbe impedito a Soluzioni di sviluppare una quota non trascurabile di fatturato nei confronti di clienti diversi da Poste Italiane.

195. Inoltre, ai fini della dipendenza economica è necessario tenere conto “*della reale possibilità per la parte che abbia subito l'abuso di reperire sul mercato alternative soddisfacenti*” (articolo 9, comma 1, della legge n. 192/1998)²¹², laddove nel caso di specie: *i.* l'Autorità, nel corso del procedimento, non avrebbe svolto alcuna analisi del mercato di riferimento, caratterizzato, a Napoli, da rilevante vivacità concorrenziale, unica eccezione nel contesto nazionale, avendo Poste Italiane ormai internalizzato, nel resto del territorio italiano, i servizi prima affidati alle agenzie di recapito, per effetto della contrazione del settore dei servizi di recapito della corrispondenza. Ad avviso della Parte, l'intero settore postale sarebbe caratterizzato da contrazione dei ricavi dei servizi inclusi nel SU (svolto da Poste Italiane) e costante crescita dei ricavi dei servizi non inclusi; Poste Italiane, pur restando *leader* di mercato, avrebbe registrato una sostanziale riduzione delle proprie quote di mercato, a vantaggio dei principali concorrenti, in continua crescita, che peserebbero circa il

²¹¹ Cfr. docc. 127 e 139.

²¹² Alternative non sussistenti quando i costi necessari per perseguirle siano tali da mettere in discussione la sopravvivenza stessa dell'impresa o siano grandemente superiori a quelli ordinariamente sopportati dai concorrenti (*ex multis*, Trib. Ancona, 10 luglio 2017, n.1179).

45%²¹³; *ii.* Soluzioni sarebbe stata in grado di operare per soggetti terzi, avendo una struttura aziendale che lo permetteva, avendo ricevuto diverse proposte di *partnership* dai concorrenti di Poste Italiane, inclusa Nexive e non avendo effettuato investimenti idiosincratici connessi al ruolo di *partner* di Poste Italiane, per cui l'interruzione del rapporto con Poste Italiane non avrebbe comportato alcun costo. La giurisprudenza di merito avrebbe comunque riconosciuto come lecita la struttura di accordi come quelli in questione²¹⁴ e *iii.* l'uscita di Soluzioni dal mercato del recapito sarebbe piuttosto addebitabile alle scelte imprenditoriali della stessa Soluzioni e non ai presunti vincoli derivanti dall'aver negli anni partecipato alle gare bandite da Poste Italiane risultandone aggiudicataria. Soluzioni non poteva non essere consapevole che la "commessa Poste Italiane" avrebbe avuto una durata limitata, corrispondente alla durata degli affidamenti, e che, in virtù del meccanismo delle gare pubbliche che Poste Italiane è tenuta ad applicare ai fini della selezione dei propri fornitori, l'ulteriore prosecuzione dei rapporti con Poste Italiane era meramente eventuale, presupponendo necessariamente l'aggiudicazione delle successive procedure di selezione che fossero state bandite²¹⁵.

3. Sull'insussistenza dell'abuso di dipendenza economica

196. Con riferimento al presunto abuso, la Parte ha rappresentato che l'ordinamento riconosce la libertà di impresa anche alla controparte forte del rapporto negoziale, a meno che il comportamento tenuto dall'impresa dominante sia privo di senso oggettivo e non giustificabile da necessità dell'impresa, di tipo economico, industriale e tecnico²¹⁶ e che non tutte le clausole asseritamente gravose integrerebbero gli estremi dell'abuso, bensì solo quelle che si rivelano ingiustificate, ovvero sia prive di qualsivoglia ragione economica²¹⁷. Così non sarebbe nel caso di specie rispetto alle clausole in questione per le ragioni di seguito indicate.

a) Sul divieto di trasporto e consegna congiunti

197. Per quanto concerne il divieto di trasporto e consegna congiunti di prodotti di Poste Italiane e di terzi: *i.* inizialmente la Parte ha argomentato che la clausola servirebbe ad assicurare un livello di qualità del servizio molto elevato (visto anche il tipo di atti affidati a Soluzioni, in particolare posta raccomandata e assicurata)²¹⁸ salvo poi rilevare che la clausola "*non era da intendersi quale divieto di trasporto di invii postali [...] di Poste insieme a quelli di altri operatori, ma come divieto di trasporto di beni di altra natura*"²¹⁹ e successivamente precisare che "*Soluzioni era libera di trasportare e consegnare "non contestualmente" ai prodotti di Poste i prodotti di terzi operatori (compresi i servizi analoghi a quelli oggetto del contratto con Poste), anche mediante i medesimi portalettere e con i medesimi veicoli*" e "*Non sussistevano altresì vincoli per Soluzioni quanto al recapito in aree non oggetto di affidamento da parte di Poste (compresa una porzione della città di*

²¹³ Cfr. AGCom, Osservatorio sulle Comunicazioni, n. 2/2019 e n. 1/2020.

²¹⁴ Cfr. *ex multis*, Trib. Napoli, Sez. Lav., 22 settembre 2016, n. 6613 e Trib. Milano, Sez. Lav., 24 giugno 2011, n. 3110.

²¹⁵ Cfr. docc. 127 e 139.

²¹⁶ Da ultimo, Cass. Sez. I, 21 gennaio 2020, n. 1184.

²¹⁷ In considerazione del tenore letterale dell'articolo 9 della legge n. 192/98, nonché del principio della libertà di iniziativa economica (articolo 41 Cost.), riflesso anche nelle regole dell'autonomia privata (art. 1322, comma 1, del c.c.).

²¹⁸ Cfr. doc. 25.

²¹⁹ Cfr. doc. 75.

Napoli oltre a tutte le altre province campane), e per i prodotti non disciplinati dal contratto con Poste”²²⁰ in quanto “una volta terminata la gita per la consegna della corrispondenza di Poste i mezzi erano a totale disposizione della società di recapito”²²¹; ii. Soluzioni avrebbe comunque svolto nel frattempo anche attività a favore di terzi, partecipando anche a gare e aggiudicandosi quella bandita nel 2013 da IACP Napoli e operando in concorrenza con Poste Italiane attraverso un’altra società, controllata da Soluzioni almeno fino al novembre 2016 e inserita nel *network* nazionale di Fulmine, vale a dire la società consortile Soluzione Campania, con cui Soluzioni avrebbe condiviso per un periodo significativo anche membri degli organi sociali e indirizzi²²²; iii. la clausola risponderebbe alla più roduta prassi di settore^{223/224} e altri *ex* concessionari, in particolare Nexive e Fulmine, sarebbero stati in grado di organizzarsi dopo la cessazione di rapporti contrattuali con Poste Italiane aventi analoga struttura di quello lamentato da Soluzioni.

198. La legittimità della previsione in esame per Poste Italiane sarebbe poi stata acclarata dalla giurisprudenza civile ed amministrativa²²⁵. La Parte rappresenta che il Giudice Ordinario di primo grado²²⁶ ha accertato la legittimità della clausola in esame (e di altre previsioni contestate) nell’ambito di un contenzioso promosso da un’altra agenzia di recapito contro Poste Italiane proprio in relazione alla 4a gara del 2012. Con la propria decisione, il Giudice in questione ha rigettato la domanda di accertamento della nullità della clausola di divieto di trasporto e consegna congiunti in argomento di cui all’articolo 12 degli AQ2012/2013, nonché la domanda di risarcimento del danno presentata dalla parte attrice per presunto abuso di dipendenza economica e di posizione dominante²²⁷.

²²⁰ Cfr. doc. 100 e anche doc. 93. In particolare, Poste Italiane fa presente che la clausola *de qua* va considerata come uno strumento giustificato, ragionevole, necessario, proporzionato per svolgere il servizio di recapito, date le esigenze organizzative e operative di Poste Italiane, gli obiettivi in termini di qualità del servizio e gli obblighi - corredati di sanzioni in caso di violazione - previsti dalla regolazione di settore, anche nell’interesse dell’utenza.

²²¹ Cfr. doc. 100.

²²² Per Poste Italiane: “Soluzioni ha ampiamente operato in concorrenza con Poste nell’intero ambito regionale campano, sia in proprio, sia in esecuzione di commesse formalmente acquisite da Soluzione Campania s.c. a r.l. In vigenza di rapporto contrattuale con Poste, Soluzioni ha realizzato significativi volumi di fatturato nei confronti di altri clienti. A conferma del fatto che l’operatività di Soluzioni in concorrenza con Poste fosse compatibile con le previsioni contrattuali e con la clausola, Poste non ha mai fatto valere nei confronti di Soluzioni i rimedi contrattuali previsti per i casi di violazione degli obblighi contrattuali (penali, risoluzione del contratto). Inoltre, Soluzioni ha materialmente eseguito nell’intero territorio regionale le commesse formalmente acquisite dalla società consortile ed ha progressivamente allocato su di essa i ricavi da clienti terzi. Sommando i ricavi di Soluzioni e Soluzione Campania, si evince che i ricavi da clienti terzi complessivamente realizzati dalle due società sono cresciuti tra il 2014 e il 2017. Ancora a fine 2016, Soluzioni registrava utili e aveva una redditività superiore alla media del settore ed acquisiva sul mercato altre commesse oltre a quelle di Poste; [...]”. Cfr. doc. 100 e anche doc. 93.

²²³ Cfr. *ex multis*, Sentenze della Corte, 29 febbraio 1968, Parke, Davis and Co., causa 24/67, 5 ottobre 1988, CICRA e Maxicar, causa 53/87.

²²⁴ Poste Italiane rileva che “il modello operativo dell’esclusiva è diffuso nel settore come rilevato anche da Agcom (delibera n. 589/20/CONS; delibera n. 384/17/CONS)”. Cfr. doc. 100.

²²⁵ Cfr. docc. 127 e 139.

²²⁶ Cfr. sentenza del Tribunale civile di Roma, sentenza n. 12163/2020, allegata in doc. 127.

²²⁷ In particolare, il Giudice ha chiaramente escluso la natura abusiva della clausola invocata dalla parte attrice, indicando che “l’art. 12 del contratto vieta il trasporto da parte del fattorino incaricato del recapito di trasporto e consegna contestuale di prodotti di Poste italiane, ma non postula il divieto in capo all’aggiudicataria di svolgere attività in concorrenza”.

199. Analogamente anche il Giudice Amministrativo di primo grado²²⁸, nel valutare la legittimità delle previsioni contrattuali introdotte da Poste Italiane nell'ambito di una procedura con chiamata da Albo per l'aggiudicazione di un Accordo Quadro avente ad oggetto il servizio di trasporto di prodotti postali, ha affermato la legittimità delle previsioni contrattuali mediante le quali Poste Italiane consentiva all'appaltatore di "svolgere servizi analoghi a favore dei terzi" unicamente "in orario diverso" e utilizzando i veicoli "per altri servizi, non in concomitanza con quelli postali"²²⁹.

b) Sulla clausola sulla variabilità delle forniture

200. Quanto alla clausola sulla variabilità delle forniture: *i.* essa consentiva a Poste Italiane di variare i volumi da richiedere a Soluzioni e sarebbe dovuta, ad avviso della Parte, a reali ed effettive esigenze connesse ai servizi in questione, visto che Poste Italiane non poteva prevedere la quantità di volumi necessari per soddisfare di volta in volta la domanda dell'utenza; *ii.* la variabilità era riportata nei capitoli d'oneri; *iii.* a fronte di minimi garantiti non sarebbe comunque corretto parlare di variabilità delle forniture.

201. Inoltre, secondo la Parte, anche le previsioni sulla variabilità dei quantitativi sarebbero pacificamente legittime, ragionevoli e giustificate anche alla luce dell'evoluzione del contesto di mercato²³⁰ e non avrebbero comunque inciso sull'attività di Soluzioni²³¹.

202. A tale proposito, in primo luogo, la Parte fa presente che, con la sopra citata decisione del Giudice Ordinario di primo grado inerente alla documentazione contrattuale relativa alla 4a gara del 2012²³², il Giudice ha anche rigettato la tesi di parte attrice circa la natura sperequativa, in quanto a favore del committente Poste Italiane, delle previsioni sulla variabilità delle forniture di cui all'articolo 2 degli AQ2012/2013²³³.

203. In secondo luogo, Poste Italiane rappresenta che il Giudice Amministrativo di primo grado²³⁴, con due altre pronunce, ha anche dichiarato la legittimità delle previsioni contrattuali relative alla variabilità dei quantitativi previste da Poste Italiane nella procedura avviata nel 2009 per l'aggiudicazione di un Accordo Quadro avente ad oggetto il trasporto di prodotti postali. In particolare, il Giudice Amministrativo *de quo* con tali pronunce ha affermato, ad avviso di Poste

²²⁸ Cfr. Tar Lombardia, Sez. IV, sentenza n. 1261/2018, pubbl. 11.5.2018.

²²⁹ Inoltre, il Giudice Amministrativo *de quo* ha affermato anche la possibilità che persino "una clausola che prevedesse l'esclusiva del servizio reso a favore dell'appaltante" fosse legittima, pur precisando che "un simile divieto dovrebbe poggiare su esigenze di interesse generale ed essere quindi congruamente motivato".

²³⁰ Per Poste Italiane sarebbe stato irragionevole, nei rapporti con i recapitisti, mantenere invariate le condizioni contrattuali relative ai quantitativi previste negli anni precedenti senza apportare adeguati correttivi, a seguito dell'evoluzione peggiorativa del contesto di mercato. Cfr. docc. 127 e 139.

²³¹ Cfr. docc. 127 e 139.

²³² Cfr. sentenza del Tribunale civile di Roma, sentenza n. 12163/2020 cit., allegata in doc. 127.

²³³ Il Giudice, in particolare, ha rilevato tra l'altro che:

- "il servizio richiesto alle Agenzie di recapito aveva ad oggetto la gestione di invii di corrispondenza per i quali l'erogazione delle prestazioni da parte dell'appaltatore veniva richiesta sulla base degli effettivi fabbisogni, in ragione della stessa natura dell'accordo - quadro, senza la predeterminazione della quantità";
- inoltre "l'art. 3 dell'Accordo Quadro prevedeva che potessero verificarsi cali di volume non pianificabili su base mensile - fermo il minimo garantito annuale";
- tutto ciò anche alla luce del legittimo esercizio della "discrezionalità di Poste Italiane, sulla base dei fabbisogni e delle scelte imprenditoriali in ordine alla una nuova riorganizzazione dei propri servizi".

²³⁴ Cfr. Tar Lombardia, sentenze nn. 2210/2011 e 2211/2011.

Italiane, la congruità della clausola relativa alla variabilità dei quantitativi in aumento o in diminuzione²³⁵.

204. In terzo luogo, Poste Italiane sottolinea che l'allora Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture (AVCP), oggi Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC), con un parere di precontenzioso nel 2012²³⁶, ha ritenuto "...*legittimo l'art. 2 del capitolato speciale d'appalto – parte A, relativo all'accordo quadro per il servizio di trasporto dei prodotti postali e attività collegate, adottato da Poste Italiane s.p.a.*". Più in dettaglio, l'AVCP ha accertato "la legittimità dell'articolo 2 del capitolato speciale – parte A" con specifico riferimento alla "*facoltà riservata alla stazione appaltante di variare, in aumento o in diminuzione e comunque nei limiti del 25%, il valore dei buoni di consegna, secondo i parametri specificati negli artt. 8 e 9 del capitolato tecnico – parte B*"²³⁷.

205. Con riguardo alla clausola di prelazione presente nei primi contratti, dato anche il contesto di mercato che ha portato Poste Italiane a farsi carico dei costi e degli oneri sociali del processo di internalizzazione, ad avviso della Parte, essa era a vantaggio di Soluzioni e, in ogni caso, i comportamenti di Poste Italiane antecedenti il 2008 sarebbero stati già valutati dall'Autorità nel corso del procedimento A388, ad esito del quale Poste Italiane ha assunto impegni a cui avrebbe poi ottemperato. Per questo, in generale, le vicende segnalate da Soluzioni, ad avviso della Parte, andrebbero valutate distinguendo tra il periodo prima del 2008 (periodo a cui Soluzioni sembra ascrivere le problematiche lamentate) e il periodo successivo al 2008.

206. In definitiva, le doglianze di Soluzioni sarebbero pretestuose e unicamente legate alla mancata aggiudicazione della gara indetta da Poste Italiane nel 2016, non sussistendo, anche in presenza di un prolungato rapporto negoziale, alcun "*generale diritto a nuove assegnazioni in favore del subfornitore medesimo*"²³⁸.

4. Sulla rilevanza privatistica

207. Infine, nella ricostruzione di Poste Italiane, la vicenda in esame avrebbe rilevanza privatistica, mancando il presupposto essenziale per l'intervento dell'Autorità ai sensi dell'articolo 9, della legge n. 192/1998, vale a dire la protezione dell'interesse pubblico al corretto assetto concorrenziale del mercato, e, pertanto, dovrebbe rimanere di esclusiva competenza del Giudice Ordinario.

²³⁵ Per il Giudice "*l'art. 8 del capitolato, nella parte in cui attribuisce alla stazione appaltante lo ius variandi nei limiti del 20%, svolge in compiuta forma un principio che deve ritenersi oramai connaturato all'appalto pubblico di servizi nel nostro ordinamento, e che si esprime nell'attribuzione all'appaltante della potestà di adattare in corso d'opera l'oggetto del contratto in ragione delle sopravvenute esigenze, secondo un'eventualità tutt'altro che infrequente a fronte di una prestazione di facere continuata*".

²³⁶ Parere di precontenzioso PREC 260/11/S del 2.3.2012 reso su istanza di Assopostale del 15.9.2011, allegato in doc. 127.

²³⁷ A tal riguardo, l'AVCP ha chiarito tra l'altro che: "*la legittimità delle clausole contrattuali predisposte da Poste Italiane s.p.a. discende viepiù dalla considerazione della natura e delle finalità tipiche dell'accordo quadro, definito dall'art. 1, quarto comma, della Direttiva 2004/17/CE e dall'art. 3, tredicesimo comma, del Codice come un accordo concluso tra una o più stazioni appaltanti ed uno o più operatori economici «il cui scopo è quello di stabilire le clausole relative agli appalti da aggiudicare durante un dato periodo, in particolare per quanto riguarda i prezzi e, se del caso, le quantità previste» ...*" e che "*... nella fattispecie in esame ... il capitolato d'appalto predisposto da Poste Italiane s.p.a. contiene l'analitica descrizione dei servizi richiesti all'operatore economico e fissa in via preventiva i corrispettivi unitari, sui quali i concorrenti sono stati invitati ad offrire il ribasso percentuale. La mera facoltà di variazione del valore dei buoni di consegna, in aumento o in diminuzione entro il 25%, non è causa di indeterminazione della prestazione, né configura violazione delle regole concorrenziali. [...]*".

²³⁸ Trib. Torino, Sez. Impresa, 6 giugno 2017, n. 2952.

208. In ultimo, Poste Italiane ha fatto pervenire all’Autorità in data 19 ottobre 2020 un documento relativo al programma di *compliance* per la tutela della concorrenza e del consumatore del gruppo Poste Italiane.

5. Sulle prestazioni aggiuntive non contrattualizzate e/o retribuite

209. Con riguardo alla questione delle asserite prestazioni aggiuntive non contrattualizzate e/o retribuite, Poste Italiane fa presente che essa costituisce oggetto di giudizi promossi da Soluzioni contro Poste Italiane dinanzi al Giudice Ordinario e che in diciotto anni di rapporti con la società (dal 1999 al 2017), Soluzioni non ha mai contestato a Poste Italiane alcun inadempimento contrattuale né altro illecito concorrenziale. Persino, nell’ultimo bilancio del 2018 (successivo alla cessazione del rapporto con Poste Italiane), Soluzioni non ha iscritto i presunti crediti nei confronti di Poste Italiane derivanti da tali prestazioni richieste e non retribuite²³⁹.

210. Nel merito, la Parte in ogni caso rileva l’assenza di ogni elemento di prova e l’assoluta inconsistenza della documentazione prodotta da Soluzioni ed elenca le motivazioni per cui talune attività, in realtà, sarebbero rientrate a pieno titolo nell’oggetto degli accordi sottoscritti con Soluzioni e per questo remunerate.

211. In particolare, Poste Italiane sostiene che le prestazioni in questione fossero: *i*) incluse nei contratti sottoscritti e/o negli allegati parti integranti degli stessi (Allegati tecnici nonché Manuali del Recapito o Manuali Operativi) o comunque strettamente funzionali all’operatività dei servizi oggetto della fornitura e, pertanto, i corrispettivi pagati da Poste Italiane hanno ricompreso i costi sostenuti da Soluzioni relativamente a tali prestazioni; *ii*) del tutto occasionali e, pertanto, non comportanti alcun onere aggiuntivo, né in termini di costi né in termini di tempo; *iii*) mai state richieste²⁴⁰.

212. A tal riguardo Poste Italiane ha fatto presente, ad esempio, che l’attività di recapito delle raccomandate con avviso di ricevimento e le connesse attività erano contrattualmente previste in quanto concernenti l’ordinaria lavorazione delle raccomandate *standard*: i Manuali del Recapito, parte integrante degli accordi, prima accordi di *partnership* e poi accordi quadro, descrivevano nel dettaglio l’operatività del servizio in questione. Si trattava, in particolare, di raccomandate *standard*, la cui unica peculiarità era la presenza di una cartolina di accompagnamento sulla quale il destinatario/ricevente apponeva la firma in fase di consegna e il fattorino, al rientro dalla “gita”, doveva apporre la sua firma.

213. Poste Italiane ha anche rappresentato che, tra l’altro, l’attività di notifica delle cartelle esattoriali, che afferiva ad un ambito oggettivo diverso da quello delle notifiche a mezzo posta degli atti giudiziari ai sensi della legge n. 890/1982 e s.m.i., non poteva considerarsi estranea agli accordi sottoscritti con Soluzioni in quanto le cartelle esattoriali dovevano considerarsi equiparabili alle raccomandate A.R. ed erano comunque contrattualmente previste negli AQ 2007 e 2012/2013.

6. Sull’eventuale irrogazione della sanzione pecuniaria

214. Poste Italiane fa presente che per le sanzioni pecuniarie in materia *antitrust* disposte in applicazione dell’articolo 15 della legge n. 287/1990 in caso di violazioni gravi, è necessario che la

²³⁹ Cfr. doc. 108.

²⁴⁰ Cfr. doc. 108.

condotta – sia pur in astratto abusiva – sia stata posta in essere con colpa o dolo ed è compito dell’Autorità accertare la sussistenza dell’elemento soggettivo²⁴¹.

215. Alla luce di quanto precede, l’eventuale colpa o dolo di Poste Italiane, presupposto indispensabile per l’eventuale irrogazione della sanzione non sarebbe rinvenibile nel caso di specie. E ciò in quanto Poste Italiane si sarebbe limitata ad applicare la legge sui contratti pubblici, ad indire e aggiudicare gare pubbliche, selezionando imprese (come nel caso di Soluzioni) che potevano liberamente scegliere di partecipare o meno alle procedure di gara, eventualmente impugnando il bando o le clausole oggetto della documentazione - ove pregiudizievole - di gara dinanzi al Tar competente.

216. In ogni caso, l’importo di base della sanzione non dovrebbe prendere in considerazione l’intero fatturato realizzato da Poste Italiane nell’area di Napoli per i servizi in questione ma solo ed esclusivamente il valore dei singoli contratti (*i.e.* lotti delle rispettive gare) affidati a Soluzioni (che rappresentano quindi solo una parte del complessivo mercato di Napoli).

217. Infine, Poste Italiane chiede, una volta determinato l’importo della eventuale sanzione, di applicare una significativa riduzione di tale importo in ragione delle seguenti circostanze attenuanti. In primo luogo, assumerebbe rilievo la situazione economica della Parte e, in particolare, l’andamento economico del *business* della corrispondenza, anche in relazione agli effetti dell’epidemia Covid-19²⁴² e del *lockdown* e del processo di *e-substitution*. In secondo luogo, un’ulteriore riduzione della sanzione dovrebbe derivare dall’adozione da parte di Poste Italiane di un articolato programma di *compliance antitrust*. In terzo luogo, Poste Italiane rammenta il caso “RP1 - HERA-Affidamenti gruppi misura gas/termini di pagamento”, ove l’Autorità dopo avere calcolato l’importo della sanzione da irrogare ad Hera S.p.A. ritenne congruo operare una riduzione pari a circa il 75% dell’importo, e ciò “*tenuto conto che l’Autorità, con il caso in esame, ha esercitato per la prima volta i poteri di cui all’articolo 9 comma 3 bis, ultimo periodo, della legge 18 giugno 1998, n. 192*”. Per Poste Italiane non vi sarebbe dubbio che una riduzione almeno di pari entità percentuale dovrebbe essere applicata anche nel caso di specie, in quanto la condotta contestata a Poste Italiane nel procedimento ha origine nel 2012 ed è quindi per buona parte antecedente rispetto al provvedimento del 23 novembre 2016 conclusivo del procedimento RP1.

218. Da ultimo, Poste Italiane evidenzia che qualora all’esito del procedimento l’Autorità applicasse a Poste Italiane per una fattispecie di abuso di dipendenza economica la sanzione prevista per una fattispecie di abuso di posizione dominante – senza peraltro prevedere l’applicazione delle attenuanti di cui sopra - sarebbero violati non solo di principi di diritto affermati dalla giurisprudenza amministrativa, quali: proporzionalità, adeguatezza e ragionevolezza, ma anche quelli di logica e buon senso.

²⁴¹ Detto principio troverebbe conferma secondo Poste Italiane anche nella disciplina comunitaria. In forza dell’articolo 23 del Regolamento (CE) 1/2003 del 16 dicembre 2002, concernente l’applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del TCE (ora artt. 101 e 102 del T.F.U.E.) “*La commissione può, mediante decisione, infliggere ammende alle imprese ed alle associazioni di imprese quando, intenzionalmente o per negligenza commettono un’infrazione alle disposizioni dell’art. 81 o dell’art. 82*”. Ne consegue che l’accertamento dell’elemento soggettivo - quanto meno della colpa - costituisce il presupposto per l’applicazione delle sanzioni amministrative pecuniarie in materia *antitrust* (Cons. Stato, Sez. VI, 20.2.2017, n. 740. Cfr. docc. 127 e 139).

²⁴² A tal riguardo, Poste Italiane ricorda il caso “I832 - Servizi di prenotazione del trasporto taxi – Napoli”, ove l’Autorità ha ridotto la sanzione dell’80% per contrazione della domanda causa epidemia Covid-19.

IV.II Le argomentazioni di Soluzioni

219. Nel corso del procedimento Soluzioni ha ribadito quanto già rappresentato al momento della segnalazione, fornendo ulteriori elementi e chiarimenti sulla vicenda²⁴³.

220. Nello specifico la società ha innanzitutto riferito come i contratti sottoscritti con Poste Italiane nell'imminenza dell'apertura del mercato postale, periodo 1999-2001, garantissero un volume più elevato rispetto al passato in cambio del rapporto di esclusiva e sarebbero stati espressione, secondo Soluzioni, di una strategia di Poste Italiane volta a impedire al principale nuovo entrante, TNT Post Italia S.p.A. (oggi Nexive Network S.r.l.) di acquisire o anche solo di servirsi di operatori come Soluzioni, *ex* concessionari che disponevano di specifiche conoscenze del servizio e del territorio. A tale proposito Soluzioni ha fatto presente di essere stata contattata da Nexive al momento della revoca delle concessioni (periodo 1999-2000), interessata a fare una proposta per l'acquisizione della società; nello stesso periodo Poste Italiane avrebbe fatto a Soluzioni un'offerta "*di tutto rispetto*", *i.e.* un contratto molto vantaggioso per la sola fornitura di raccomandate (attività tendenzialmente più remunerativa) e manifestato anche l'intenzione di acquisire l'azienda. Soluzioni ha tuttavia rinunciato all'offerta dell'allora TNT Post Italia, preferendo rimanere con Poste Italiane, operatore consolidato e di assoluto rilievo.

221. Inoltre, Soluzioni ha ribadito come negli accordi quadro sottoscritti nel 2012-2013 e più volte prorogati, in particolare "*ex post*", sino a metà del 2017, Poste Italiane avrebbe introdotto un divieto di trasportare e consegnare contestualmente prodotti di Poste Italiane e di terzi, pena risoluzione del contratto, con l'effetto di ostacolare Soluzioni nell'operare sia per conto di soggetti concorrenti di Poste Italiane sia direttamente. Negli stessi accordi sarebbero state previste ampie "forcelle" sui volumi, con ciò facendo espresso riferimento alla clausola della variabilità delle forniture, nel senso che la società era tenuta a garantire almeno determinati quantitativi ma Poste Italiane si riservava la discrezionalità di richiedere un volume di forniture anche significativamente inferiore. Negli stessi accordi Poste Italiane avrebbe anche introdotto tipologie di servizi che comportavano maggiori quantità (e conseguenti maggiori costi, tra cui, ad es. l'esigenza di prendere in locazione un immobile più grande) a fronte di minori remunerazioni (questioni che sarebbero legate anche all'introduzione della distinzione tra articolazione mercato e *extra* mercato). Ciò in un contesto in cui il valore complessivo dei contratti nel corso degli anni, oltre che i lotti messi a gara, venivano progressivamente ridotti da Poste Italiane.

222. Per quanto riguarda eventuali rapporti con altri operatori, Soluzioni ha rappresentato di aver avuto sempre essenzialmente solo rapporti con Poste Italiane non potendo collaborare e avere committenze con altri operatori, se non per quantitativi ed importi che hanno rappresentato per Soluzioni percentuali irrisorie dei propri introiti. A tale proposito Soluzioni ha anche fornito i dati relativi alla quota del proprio fatturato realizzato per conto di operatori diversi da Poste Italiane per ciascun anno in cui ha avuto rapporti contrattuali con quest'ultima.

223. In particolare, Soluzioni fa presente di "*aver dedicato tutto il suo tempo allo svolgimento delle attività per conto di Poste Italiane S.p.A. per rispondere in modo sempre efficiente e qualitativamente ottimo alle richieste anche extra contratto di Poste Italiane S.p.A.; ricorda a titolo esemplificativo i turni anche notturni e festivi che l'azienda ed il suo personale a causa di richieste*

²⁴³ Cfr. docc. 1, 5, 9, 54, 60, 61, 62, 68 e 96.

*improvvisate di Poste Italiane S.p.A. era costretta a svolgere; per anni i dipendenti di Soluzioni S.r.l. hanno lavorato 22 ore al giorno facendo 8 ritiri al giorno dai CMP di Poste Italiane S.p.A. con obbligo di mettere in uscita la corrispondenza*²⁴⁴.

224. La società ha inoltre riferito che, nel momento in cui si è presentata una possibile collaborazione con Fulmine, per quantitativi e importi di maggior rilievo, non potendo in ragione delle suddette clausole intraprendere una siffatta collaborazione, si è fatta promotrice della costituzione di una nuova società, la società consortile Soluzione Campania, con cui dal 2016/2017 non ha legami di tipo partecipativo; in ogni caso, le clausole contenute nei contratti sottoscritti da Soluzioni con Poste Italiane non consentivano di fatto di utilizzare beni e personale di Soluzioni per altre attività ulteriori rispetto a quelle per la fornitura dei servizi a Poste Italiane. Ciò dipendeva, tra l'altro: *i.* prima dalla clausola di esclusiva e poi da quella contenente il divieto di trasporto congiunto (da intendersi non solo come divieto di trasporto sui mezzi, ma anche come divieto di utilizzare la stessa bolgetta e gli stessi dipendenti, avendo questi ultimi obbligo di dare evidenza nel proprio abbigliamento del fatto che stavano operando per conto di Poste Italiane); pertanto, eventuali altre attività non potevano che essere marginali poiché potevano essere svolte solo al termine della giornata lavorativa necessaria a fornire i servizi richiesti da Poste Italiane; *ii.* dal fatto che Soluzioni nel corso degli anni ha sempre dovuto mantenere una struttura e un'organizzazione aziendale "dedicata" alle esigenze di Poste Italiane, visto che, a parte i primi anni (fino al 2006, al più 2007) Poste Italiane si riservava la facoltà di richiedere quantità di fornitura in diminuzione o in aumento rispetto a quanto indicato nel contratto e Soluzioni doveva essere continuamente in condizioni di garantire quanto richiesto dal committente Poste Italiane.

225. In conclusione, secondo Soluzioni, Poste Italiane prima avrebbe proposto a Soluzioni contratti in alcune fasi anche a condizioni vantaggiose (oltre a prospettare una possibile acquisizione), nel momento in cui si prospettava l'ingresso sul mercato di operatori importanti, e poi avrebbe abusato della posizione di dipendenza di Soluzioni nel frattempo instaurata per azzerarne l'avviamento. Inoltre, Soluzioni evidenzia che Poste Italiane aveva bisogno di un operatore come Soluzioni, profondo conoscitore del territorio di Napoli, in cui si dovevano effettuare le consegne della corrispondenza raccomandata e della corrispondenza semplice, ma nello stesso tempo doveva assicurarsi che Soluzioni non crescesse in termini di fatturato e soprattutto non collaborasse con altri *competitor* attuali o potenziali di Poste Italiane.

V. VALUTAZIONI

226. L'articolo 9 della legge n. 192/1998 vieta l'abuso da parte di una o più imprese dello stato di dipendenza economica, definita come la situazione in cui un'impresa sia in grado di determinare, nei rapporti commerciali con un'altra impresa, un eccessivo squilibrio di diritti e di obblighi, tenuto conto anche della reale possibilità per la parte che abbia subito l'abuso di reperire sul mercato alternative soddisfacenti. Secondo il medesimo articolo, l'abuso può anche consistere nel rifiuto di vendere o nel rifiuto di comprare, nella imposizione di condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose o discriminatorie e nella interruzione arbitraria delle relazioni commerciali in atto. La disciplina in tema di abuso di dipendenza economica prevede che l'Autorità attivi i propri poteri di

²⁴⁴ Cfr. doc. 139.

indagine e di imposizione di diffide e sanzioni qualora ravvisi che la condotta di abuso di dipendenza economica abbia una rilevanza per la tutela della concorrenza e del mercato.

227. Secondo i principi giurisprudenziali in materia²⁴⁵, l'abuso di dipendenza economica configura una fattispecie di applicazione generale²⁴⁶, che può prescindere dall'esistenza di uno specifico rapporto di subfornitura ed è idonea a ricomprendere qualunque rapporto negoziale asimmetrico tra imprese.

228. Tale fattispecie, in primo luogo, richiede la sussistenza di una situazione di dipendenza economica di un'impresa cliente nei confronti di una sua fornitrice e, in secondo luogo, ne censura l'abuso che di tale situazione venga fatto, determinandosi un significativo squilibrio di diritti e di obblighi, fermo restando che la condotta di abuso di dipendenza economica sia rilevante per la concorrenza e del mercato.

VI Sulle questioni preliminari adottate da Poste Italiane

A) Sull'asserita violazione del principio di "ne bis in idem"

229. Preliminarmente, in merito alla tesi di Poste Italiane relativa al rapporto tra giudizio civile e azione dell'Autorità, si rileva una differenza del bene tutelato dall'Autorità che, come si evince dallo stesso articolo 9, comma 3-*bis*, della legge n. 192/1998, è la concorrenza e il mercato. In tal senso, l'azione dell'Autorità presenta un oggetto e un fine differenti rispetto ai giudizi civili instaurati, laddove le condotte di Poste Italiane presentano una rilevanza più ampia del singolo rapporto contrattuale, fino a interessare tutto il mercato. Pertanto, contrariamente a quanto eccepito da Poste Italiane, l'esistenza di un contenzioso civile non pregiudica l'accertamento di un abuso di dipendenza economica da parte dell'Autorità e i due rimedi, quello di "*private enforcement*" assicurato dal Giudice Ordinario e quello di "*public enforcement*" assicurato dall'Autorità, possono essere esperiti entrambi, cumulativamente e contemporaneamente.

230. Del resto, in tal senso depone la soluzione del cumulo di tutele, c.d. teoria dei procedimenti paralleli o del doppio binario, circa l'ammissibilità della duplicazione di azioni rispettivamente presso l'Autorità e presso l'Autorità Giudiziaria Ordinaria²⁴⁷ individuata ai sensi dell'articolo 33 della legge n. 287/1990 sul presupposto che proprio quest'ultima norma, nel distinguere l'ambito di applicazione oggettivo e i contenuti dell'uno e dell'altro procedimento, pone tali procedimenti su piani distinti, non alternativi ma concorrenti, secondo l'emergenza e la natura dell'interesse di cui si chiede protezione. L'intervento dell'Autorità è diretto all'accertamento e alla repressione di condotte illecite a protezione di un pubblico interesse: la tutela della concorrenza e del mercato; quello dell'Autorità Giudiziaria Ordinaria è diretto a tutelare: i) in via diretta, le posizioni soggettive di coloro che si assumono lesi nei propri diritti e libertà da un comportamento anticoncorrenziale altrui e ii) in via indiretta, il funzionamento del mercato.

²⁴⁵ Cfr. Corte di Cassazione, Sezioni Unite, n. 24906 del 25 novembre 2011; Corte di Cassazione, civile, sez. I, n. 25606 del 12 ottobre 2018; Tribunale di Milano, sezione specializzata in materia di impresa, sentenza n. 12344/2017.

²⁴⁶ Sulla portata generale dell'abuso di dipendenza economica, la Corte di Cassazione giunge a tale conclusione considerando "*anzitutto il dato letterale della norma, ove si parla di imprese clienti o fornitrici, con uso del termine cliente che non è presente altrove nel testo della L. n. 192 del 1998*" (Corte di Cassazione, Sezioni Unite, ordinanza del 25 novembre 2011, n.24906). Si veda inoltre, Cass. civ. Sez. III, 23 luglio 2014, n. 16787; Tribunale Bergamo Sez. IV, 4 gennaio 2017.

²⁴⁷ Cfr. Cass. 1° febbraio 1999, n. 827, Cass. 11 giugno 1993, n. 9384, Cass. Sez Un. 20 gennaio 2005, n. 22007 e Cass. 13 febbraio 2009, n. 3640.

231. Così riscontra anche il Consiglio di Stato in particolare in una propria pronuncia: *“Gli strumenti di public enforcement svolgono una funzione tipicamente “punitiva” ed “afflittiva” e sono finalizzati primariamente a garantire l’interesse pubblico ad un assetto concorrenziale dei mercati. La pretesa del privato al corretto esercizio di tale funzione “punitiva”, per quanto costituisca, come anche la giurisprudenza amministrativa ha avuto modo di evidenziare, un interesse giuridicamente rilevante, non ha, tuttavia, la consistenza e la pienezza del diritto soggettivo che il privato vittima di specifiche condotte anticoncorrenziali può far valere, con l’azione di risarcimento del danno, dinanzi al giudice civile, attivando, appunto, gli strumenti di private enforcement. Si tratta di due strumenti di tutela che certamente conoscono momenti di interferenza, ma che operano, comunque, su piani autonomi e distinti”*²⁴⁸.

232. In sostanza, i due procedimenti dinanzi all’Autorità e al Giudice Ordinario possono svolgersi in parallelo e in piena autonomia e non rileva, quindi, ai fini di una possibile violazione del principio di *“ne bis in idem”*, che Soluzioni abbia chiesto l’inibitoria nel processo civile da un lato e la diffida di cui all’articolo 15 della legge n. 287/1990 all’Autorità dall’altro.

233. Peraltro, nel caso di specie, non può ravvisarsi alcuna violazione del principio del *“ne bis in idem”*, non ricorrendo le seguenti condizioni:

a) identità della condotta e dell’interesse protetto. Più precisamente, nel caso in esame, non si ha identità della condotta, in quanto la condotta imputabile in applicazione dell’articolo 9 legge n. 192/1998 deve prevedere anche un pregiudizio per la concorrenza e non si ha anche identità dell’interesse protetto in ragione delle differenti finalità degli interventi del Giudice Ordinario e dell’Autorità, rispettivamente diretti come sopra evidenziato alla tutela giurisdizionale dei diritti soggettivi e alla tutela della concorrenza e del mercato, non indirizzate quindi a proteggere *“the same legal asset”*²⁴⁹;

b) identità dell’oggetto di accertamento e duplicazione della sanzione. Nel caso all’esame, oggetto dell’accertamento del Giudice Ordinario è la sussistenza di una situazione di dipendenza economica e che un’impresa ne abusi, con la conseguente previsione del risarcimento del danno per l’impresa abusata. Tale rimedio non ha una funzione punitiva ma compensativa della lesione derivante dall’illecito. Diversamente, l’accertamento dell’Autorità - ovvero sia la verifica della sussistenza di una condotta di abuso di dipendenza economica avente un’incidenza sulla concorrenza nel mercato di riferimento - porta all’irrogazione di una sanzione pecuniaria con una funzione punitiva, afflittiva e deterrente.

234. Nel caso di specie, l’abuso di dipendenza economica di Poste Italiane nei confronti di Soluzioni riveste un carattere pubblicistico in quanto ha un impatto sul processo competitivo nel mercato di riferimento, vale a dire quello della fornitura del servizio di distribuzione e raccolta di corrispondenza (registrata e non registrata), posta non indirizzata ed espletamento di servizi ausiliari nella città di Napoli. Il comportamento in parola ha difatti portato alla sottrazione e all’esclusione dal mercato di un operatore che avrebbe potuto rifornire gli operatori postali alternativi a Poste Italiane e con riferimento al quale non si può escludere che esso stesso avrebbe potuto costituire un vincolo concorrenziale a livello locale per Poste Italiane.

²⁴⁸ Cfr. Consiglio di Stato, sez. VI, 22 settembre 2014, n. 4773.

²⁴⁹ Cfr. Tar Lazio, 6 settembre 2016, nn. 9553, 9554, 9555, 9556, 9559, 9560, 9561.

235. In assenza dello sfruttamento abusivo da parte di Poste Italiane della posizione di dipendenza economica di Soluzioni, il mercato di riferimento avrebbe beneficiato della presenza di un operatore consolidato e in grado di generare un fatturato più ampio di quello riscontrato per la maggioranza degli operatori postali attivi a Napoli.

236. Alla luce di quanto sopra, appaiono quindi non accoglibili le tesi di Poste Italiane relative all'impossibilità di procedere con l'accertamento di un'infrazione da parte dell'Autorità stante la pendenza di un contenzioso civile.

B) Sull'asserita mancanza di attualità del presunto pregiudizio della concorrenza

237. Sempre in via preliminare, con riferimento a quanto sostenuto da Poste Italiane in merito alla "non attualità" dell'intervento dell'Autorità, stante peraltro il contesto di mercato superato e la circostanza che Soluzioni ha cessato per sua scelta l'attività economica nel settore, si rileva quanto segue. Fermo restando che risulta, in particolare, non verificato che il contesto di mercato sia effettivamente superato, la mera cessazione della condotta posta in essere da parte di Poste Italiane, dato che la vigenza dei contratti, ove erano inserite le clausole contestate, è terminata, non fa venir meno l'interesse dell'Autorità all'accertamento dell'abuso della dipendenza economica di Soluzioni da parte di Poste Italiane. Diversamente opinando sarebbe inibita l'azione dell'Autorità ogni qual volta si rilevasse nell'ambito di un procedimento istruttorio la cessazione di una condotta presuntivamente illegittima da parte di un operatore. Contrariamente a quanto affermato da Poste Italiane, circa una funzione esclusivamente ripristinatoria della sanzione applicata dall'Autorità, che nel caso di specie non sarebbe più possibile, si fa presente che la funzione dell'accertamento dell'illecito e dell'irrogazione della sanzione dell'Autorità è essenzialmente punitiva, repressiva e deterrente in quanto ha lo scopo di assicurare non solo la fine di condotte illecite ma anche la preservazione del mercato da condotte analoghe nel futuro.

238. Inoltre, sempre sull'asserita mancanza di attualità dell'intervento dell'Autorità rilevata da Poste Italiane, essendo i contratti oggetto del procedimento stati stipulati tra le Parti ad esito di gare bandite da Poste Italiane, per cui Soluzioni avrebbe potuto e dovuto impugnare avanti al Tar gli atti di gara, qualora li avesse reputati illegittimi o abusivi, si osserva quanto segue²⁵⁰. La mancata impugnazione degli atti di gara da parte di Soluzioni appare ascrivibile alla rilevante e perdurante posizione di dipendenza economica di Soluzioni nei confronti di Poste Italiane, per cui la prolungata relazione contrattuale con Poste Italiane, anche dopo gli AQ2012/2013 non appare dovuta ad una scelta di convenienza economica da parte di Soluzioni, come rilevato da Poste Italiane, ma ad una scelta di "sopravvivenza economica" della società. Nello stesso senso depongono la circostanza emersa nel corso del procedimento, per cui Soluzioni, nel 2008-2009, a fronte della rilevazione di quantità eccedentarie relative all'anno 2008 rispetto ai Buoni di Consegna emessi da Poste Italiane nel 2008, abbia poi rinunciato ad avanzare qualsiasi richiesta di risarcimento nei confronti di Poste Italiane e la circostanza che nel 2012, quando è stata inserita la clausola di divieto e trasporto congiunti da parte di Poste Italiane, Soluzioni ha rilevato un sostanziale peggioramento delle

²⁵⁰ Peraltro, si fa presente che le procedure di gara bandite da Poste Italiane ai sensi delle norme del Codice dei contratti pubblici sono state solo quelle relative ai contratti sottoscritti nel 2007, relativi al periodo 2007 - 2012, e ai contratti sottoscritti nel 2012/2013, relativi al periodo 2012 - 2017. Inoltre, si rileva che è proprio dai contratti del 2007, successivamente all'aggiudicazione della relativa gara, che Poste Italiane ha eliminato una clausola di non concorrenza e ciò solo in forza degli impegni assunti da Poste Italiane nell'ambito del procedimento istruttorio dell'Autorità A388.

condizioni di operatività, come risulta anche nella nota integrativa al bilancio di esercizio 2012 (v. *supra* § 162).

239. Si tenga conto che, come si vedrà nel prosieguo, le condotte abusive di Poste Italiane si sono concretizzate nell'imposizione di un insieme di clausole nei predetti contratti di durata sottoscritti da Soluzioni nel 2012/2013, ad esito delle citate gare, che sono stati sempre prorogati da Poste Italiane con riferimento a tutti gli intervalli intercorrenti tra la scadenza formalmente prevista del contratto precedente e la sottoscrizione del nuovo. Tali clausole - prive di razionalità economica essendo preordinate al conseguimento di finalità differenti e ulteriori rispetto a quanto consentito dalla sola iniziativa imprenditoriale - hanno avuto attuazione nei confronti di Soluzioni con continuità sino alla data del 30 giugno 2017, ultimo mese e anno in cui Soluzioni ha operato come fornitore di Poste Italiane, prima di interrompere l'attività di recapitista svolta sino ad allora.

C) Sull'asserita intervenuta prescrizione del potere sanzionatorio dell'Autorità

240. Quanto sopra evidenzia l'unitarietà dei comportamenti tenuti da Poste Italiane nel corso del periodo 2012-2017 e la natura permanente di queste condotte. Conseguentemente, risulta priva di fondamento l'eccezione sollevata da Poste Italiane circa l'intervenuta prescrizione quinquennale del potere sanzionatorio dell'Autorità in quanto come rilevato da recenti pronunce del Consiglio di Stato e del Tar Lazio: “[...] a fronte dell'unitarietà dell'infrazione accertata e della presenza di un illecito permanente, che non si esaurisce in un lasso di tempo definito, lasciando permanere i suoi effetti, la prescrizione non inizia a decorrere se non con la cessazione dell'infrazione complessivamente considerata”²⁵¹. Ciò tenuto conto che “non è consentito parcellizzare i comportamenti costitutivi dell'unitaria infrazione, assoggettandoli a termini di prescrizione distinti”²⁵² e “[...] nel caso di illecito permanente, protraendosi la verifica dell'evento in ogni momento della condotta che lo produce, la prescrizione ricomincia a decorrere ogni giorno successivo a quello in cui la condotta illecita si è manifestata per la prima volta, fino alla cessazione dell'infrazione complessivamente considerata”²⁵³.

241. Ciò posto, nel seguito si analizzeranno (i) la posizione di dipendenza economica di Soluzioni nei confronti di Poste Italiane; (ii) le condotte adottate da Poste Italiane concretizzatesi nell'inserimento almeno a partire dagli AQ2012/2013 sottoscritti da Soluzioni, stante la sua posizione di dipendenza economica, di un insieme di condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose; (iii) la rilevanza per la concorrenza e il mercato delle condotte di abuso di dipendenza economica.

V.II La posizione di dipendenza economica di Soluzioni nei confronti di Poste Italiane

242. Come sopra rappresentato, l'articolo 9 definisce la situazione di dipendenza economica come “la situazione in cui una impresa sia in grado di determinare, nei rapporti commerciali con un'altra impresa, un eccessivo squilibrio di diritti e di obblighi”. La norma precisa che la dipendenza economica “è valutata tenendo conto anche della reale possibilità per la parte che abbia subito l'abuso di reperire sul mercato alternative soddisfacenti”.

²⁵¹ Cfr. Tar Lazio, I, 16 marzo 2020, nn. 3261 e 3264 e Tar Lazio, I, 18 maggio 2020, nn. 5261, 5272.

²⁵² Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 11 luglio 2019, n. 4874.

²⁵³ Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 11 luglio 2019, n. 4874 e Tar Lazio, I, 18 maggio 2020, nn. 5264, 5266, 5267, 5274.

243. Sulla base di quanto riportato nella parte in fatto, diversi elementi concorrono nell'indicare con chiarezza l'esistenza di una posizione di dipendenza economica di Soluzioni nei confronti di Poste Italiane, perdurante dai primi contratti del 1999 - 2001 sino alla definitiva interruzione della relazione negoziale, avvenuta nel giugno 2017.

1. Durata del rapporto contrattuale

244. A tale proposito rileva innanzitutto la notevole durata dei rapporti contrattuali tra Soluzioni e Poste Italiane²⁵⁴.

245. I primi contratti tra Poste Italiane e Soluzioni risalgono al 1999, *i.e.* gli accordi di *partnership* relativi al periodo 1999 – 2007; ad essi sono seguiti quelli del 2007, relativi al periodo 2007 - 2012, e del 2012/2013, relativi al periodo 2012 – 2017.

246. La durata del rapporto contrattuale è stata pari a circa 18 anni, dal 1999 a metà del 2017, senza alcuna soluzione di continuità, in virtù di contratti di durata sottoscritti dalle Parti e poi sempre prorogati da Poste Italiane con riferimento a tutti gli intervalli intercorrenti tra la scadenza formalmente prevista del contratto precedente e la sottoscrizione del nuovo, pertanto vigenti oltre i termini originariamente previsti.

247. Peraltro, Soluzioni è l'impresa, tra quelle che hanno svolto attività di recapito per conto di Poste Italiane almeno dal 2012, ad avere avuto il rapporto contrattuale di più lunga durata (*v. supra* § 144).

248. Conseguentemente, non solo non è condivisibile l'argomentazione di Poste Italiane circa la mancanza di unitarietà della vicenda giuridica nel periodo 1999-2017, ma il fatto che le proroghe erano decise unilateralmente da Poste Italiane e sovente *ex post*, è ulteriore elemento a supporto della considerevole asimmetria negoziale sussistente tra Soluzioni e Poste Italiane (*v. infra* § 249).

2. Asimmetria negoziale

249. Senz'altro degna di nota è poi la rilevante asimmetria tra le due Parti del rapporto contrattuale. Poste Italiane è l'operatore *incumbent* nel settore dei servizi postali in Italia, *ex monopolista* legale e tuttora fornitore unico del Servizio Universale, con un fatturato complessivo nel 2020 pari a circa 10,5 miliardi di euro, di cui circa 3,2 miliardi di euro relativi al settore dei servizi postali²⁵⁵. Nel 2017, ultimo anno di attività di Soluzioni, il fatturato complessivo di Poste Italiane nei servizi di recapito della corrispondenza era pari a circa [2-3] miliardi di euro.

250. Soluzioni invece ha sempre operato in ambito locale, svolgendo preminentemente attività di recapito della corrispondenza e servizi ausiliari per conto di Poste Italiane nella città di Napoli.

251. Nel periodo in cui ha avuto rapporti contrattuali con Poste Italiane, Soluzioni ha realizzato in media un fatturato di circa 3,5 milioni di euro e solo per un paio d'anni ha superato, di poco, i 5 milioni di euro²⁵⁶. Si tratta di un fatturato più alto di quello tipicamente generato dalla maggior parte dei recapitisti, in particolare *ex concessionari* - come si evince sia dall'esame del mercato di riferimento a Napoli (*v. supra* §§ 32 e ss.) sia dal valore dei lotti aggiudicati a Soluzioni (*v. supra* § 144 e *infra* Riquadro A.2) - ma di un ordine di grandezza notevolmente inferiore rispetto a quello di

²⁵⁴ Cfr. Tribunale di Roma, sez. X, 24 gennaio 2017, n. 1239, che include tra i fattori di dipendenza soggettiva la durata dei rapporti intrattenuti dall'impresa dipendente con la controparte dominante. In tal senso, cfr. anche Tribunale di Bassano del Grappa, 2 maggio 2013.

²⁵⁵ Bilancio consolidato 2020 cit.

²⁵⁶ Dati di bilancio Soluzioni. Cfr. doc. 77.

Poste Italiane, anche limitatamente ai servizi postali facenti solo riferimento alla corrispondenza. Quest'ultima, come risulta dall'analisi del mercato di riferimento, ha una posizione negoziale unica, data la sua presenza come primo operatore nel settore postale, sia in Italia sia nel mercato di riferimento, e, al contempo, come committente di rilievo incomparabile per Soluzioni.

252. Inoltre, l'adempimento degli obblighi contrattuali da parte di Soluzioni si è basato su un complesso e articolato insieme di eterogenea documentazione, di cui i contratti erano solo una parte e non sempre chiara nei contenuti, che definiva tra l'altro quantitativi, dettagliate modalità di esecuzione, sistemi di controllo, predisposti unilateralmente e modificabili a discrezione del committente²⁵⁷.

3. Sostanziale mono-committenza

253. Va poi considerato che Soluzioni, ininterrottamente per l'intera durata del rapporto contrattuale con Poste Italiane, ha operato in una situazione di sostanziale mono-committenza nei confronti della stessa Poste Italiane. Come è emerso nel corso del procedimento, in tutto il periodo esaminato in media il [90-95%] del fatturato di Soluzioni è derivato dallo svolgimento di servizi per conto di Poste Italiane (v. *supra* § 168)²⁵⁸.

254. Gli introiti di Soluzioni ulteriori rispetto a quelli provenienti dai contratti con Poste Italiane sono stati, infatti, in tutto l'intervallo temporale considerato, solo una quota marginale del fatturato; negli anni in cui Soluzioni ha avuto introiti da attività diverse rispetto a quelle operate per Poste Italiane, essi hanno inciso in modo trascurabile sul fatturato totale di Soluzioni, molto spesso non oltre il 5% circa, con rare eccezioni, in particolare nel 2004-2005 e 2013-2014, quando i servizi per conto di Poste Italiane hanno comunque costituito all'incirca almeno [75-80%] del fatturato di Soluzioni. Per vero, la temporanea e comunque contenuta riduzione degli introiti provenienti da Poste Italiane nel biennio 2013-2014 appare frutto del tentativo di Soluzioni di ricercare un diverso modello di *business*, come reazione all'intervenuto peggioramento complessivo delle condizioni contrattuali disciplinanti la relazione con Poste Italiane (v. *supra* §§ 169 e ss.; § 222).

255. L'argomentazione di Poste Italiane per cui Soluzioni avrebbe operato anche per conto di soggetti terzi, come si desumerebbe ad esempio dalla partecipazione di Soluzioni a due gare per la fornitura del servizio di recapito (di cui una, con IACP Napoli, aggiudicata), non fa che confermare la situazione di sostanziale mono-committenza di Soluzioni verso Poste Italiane, se, nei 18 anni di attività con Poste Italiane, la società è riuscita ad aggiudicarsi una gara con un cliente locale, per importi conseguentemente molto contenuti.

256. Si deve peraltro evidenziare che il fatto che Poste Italiane abbia svolto un ruolo di sostanziale unico committente nei confronti di Soluzioni, nel corso degli anni, è diretta conseguenza della

²⁵⁷ In aggiunta all'unilateralità della predisposizione del regolamento contrattuale, costituiscono indice di dipendenza economica anche la vastità, la complessità e la frammentarietà dei documenti contrattuali: così, il Tribunale di Torino, sez. spec. impresa, 6 giugno 2017, n. 2952 (nel caso di specie, il regolamento contrattuale consisteva in una serie di condizioni generali di contratto unilateralmente predisposte, alle quali facevano da complemento innumerevoli schede tecniche, specifiche di esecuzione, successive modifiche unilaterali di aggiornamento, non suscettibili di negoziazione).

²⁵⁸ Cfr., *ex multis*, Tribunale di Torino, sez. spec. impresa, 6 giugno 2017, n. 2952, il quale afferma che l'incidenza prevalente delle commesse di un'impresa sul fatturato di un'altra costituisce un indice sintomatico dello *status* di dipendenza economica di quest'ultima nei confronti della prima. In tal senso, anche Tribunale di Lecce, sez. I, 12 settembre 2018, n. 2964, Tribunale di Roma, sez. X, 24 gennaio 2017, n. 1239, e Tribunale di Bassano del Grappa, 2 maggio 2013, evidenziano, tra i fattori di dipendenza economica, l'elevata percentuale degli utili derivanti dal rapporto con l'impresa committente rispetto al volume totale degli affari della fornitrice.

presenza, nei contratti in esame, di clausole che hanno avuto l'effetto di inibire e ostacolare la possibilità per Soluzioni di emanciparsi e dedicarsi ad altre relazioni contrattuali.

4. Integrazione del compendio aziendale

257. Rileva poi, quale chiaro indice della dipendenza economica, la sostanziale integrazione realizzatasi e mantenuta nel tempo, tra l'attività e il compendio aziendale di Soluzioni con quello di Poste Italiane, come conseguenza di specifiche e unilaterali richieste di Poste Italiane, di cui vi è ampia evidenza nella documentazione contrattuale.

258. Infatti, per soddisfare gli obblighi derivanti dal rapporto contrattuale con Poste Italiane, per tutta la durata del rapporto negoziale Soluzioni ha compiuto investimenti in beni materiali (come mezzi di trasporto e capannoni), e ha utilizzato personale (quasi tutto a tempo indeterminato), disegnati sul processo produttivo proprio di Poste Italiane e ad esso dedicati, quasi agendo a guisa di "unità operativa" del committente senza alcuna autonomia sostanziale nella gestione dei processi produttivi e dei costi di produzione.

259. A riprova dell'integrazione raggiunta dal compendio aziendale di Soluzioni con quello di Poste Italiane depone anche la circostanza che quest'ultima abbia attribuito a Soluzioni (*i.e.* alle proprie sedi) anche uno specifico codice identificativo all'interno della propria organizzazione logistica, considerandolo nei fatti come uno dei propri uffici postali. In altri termini, *asset* e personale di Soluzioni dovevano adeguarsi esclusivamente alle richieste di Poste Italiane su quantitativi, tipologia e *mix* di prodotti da fornire e relative modalità di fornitura²⁵⁹.

260. Tali richieste, peraltro, non erano note né chiaramente identificate al momento della sottoscrizione dei contratti, bensì comunicate in momenti successivi con un *modus operandi* che ingenerava continua incertezza; l'inserimento negli AQ2007, per effetto degli impegni relativi al procedimento A388, di una clausola come la previsione di Buoni di Consegna annuali aveva proprio il fine di introdurre uno strumento necessario alla pianificazione delle attività per il fornitore Soluzioni. Nel momento in cui la periodicità dei Buoni di Consegna dal 2012, si riduce al semestre, si rafforza ulteriormente il contesto d'incertezza per Soluzioni.

261. Peraltro, esemplare di tale contesto di incertezza era la previsione, contenuta nell'AQ2007 e reiterata negli AQ2012/2013, per cui la stessa remunerazione era suscettibile di modifiche, in senso migliorativo solo per Poste Italiane e solo a richiesta di Poste Italiane.

262. Come emerso con riguardo almeno al 2008-2009, non vi era chiara corrispondenza, neanche a posteriori, tra quanto previsto nei Buoni di Consegna e le prestazioni svolte effettivamente da Soluzioni (v. *supra* § 86); Soluzioni ha rappresentato anche che Poste Italiane non forniva se non a consuntivo le indicazioni specifiche da inserire nei Buoni di Consegna (v. *supra* § 86).

5. Investimenti specifici necessari per la fornitura

263. Dall'istruttoria è emerso poi come la ripartizione dei costi tra le due controparti contrattuali abbia avuto caratteristiche tali da richiedere a Soluzioni, per fornire i servizi di recapito a Poste

²⁵⁹ Cfr. Tribunale di Torino, sez. spec. impresa, 6 giugno 2017, n. 2952, ravvisa un indice della dipendenza economica nell'importanza e nella specificità degli investimenti effettuati e nella dedizione preminente degli impianti e della capacità produttiva dell'impresa "debole" alle esigenze produttive della committente (a tal riguardo, il Tribunale di Torino, sez. IX, 11 marzo 2010, ha qualificato come "specifici" gli investimenti mirati all'allestimento di un'organizzazione produttiva che risponda alle peculiari esigenze del committente e soddisfi pienamente i criteri da questo fissati). In questa prospettiva, si sottolinea sintomaticità del ricorso a "*metodologie organizzative che intensificano il grado di coordinazione e asservimento produttivo dei fornitori*".

Italiane, di effettuare investimenti rilevanti e *ad hoc*. Infatti, gli investimenti più costosi e che richiedevano ammortamenti/immobilizzazioni di più lunga durata o notevoli esborsi economici, quali l'acquisizione del personale²⁶⁰ e dei mezzi di trasporto nonché la locazione di un capannone, sono stati continuativamente effettuati da Soluzioni che, peraltro, non poteva distogliere alcun fattore produttivo dall'attività dedicata a Poste Italiane, ben potendo quest'ultima richiedere, in qualsiasi momento, variazioni nelle forniture, in termini di importi affidati, quantità, tipo e *mix* di prodotti. Solo per fare un esempio, infatti, a partire dagli AQ2012/2013, per garantire il recapito anche dei nuovi prodotti inseriti nell'oggetto del contratto, peraltro appena usciti dalla riserva legale, a cui corrispondevano maggiori volumi, Soluzioni ha dovuto sopportare costi per la suddetta locazione di un capannone, ovvero di un immobile necessario proprio a soddisfare tale esigenza di Poste Italiane (v. *supra* § 148).

264. Inoltre, proprio sulla base di quanto previsto nei contratti per garantire a Poste Italiane un'inopinata flessibilità nella fornitura, in modo peraltro sempre più stringente nel tempo, così da rendere quest'ultima, sotto ogni aspetto, prontamente adesiva alle richieste di Poste Italiane, i suddetti fattori produttivi, contrariamente a quanto affermato da Poste Italiane, non avrebbero potuto essere impiegati da Soluzioni per lo svolgimento di analoghe attività nei confronti di altri committenti, non solo durante il rapporto contrattuale, ma anche al termine del rapporto contrattuale con Poste Italiane in virtù di questa sostanziale integrazione del compendio aziendale di Soluzioni con quello di Poste Italiane.

265. Per altro verso, Poste Italiane ha invece sempre fornito a Soluzioni solo beni di valore modesto, come parte del materiale di consumo e apparecchiature *hardware/software*, come si evince, oltre che dai documenti contrattuali, anche dal verbale di consegna del 2017, in cui Soluzioni restituisce a Poste Italiane *computer*, palmari e telefoni ricevuti in comodato d'uso (v. *supra* §§ 116 e 154).

266. A tale proposito, va considerato che, tra i beni forniti da Poste Italiane a Soluzioni, era obbligatorio per Soluzioni utilizzare i prodotti *hardware/software* forniti in dotazione da Poste Italiane per lo svolgimento dei servizi di recapito, beni che Soluzioni, per vincolo contrattuale, poteva utilizzare soltanto per la fornitura dei servizi a Poste Italiane. Ciò, in un contesto in cui Poste Italiane si riservava, senza preavviso né motivazione alcuna, di ritirare tali prodotti (come i palmari), restando comunque obbligata Soluzioni a proseguire il servizio nei medesimi termini contrattuali. A ben vedere, si tratta di prodotti caratterizzati da alto contenuto tecnologico, che, se fossero stati nella piena disponibilità di Soluzioni, avrebbero consentito alla stessa di apportare al proprio compendio aziendale innovazioni di processo in grado di migliorare la produttività, così da renderla un operatore più competitivo.

267. Pertanto, da un lato Soluzioni ha effettuato rilevanti e specifici investimenti necessari a garantire il soddisfacimento degli obblighi contrattuali, peraltro in un contesto di costante incertezza e indeterminatezza, dall'altro non ha invece potuto effettuare investimenti in *hardware/software* proprietari, né ha potuto introdurre alcuna miglioria al processo produttivo. Una volta interrotto il rapporto contrattuale con Poste Italiane, Soluzioni si è così trovata deprivata anche della capacità di competere proprio nella parte dell'organizzazione del servizio che richiede *know how* specifico e maggiore innovazione.

²⁶⁰ Il personale ha rappresentato più della metà dei costi operativi di Soluzioni.

268. Tutto ciò premesso, appare dunque priva di fondamento l'eccezione sollevata da Poste Italiane secondo cui Soluzioni non avrebbe compiuto alcun investimento idiosincratico, avendo Poste Italiane fornito a Soluzioni i beni necessari per la propria attività.

6. Identificazione con l'immagine commerciale

269. Sussisteva, inoltre, un sostanziale grado di identificazione dell'impresa dipendente con l'immagine commerciale di Poste Italiane. Ciò si evince, in particolare, dall'imposizione a Soluzioni da parte di Poste Italiane di un utilizzo continuativo di contrassegni con la dicitura "*per conto di Poste Italiane*", di un abbigliamento obbligatorio, identificativo dei dipendenti di Soluzioni e fornito dalla stessa Poste Italiane, di colore giallo; accompagnati, per un lungo periodo, anche dall'apposizione di una livrea recante la dicitura "*Poste Italiane*" sui mezzi di trasporto, che negli anni dovevano comunque essere di colore bianco (v. *supra*, in particolare, §§ 66, 88, 116)²⁶¹.

270. Non è dunque pertinente l'argomentazione di parte per cui a Soluzioni sarebbe stato vietato l'uso del logo aziendale di Poste Italiane, essendo la prima comunque obbligata a fare uso di precisi segni distintivi di natura tale da evocare inequivocabilmente il logo aziendale di Poste Italiane.

271. Né può trascurarsi che una parte dell'attività veniva addirittura svolta presso i locali di Poste Italiane, come si desume, ad esempio, dalle indicazioni circostanziate sull'identificativo che i dipendenti di Soluzioni dovevano indossare quando presenti nelle sedi di Poste Italiane (v. *supra* §§ 66, 88, 116 e ss.).

272. A ulteriore riprova del fatto che l'intera organizzazione aziendale di Soluzioni dipendeva interamente da Poste Italiane c'è la circostanza che compiti, modalità, funzioni, processi e microtempi di lavorazione fossero stabiliti da Poste Italiane all'interno di una vasta ed eterogenea documentazione, di cui i contratti erano solo una parte, peraltro non sempre chiara nei contenuti.

273. Tali elementi erano definiti in modo estremamente dettagliato e tale da non lasciare al fornitore spazi per miglioramenti o innovazioni di processo, al punto da far dubitare che un simile livello di dettaglio fosse necessario alla soddisfazione degli *standard* qualitativi di Poste Italiane e alla garanzia della continuità nell'erogazione del servizio. In questo senso, i contenuti del rapporto negoziale tra Soluzioni e Poste Italiane sono stati tali da determinare anche un sostanziale e non strettamente necessario irrigidimento dell'organizzazione aziendale²⁶².

274. Tutto ciò in un contesto in cui per ogni deviazione o modifica, seppur minima e non necessariamente imputabile a Soluzioni, era stabilito un articolato sistema di penali, peraltro non sempre di immediata comprensione e intellegibilità, come si evince ad esempio dalle richieste di chiarimenti formulate a riguardo in occasione dei quesiti sulla documentazione di gara del 2012 (v. *supra* §§ 124 e ss.).

²⁶¹ Cfr. Tribunale di Roma, sez. X, 24 gennaio 2017, n. 1239, che tra i fattori di dipendenza economica ricomprende il grado di identificazione dell'impresa dipendente con l'immagine commerciale del fornitore.

²⁶² Cfr. Tribunale di Bassano del Grappa, 2 maggio 2013, secondo cui l'assenza di discrezionalità nell'esecuzione delle commesse costituisce un indice sintomatico della dipendenza economica di un'impresa nei confronti di un'altra; la sentenza analizza le condizioni del rapporto commerciale tra le parti e ravvisa indici segnaletici della dipendenza della subfornitrice nell'obbligo di quest'ultima di "*svolgere le prestazioni, nei minimi dettagli, secondo le determinazioni*" della committente e senza "*margini di contrattazione sui prezzi delle prestazioni oggetto delle commesse*". In particolare, come sottolinea Tribunale di Torino, sez. spec. impresa, 6 giugno 2017, n. 2952, l'applicazione della legge n. 192/1998 presuppone che la prestazione sia conforme alle "*specifiche tecniche*" del committente, da intendersi come l'esistenza di "*un flusso di indicazioni ed istruzioni progettuali e tecniche dal committente al subfornitore*".

7. Fasi della liberalizzazione e clausole contrattuali

275. Stante la presenza di numerosi indici di dipendenza economica di Soluzioni nei confronti di Poste Italiane, è d'uopo esaminare il contenuto delle varie edizioni dei contratti sottoscritti da Soluzioni anche con riferimento alle varie fasi del processo di liberalizzazione, a partire dal suo avvio (1999).

276. I contratti del periodo 1999-2007 - sottoscritti al momento dell'avvio del processo di liberalizzazione, quando operatori nuovi entranti nel mercato italiano avevano interesse a contrattualizzare o acquisire direttamente agenzie di recapito come Soluzioni - prevedevano un diritto di prelazione e inizialmente un'esclusiva territoriale a favore di Poste Italiane, riconoscendo altresì a Poste Italiane il diritto unilaterale di recesso anche in caso di ogni variazione concernente le vicende della società che non fosse approvata dallo stesso committente (v. *supra* § 65).

277. A tal proposito, appare priva di pregio anche l'affermazione di Poste Italiane per cui Soluzioni avrebbe ricevuto negli anni diverse proposte di *partnership* da numerosi concorrenti di Poste Italiane, tra cui Nexive, in quanto se pure sembra che Nexive (allora TNT Post Italia S.p.A.) avrebbe formulato un'offerta per l'acquisizione di Soluzioni, tale offerta risale al momento dell'avvio del processo di liberalizzazione nel 1999, non risulta reiterata successivamente, né risultano proposte di tenore analogo da parte di altri operatori. Per quanto concerne, poi, il mercato di riferimento, nel caso in esame, a Napoli, Nexive si è avvalsa in modo continuativo della collaborazione di un operatore diverso da Soluzioni. Peraltro, Soluzioni avrebbe dovuto essere in condizioni di operare in modo efficace in tale mercato scegliendo la modalità organizzativa per essa più confacente, anche rimanendo un operatore autonomo.

278. Nel 2007, periodo in cui si andava verso una nuova fase del processo, con aumentati rischi di pressione concorrenziale nei confronti dell'incumbent, il contratto sottoscritto da Soluzioni per oltre un anno (dalla sottoscrizione fino all'“Atto integrativo inviato da Poste Italiane”) conteneva addirittura un divieto di concorrenza la cui mancata ottemperanza veniva sanzionata con la risoluzione unilaterale del contratto stesso a favore di Poste Italiane. Tale divieto è poi venuto meno solo per effetto degli specifici impegni assunti da Poste Italiane nell'ambito del procedimento istruttorio dell'Autorità A388.

279. Nel 2012, periodo che si inseriva già nell'ambito del successivo *step* raggiunto dal processo di liberalizzazione al momento di sottoscrivere nuovi contratti, Poste Italiane ha inserito il divieto di trasporto e consegna congiunti di cui al citato articolo 12, che di fatto impediva di trarre profitti dalla fornitura di servizi ulteriori a quelli prestati per l'operatore Poste Italiane e, ampliato l'oggetto della fornitura con i servizi appena usciti dalla riserva legale, come dal predetto articolo 1, con ciò riducendo ulteriormente i margini di autonomia del fornitore Soluzioni, che avrebbe potuto prestare direttamente o con operatori/*network* concorrenti a Poste Italiane, i servizi liberalizzati in questa fase.

280. Inoltre, i contratti che hanno disciplinato le relazioni negoziali tra Soluzioni e Poste Italiane avevano anche clausole, sempre più stringenti da un contratto al successivo, che imponevano di fatto al fornitore di tenere il complesso di *asset* e fattori produttivi aziendali a disposizione di Poste Italiane (v. *supra*, in particolare, §§ 65, 81 e ss., § 105 e ss.).

281. Di rilievo è poi il fatto che i contratti del primo periodo, sottoscritti e validi proprio nel momento in cui si affacciavano nei mercati italiani dei servizi postali operatori nuovi entranti a cui Soluzioni avrebbe potuto rivolgersi, avessero condizioni particolarmente convenienti per il

fornitore, che, come già rilevato, sono poi progressivamente peggiorate addirittura fino alla definitiva cristallizzazione, nei contratti del 2012, di un complesso di clausole ingiustificatamente gravose (v. *supra* §§ 96 e ss.; § 155 e ss.).

282. Tutto ciò concorre a far ritenere che il contenuto dei contratti tra Soluzioni e Poste Italiane sia stato influenzato da motivazioni dell'operatore in posizione negoziale preminente, Poste Italiane, diverse ed ulteriori rispetto a quelle relative al soddisfacimento di necessità dell'impresa, sia di tipo economico sia di tipo industriale e tecnico nonché all'esigenza di garantire un corretto sinallagma nell'ambito del rapporto contrattuale.

8. Assenza di alternative soddisfacenti

283. Come illustrato nei paragrafi precedenti, la natura della relazione negoziale tra Soluzioni e Poste Italiane, per l'insieme delle motivazioni sopra elencate, non ha consentito - peraltro in modo sempre più stringente - al fornitore alcuna discrezionalità, né nell'an né nel *quantum*, nell'esecuzione delle commesse, al di là di quanto necessario a soddisfare le legittime esigenze commerciali del committente.

284. È palese, poi, nel caso di specie, la concreta impossibilità per Soluzioni di reperire sul mercato alternative soddisfacenti. Tale mancanza di alternative deriva sia da condizioni oggettive sia da circostanze soggettive in cui si è trovata Soluzioni durante e al termine del rapporto con Poste Italiane, proprio in ragione della strettissima - seppur non indispensabile a garantire risultati ottimali - integrazione del proprio compendio aziendale con quello di Poste Italiane²⁶³.

285. Quanto alle condizioni oggettive, è sufficiente rilevare che il mercato in cui ha da sempre operato Soluzioni ha una struttura tale per cui gli operatori alternativi a Poste Italiane, con cui Soluzioni avrebbe potuto instaurare rapporti contrattuali, individualmente hanno dimensioni assolutamente incomparabili a quelle dell'incumbent e potevano rappresentare un'alternativa effettiva per Soluzioni - operatore di dimensioni più ampie rispetto alla generalità degli operatori presenti a Napoli - nella misura in cui la società fosse stata in grado di diversificare massicciamente la propria committenza, cosa che, come emerso nel corso del procedimento, non è stata possibile proprio per effetto della stretta integrazione del compendio aziendale di Soluzioni con quello di Poste Italiane, poi aggravata dai comportamenti di Poste Italiane.

²⁶³ Cfr. Tribunale di Torino, sez. spec. impresa, 6 giugno 2017, n. 2952, che, a proposito dell'"assenza di reali e soddisfacenti alternative sul mercato", specifica che "la reale possibilità di reperire alternative soddisfacenti corrisponde alla possibilità dell'impresa dipendente di riconvertirsi (o riorganizzarsi) in tempi adeguati, a tal fine dovendosi tener conto della effettiva situazione di mercato". In particolare, osserva che l'articolo 9 della legge 192/1998 fa riferimento ad alternative "soddisfacenti", ossia tali da permettere all'impresa dominata di rimanere competitiva sul mercato, mantenendo una posizione equivalente a quella posseduta o, comunque, non significativamente deteriore. La Corte Cass. civ., sez. I, 21 gennaio 2020, n. 1184, sottolinea che "nell'applicazione della norma è pertanto necessario: quanto alla sussistenza della situazione di 'dipendenza economica', indagare se lo squilibrio dei diritti e degli obblighi delle parti sia 'eccessivo', essendo il contraente che lo subisce privo di reali alternative economiche sul mercato (p. es., perché impossibilitato a differenziare agevolmente la propria attività o per avere adeguato l'organizzazione e gli investimenti in vista di quel rapporto)". In tal senso, v. anche il Tribunale di Ascoli Piceno, 21 gennaio 2019, n. 27 e il Tribunale di Lecce sez. I, 12 settembre 2018, n. 2964, laddove affermano che "parlare di dipendenza economica, infatti, non può che implicare anche l'assenza di reali alternative per la fornitrice, costretta non solo a subire le condizioni contrattuali inique, ma anche ad operare con il cliente forte, in mancanza di altri". A tal riguardo, il Tribunale di Roma, sez. X, 24 gennaio 2017, n. 1239, precisa che "il criterio della mancanza di alternative richiede un accertamento, che si può idealmente suddividere in due fasi: una prima fase tesa a verificare se sul mercato sussistano alternative oggettive, a prescindere dalla condizione individuale dell'impresa dipendente (dipendenza c.d. oggettiva); la seconda fase volta a stabilire se le alternative in astratto disponibili siano anche reali e soddisfacenti, cioè ragionevoli dal punto di vista dell'impresa dipendente (dipendenza c.d. soggettiva)".

286. In ogni caso, al netto delle caratteristiche strutturali del mercato, assumono particolare rilievo le circostanze soggettive in cui la società Soluzioni si è trovata nel periodo della relazione negoziale con Poste Italiane. Come sopra già rilevato, infatti, nel corso del tempo Soluzioni, dovendosi strutturare per rispondere alle esigenze specifiche del cliente Poste Italiane e finendo in sostanza per integrarsi pienamente con il processo produttivo di quest'ultima, peraltro in modo non ottimale visti i condizionamenti che ne hanno irrigidito l'organizzazione, non ha nemmeno potuto coltivare rapporti continuativi e di entità significativa con altri clienti.

287. D'altro canto, la società faceva affidamento sulla continuità dei duraturi rapporti contrattuali. Peraltro tali rapporti sono venuti meno a seguito della mancata aggiudicazione, da parte di Soluzioni, della gara del 2016, prima gara di Poste Italiane in cui era previsto un unico lotto (a fronte della suddivisione in lotti prevista nelle gare precedenti per il medesimo ambito territoriale), circostanza che ha quantomeno inciso sulle possibilità per Soluzioni di aggiudicarsi la procedura (seppure per volumi minori).

288. Con tali presupposti, i costi di commutazione e i costi di transazione necessari a riappropriarsi di un'identità commerciale propria, a riorganizzare il proprio compendio aziendale in funzione di clienti alternativi e a ricercare tali clienti, anche aderendo a un *network*, sarebbero stati non facilmente sostenibili. Tant'è che dopo l'interruzione dei rapporti contrattuali con Poste Italiane la società non ha realizzato più alcun fatturato, ha messo in mobilità tutto il personale dipendente e ha avviato la procedura per la liquidazione.

289. In sostanza, le circostanze del caso concreto, tra cui la difficoltà a reperire una domanda alternativa, la stretta integrazione del compendio aziendale di Soluzioni con quello di Poste Italiane, hanno nei fatti ostacolato significativi ampliamenti del portafoglio clienti di Soluzioni e non hanno reso possibile, di fatto, il ricorso a un'alternativa soddisfacente, né durante il periodo della relazione negoziale né, *a fortiori*, dopo l'interruzione dei rapporti contrattuali avvenuta nel 2017. In tale situazione si è inserita l'introduzione da parte di Poste Italiane di clausole ingiustificatamente gravose (v. anche *infra* § 293).

290. Dopo l'interruzione dei rapporti contrattuali con Poste Italiane, Soluzioni ha prima intrapreso una procedura di liquidazione e poi ha modificato l'oggetto sociale, nel tentativo di avviare una diversa attività, in particolare nel settore immobiliare. Tale tentativo, peraltro, non ha potuto concretizzarsi per effetto dell'insorgere dell'emergenza sanitaria, ancora in atto, che ha avuto anche importanti ripercussioni sul sistema economico (v. *supra* §§ 177 e ss.).

291. Inoltre, sempre nel periodo successivo al venir meno dei rapporti contrattuali con Poste Italiane, Soluzioni ha sopportato i costi per la messa in mobilità di tutto il proprio personale dipendente, non ha più realizzato fatturato e ha avuto margini negativi (v. *supra*, in particolare, §§ 175 e ss.).

292. Il complesso degli elementi sopra evidenziati ha in definitiva avuto l'effetto di "imbrigliare" una delle due parti del rapporto negoziale, Soluzioni, ponendola in posizione di dipendenza economica ed esponendola al rischio di comportamenti opportunistici da parte del contraente forte, Poste Italiane.

V.III Le condotte di Poste Italiane

293. Le condotte adottate da Poste Italiane integrano un abuso di dipendenza economica consistente nell'imposizione di condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose, soprattutto con

particolare riguardo ad un definito complesso di clausole contenute negli AQ2012/2013 dal contenuto illecito, essendo preordinate al conseguimento di finalità differenti e ulteriori rispetto a quanto consentito dalla sola iniziativa imprenditoriale e prive di razionalità economica. Come si vedrà meglio nel prosieguo, ci si riferisce alla combinazione degli artt. 12 (e 17), 3, 2 e 1 degli AQ2012/2013. Tali clausole sono state attuate da Poste Italiane con continuità durante tutto il periodo della relazione negoziale con Soluzioni sino alla data del 30 giugno 2017, ultimo mese e anno in cui Soluzioni ha operato come fornitore di Poste Italiane, prima di interrompere l'attività di recapitista svolta sino ad allora.

294. Si tratta in particolare dell'inserimento, negli AQ2012/2013, di un divieto di trasporto e consegna congiunti di prodotti di Poste Italiane e di terzi (art. 12), la cui eventuale inosservanza era sanzionata dal recesso unilaterale e senza condizioni da parte di Poste Italiane (art. 17), misura particolarmente severa, considerata peraltro la duratura posizione di dipendenza economica del fornitore Soluzioni nei confronti di Poste Italiane.

295. Tale divieto di trasporto e consegna congiunti, oltre a contribuire a determinare nel concreto il permanere dello stato di mono-committenza, parte integrante della posizione di dipendenza economica di Soluzioni nei confronti di Poste Italiane, concorre a configurare una condotta abusiva, avendo fortemente ostacolato la possibilità di Soluzioni di operare anche per conto di soggetti diversi da Poste Italiane, sia concorrenti diretti di quest'ultima sia committenti di altra natura, in particolare in ambito locale.

296. Infatti, Soluzioni, stante anche la prevalenza di costi fissi nella propria attività, per operare anche con soggetti diversi da Poste Italiane avrebbe dovuto sopportare una sostanziale duplicazione dei costi operativi legati ai servizi di recapito oppure svolgere l'attività solo al di fuori dell'orario di lavoro giornaliero, dedicato a Poste Italiane, considerati anche i sostanziali vincoli all'organizzazione delle attività gravanti su Soluzioni in ragione delle previsioni contrattuali sulla variabilità delle forniture.

297. Né si rinvergono esternalità di rete o altre motivazioni di efficienza o normative-regolamentari idonee a giustificare un tale divieto, come emerso nel corso del procedimento dall'analisi delle caratteristiche dei servizi nonché dall'esperienza degli operatori che svolgono attività di recapito (v. *supra* §§ 124 e ss.; § 165 e ss.). Anzi, a ben vedere, trattandosi di attività con una forte predominanza di costi fissi, l'aumento delle quantità da fornire a seguito della presenza di più committenti avrebbe anche potuto generare vantaggi in termini di efficienza e dunque una riduzione dei costi, di cui anche i committenti di Soluzioni avrebbero potuto beneficiare, inclusa Poste Italiane.

298. A riprova della circostanza che il divieto di trasporto e consegna congiunti veniva considerato dagli stessi operatori di fatto equivalente a un divieto di concorrenza, si rappresenta come proprio in occasione della gara del 2012 questi avessero paventato come la nuova clausola costituisse una sostanziale riproposizione del divieto di concorrenza che Poste Italiane si era impegnata a rimuovere dagli AQ2007, nell'ambito del procedimento A388. Clausola che, a quanto risulta, era rimasta comunque presente, negli AQ2007, nel periodo compreso tra la sottoscrizione degli AQ2007 e l'invio a Soluzioni da parte di Poste Italiane - nell'ottobre 2008 - dell'Atto integrativo che precisava l'assenza del divieto di concorrenza, come previsto dagli impegni del procedimento A388.

299. Peraltro, l'efficacia del divieto di cui all'articolo 12 citato si è estesa per un periodo superiore alla durata iniziale prevista per gli AQ2012/2013, a causa delle proroghe contrattuali. Inoltre, esso

ha riguardato qualsiasi tipologia di servizio postale, con conseguente restrizione dalla libertà di iniziativa economica di Soluzioni ben al di là di ciò che potesse risultare eventualmente necessario a garantire un equilibrio sinallagmatico nell'ambito del rapporto contrattuale tra Soluzioni e Poste Italiane.

300. Sul punto, sono prive di pregio le argomentazioni della Parte che, anche contraddicendosi parzialmente, prima riconosce l'esistenza di un divieto di trasporto e consegna congiunti per i prodotti postali, riconducendolo a generiche necessità di mantenimento di *standard* qualitativi elevati, poi ritiene che il divieto in questione vada interpretato nel senso di divieto di trasporto di beni di altra natura insieme ai prodotti postali. Così anche risulta priva di pregio la successiva precisazione effettuata da Poste Italiane per cui in realtà Soluzioni poteva operare con terzi nelle aree non oggetto di affidamento da parte di Poste Italiane e dopo aver svolto l'attività di consegna della corrispondenza per conto di Poste Italiane e che tale divieto di trasporto e consegna congiunti soddisfaceva esigenze organizzative e operative di Poste Italiane e quelle relative al rispetto degli obiettivi in termini di qualità del servizio e della connessa regolazione di settore, anche nell'interesse dell'utenza.

301. Appare infatti inequivocabile il riferimento che la previsione contrattuale opera nei confronti dei prodotti postali. In ogni caso, non sono emerse ragioni di efficienza o anche di natura qualitativa ovvero ancora derivanti dalla regolazione di settore tali da giustificare una siffatta imposizione. A tale ultimo riguardo, preme infatti precisare che la regolazione di settore è solo tesa a consentire la chiara identificazione dell'operatore postale responsabile dell'attività di recapito e dei relativi eventuali disservizi, con particolare riguardo agli invii di posta raccomandata. Infatti, giova ricordare quanto emerso nel procedimento, per cui anche l'Associazione Assopostale, in rappresentanza degli operatori postali privati, ha chiaramente rilevato che: *“Non sussistono esigenze operative e vincoli normativi di alcun genere che impediscano ai recapitisti di effettuare il trasporto e la consegna congiunto per più committenti”*, *“È solo necessario che il destinatario possa riconoscere, dalla busta recapitata, l'operatore postale incaricato dal mittente della consegna. [...] Pertanto, le dotazioni per il trasporto manuale, quali le citate bollette, possono essere utilizzate anche per trasportare la posta di tutti i possibili committenti del recapitista e analogamente i mezzi di trasporto possono essere utilizzati per trasportare la corrispondenza di più committenti”*.

302. Risulta, inoltre, alla luce di quanto sopra rilevato, non condivisibile l'affermazione sulla legittimità della clausola *de qua* effettuata da Poste Italiane sulla base del fatto che due distinte pronunce, una del Giudice Ordinario e una del Giudice Amministrativo, entrambe di primo grado, hanno escluso la natura abusiva della clausola perché in definitiva *“non postula il divieto di svolgere attività in concorrenza”* (pronuncia civile) e perché Poste Italiane consentiva di *“svolgere servizi analoghi a favore dei terzi”* unicamente *“in orario diverso”* ed utilizzando i veicoli *“per altri servizi non in concomitanza con quelli postali”* (pronuncia amministrativa).

303. Ciò in quanto si deve tenere presente che le vicende esaminate in sede giurisdizionale civile e amministrativa non sono sovrapponibili con quella all'esame nel presente procedimento. Le valutazioni operate nelle diverse sedi discendono dalle specifiche istruttorie effettuate e dalle loro risultanze che vanno peraltro lette ed esaminate alla luce dei diversi interessi e tutele perseguiti.

304. Inoltre, con riferimento al giudizio civile relativo ad un procedimento promosso da un'altra agenzia di recapito avverso Poste Italiane, il medesimo concerne un diverso ambito di riferimento e, come emerso nel procedimento, la vicenda Soluzioni costituisce un *unicum* nell'ambito dei

rapporti tra Poste Italiane e i recapitisti, in particolare *ex* concessionari, e ciò per tutta una serie di circostanze che si aggiungono al profilo delle clausole contestate. Infatti, la stessa istruttoria condotta dagli uffici dell’Autorità ha rilevato aspetti fattuali peculiari della vicenda di Soluzioni, tra cui la specifica dimensione, struttura economica e compagine lavorativa, il *know how*, il particolare ambito locale in cui ha operato e, come emerso dai documenti ispettivi, le specifiche valutazioni che Poste Italiane ha effettuato nell’ambito della propria analisi di *make or buy*, di cui è stata oggetto, stabilendo di non internalizzare l’attività di Soluzioni, a prescindere da ogni considerazione di convenienza economica e tenuto conto di altri fattori, quali il rischio concorrenziale di “aggressione” del mercato di riferimento da parte di un operatore come Soluzioni.

305. Con riferimento, invece, al giudizio amministrativo, il medesimo è relativo ad un procedimento promosso da un consorzio di aziende di trasporto e concerne una procedura con chiamata da Albo per l’aggiudicazione di Accordi Quadro aventi ad oggetto un’altra tipologia di fornitura, quella del servizio di trasporto di prodotti postali, tra cui anche i pacchi, non quella del servizio di recapito della corrispondenza e della posta non indirizzata, peraltro nell’ambito territoriale dell’Area Logistica Lombardia. La fornitura oggetto di disamina da parte del Giudice ha quindi caratteristiche diverse, come anche la struttura economica e organizzativa degli operatori che svolgono questo tipo di attività rispetto ai recapitisti e l’ambito locale non è comparabile con quello in cui svolgeva l’attività di recapito Soluzioni.

306. D’altra parte, le pronunce citate da Poste Italiane non risultano, allo stato, passate in giudicato, trattandosi di decisioni di primo grado rispetto alle quali è ancora pendente il contenzioso in sede di appello.

307. Parimenti non pertinenti risultano le osservazioni di Poste Italiane per cui: (i) Soluzioni avrebbe comunque operato anche per conto di soggetti terzi, anche tramite una società consortile legata a Soluzioni, almeno per un periodo, da rapporti di controllo e Poste Italiane non si è mai avvalsa della clausola di trasporto e consegna congiunti in questa situazione; (ii) si tratterebbe di una clausola inserita di prassi: il modello operativo dell’esclusiva sarebbe diffuso nel settore ed *ex* concessionari come Nexive e Fulmine, una volta interrotti i rapporti con Poste Italiane si sarebbero organizzati come operatori autonomi.

308. Quanto al primo profilo (i), come già ampiamente rappresentato (*v. supra*, in particolare, §§ 169 e ss.; § 224), la partecipazione di Soluzioni al consorzio Soluzione Campania, costituito nel 2013, è avvenuta nel tentativo di ampliare in modo non irrisorio e profittevole il proprio giro d’affari avendo riscontrato il sostanziale peggioramento delle condizioni contrattuali apportato da Poste Italiane negli AQ2012/2013, incluso l’articolo 12. Inoltre, i rapporti tra Soluzioni e il consorzio, nei pochi anni di vita di quest’ultima, non sono stati sempre di controllo e, in ogni caso, la scala di attività del consorzio è di dimensioni indubabilmente inferiori a quelle realizzate da Soluzioni durante la propria attività, con un fatturato, nel 2013 - 2017, in media pari a circa 1,3 milioni di euro, con utili comunque peraltro da ripartire tra i numerosi soci del consorzio. Nel biennio 2018 - 2019 il fatturato della società consortile Soluzione Campania è aumentato, arrivando a poco più di 2 milioni di euro, restando comunque su un ordine di grandezza senz’altro inferiore rispetto a quello di Soluzioni, ma a quel punto Soluzioni era sostanzialmente uscita dal mercato dei servizi di recapito. Ancora, poi, Soluzioni ha di fatto comunque operato sempre in una situazione di sostanziale monocommittenza, dato l’aumento dei costi connessi all’operatività con i terzi solo fuori l’orario dedicato all’attività per conto di Poste Italiane e/o con *imput* diversi da quelli usati per Poste Italiane.

309. In quest'ottica, appare dunque del tutto fuorviante il riferimento di Poste Italiane ai rapporti tra Soluzioni e la società consortile Soluzione Campania.

310. Quanto al secondo profilo (ii), Poste Italiane si riferisce a operatori già dotati di una propria rete diretta di recapito, in particolare estesa su una parte sostanziale del territorio nazionale, come nel caso di Nexive, non un'impresa locale ma un operatore appartenente a un importante gruppo internazionale attivo nel settore postale; non a caso, Nexive (allora TNT) è l'unico tra gli *ex* concessionari ad avere richiesto a Poste Italiane la risoluzione di un contratto di fornitura. Peraltro, gli stessi operatori postali hanno rappresentato che efficienti modelli organizzativi del recapito non richiedono tale previsione; inoltre, anche laddove operatori alternativi, concorrenti di Poste Italiane, contemplassero clausole volte a preservare una relazione preferenziale con i recapitisti, si tratterebbe comunque di operatori attivi in ambiti e su scala incomparabilmente più ridotta rispetto a quella di Poste Italiane e, in quel caso, l'intento di preservare una relazione preferenziale potrebbe anche generare vantaggi per entrambe le parti della relazione negoziale, a garanzia dei quantitativi.

311. Nel caso di specie è invece di tutta evidenza l'onerosità dell'imposizione di un divieto di trasporto e consegna congiunti, anche in ragione del complesso di obblighi gravanti su Soluzioni, divieto che appare dunque avere come *ratio* principale l'ostacolo all'affermazione sul mercato di un operatore autonomo e potenziale concorrente, perlomeno in ambito locale, come Poste Italiane mostrava di considerare Soluzioni.

312. Per altro profilo, la clausola di divieto e trasporto congiunti di cui all'articolo 12 acquisisce maggiore gravità considerata alla luce del complesso di clausole contrattuali relative al contenuto della prestazione a carico di Soluzioni.

313. Negli AQ2012/2013 risulta infatti inserita una previsione (art. 3, in combinato disposto con l'art. 2) che consentiva a Poste Italiane di ridurre a propria discrezione e in modo significativo i quantitativi da richiedere a Soluzioni.

314. Tale previsione, andando ad aggiungersi a quella, presente anche nell'AQ2007, che già permetteva a Poste Italiane di aumentare i quantitativi a propria discrezione e in modo significativo, ha fatto sì che l'indeterminatezza dei volumi della fornitura riguardasse non solo le quantità massime, a partire dagli AQ 2012/2013, ma anche quelle minime. A ben vedere, i volumi, oltre ad essere indeterminati, apparivano anche indeterminabili, posto che la previsione era formulata in contrasto con i criteri di chiarezza, trasparenza e comprensibilità cui deve essere informata la redazione delle clausole contrattuali, criteri che operano non solo sul piano meramente formale e lessicale ma anche sul piano informativo, nel senso che le clausole/previsioni, sia singolarmente sia alla luce del contesto complessivo del contratto nel quale sono inserite, devono consentire al contraente di comprendere e valutare, in modo preciso e intelligibile, le conseguenze che gli derivano dall'adesione al contratto. La sostanziale assenza di chiarezza e comprensibilità della previsione era testimoniata anche dai numerosi quesiti posti a riguardo in occasione della gara del 2012.

315. Sul punto non può essere accolta l'eccezione formulata dalla Parte circa il fatto che, a fronte di minimi garantiti contrattualmente, non sarebbe corretto parlare di variabilità delle forniture né appare condivisibile l'affermazione - che in parte contraddice la precedente - per cui la clausola sulla variabilità era necessaria, non potendo Poste Italiane prevedere i volumi necessari a soddisfare la domanda dell'utenza.

316. Infatti, ogni previsione di minimi garantiti era di fatto vanificata dalla rilevante estensione dell'intervallo all'interno del quale Poste Italiane si riservava di chiedere le forniture, di portata tale da risultare eccessiva rispetto alle esigenze di flessibilità che potrebbero sorgere in relazione al servizio di recapito (e il condizionale è d'obbligo vista la notevole *expertise* e conseguente capacità predittiva maturata dall'ex monopolista legale del settore postale).

317. In conseguenza di tale previsione, se prima di allora Soluzioni, per operare con Poste Italiane, aveva dovuto mantenere una struttura tale da garantire le eventuali forniture addizionali richieste (data la prevalenza dei costi fissi nell'organizzazione aziendale), l'aumento dell'intervallo tra forniture minime e massime ha reso necessario per Soluzioni il sostenimento di una struttura sovradimensionata rispetto quelle che potevano essere le effettive esigenze di Poste Italiane e ha aggravato sensibilmente, senza alcuna contropartita, i costi e il rischio imprenditoriale gravanti su Soluzioni, producendo ulteriori inefficienze ai danni di Soluzioni. Ciò, considerato peraltro il concomitante apparato di penali predisposto unilateralmente da Poste Italiane, anch'esso gravato da incertezza (addirittura con riguardo al *dies a quo*).

318. Siffatta previsione si è dunque tradotta in eccessivi e ingiustificati oneri imposti a Soluzioni, in particolare in termini di costi operativi e di organizzazione/programmazione delle attività. In sostanza, non solo Soluzioni ha dovuto sopportare tali ulteriori costi ma non appariva nemmeno in grado di utilizzare in modo appropriato e congruo la propria struttura per altri committenti, dato il divieto di trasporto e consegna congiunti.

319. Né può tacersi l'ulteriore amplificazione degli oneri per Soluzioni legata alla circostanza che la previsione sulla variabilità delle prestazioni si combinava con altre previsioni (queste presenti già negli AQ2007), in virtù delle quali non solo gli importi affidati e le quantità, ma anche il tipo e il *mix* di prodotti (art. 2 dell'AQ2007 e art. 2 dell'AQ2012/2013) e addirittura i corrispettivi - modificabili solo in senso migliorativo per Poste Italiane (art. 3 Atto integrativo all'AQ2007 e art. 2 dell'AQ2012/2013) risultavano sostanzialmente non vincolanti per Poste Italiane. Ciò determinava, di fatto, una complessiva indeterminatezza dell'oggetto della prestazione, tale da esporre continuamente Soluzioni al rischio di alterazioni capaci di influire sul proprio equilibrio economico-finanziario. Peraltro, la piena discrezionalità di Poste Italiane nello stabilire i suddetti elementi essenziali delle prestazioni non appariva motivata da fattori di razionalità economica, come prova anche l'assenza, nel testo contrattuale, di motivazioni se non quelle generiche legate agli sviluppi del mercato.

320. Quanto sopra andava, dunque, al di là di quanto ragionevolmente consentito dallo *ius variandi* associato alle prestazioni di *facere* continuate²⁶⁴⁻²⁶⁵. E ciò, stante tale utilizzo dello strumento

²⁶⁴ Cfr. Tribunale di Torino, sez. spec. impresa, 6 giugno 2017, n. 2952, che ha qualificato come abusiva la condotta delle committenti relativa all'uso del sistema dei c.d. "*delins*" (file contenenti ordinativi inseriti in un sistema informatico) che comportava la determinazione unilaterale dei quantitativi e dei tempi di consegna dei componenti oggetto dei rapporti commerciali fra le parti, in modo che i quantitativi indicati per il periodo previsionale non erano in alcun modo vincolanti per le committenti ma al tempo stesso i subfornitori venivano vincolati alle modifiche richieste dalle società committenti, anche in forza del concomitante apparato sanzionatorio di penali e addebiti sui ritardi predisposto unilateralmente.

²⁶⁵ Dalla sentenza del Tar Lombardia, sez. I, 14 settembre 2011, n. 2215, in tema di modifiche apposte dalla stazione appaltante a seguito dell'aggiudicazione di un accordo quadro avente ad oggetto l'affidamento di un servizio ad un'impresa privata, si può desumere l'illegittimità dell'esercizio dello *ius variandi* qualora "*divenga uno strumento di elusione della libertà di concorrenza affidato all'esclusiva discrezionalità del soggetto pubblico*". In particolare, afferma che "*alla stazione pubblica spetta lo ius variandi purché esso sia contenuto, sulla base della legge o comunque del regolamento di gara, entro limiti quantitativi non manifestamente sproporzionati e perciò stesso contrari al diritto dell'Unione*".

dell'accordo quadro, confuta quanto fatto presente da Poste Italiane circa l'asserita legittimità e ragionevolezza delle previsioni sulla variabilità dei quantitativi, anche in diminuzione, alla luce di quanto affermato nelle richiamate pronunce di primo grado del Giudice Ordinario e del Giudice Amministrativo, che hanno riguardato anche queste previsioni, oltre che quelle relative al divieto di trasporto e consegna congiunti, nonché del parere in precontenzioso dell'allora AVCP, "Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture".

321. In ogni caso, va rilevato, come in precedenza già rappresentato per la clausola di divieto di trasporto e consegna congiunti, che le vicende esaminate in sede giurisdizionale civile e amministrativa non sono sovrapponibili con quella all'esame nel presente provvedimento e, in ogni caso, le valutazioni operate nelle diverse sedi discendono dalle specifiche istruttorie effettuate e dalle loro risultanze, che vanno peraltro lette ed esaminate alla luce dei diversi interessi e tutele perseguiti.

322. Con riferimento al giudizio civile, come sopra rilevato, relativo ad un procedimento promosso da un'altra agenzia di recapito avverso Poste Italiane, si ribadisce che il medesimo concerne un diverso ambito di riferimento e che la vicenda Soluzioni costituisce un *unicum* nell'ambito dei rapporti tra Poste Italiane e i recapitisti, in particolare *ex* concessionari, in quanto rileva la specifica dimensione, struttura economica e compagine lavorativa di Soluzioni, il *know how*, il particolare ambito locale in cui ha operato e le specifiche valutazioni che Poste Italiane ha effettuato nell'ambito della propria analisi di *make or buy*, di cui è stata oggetto, stabilendo di non internalizzare l'attività di Soluzioni, a prescindere da ogni considerazione di convenienza economica e tenuto conto di altri fattori, quali il rischio concorrenziale di "aggressione" del mercato di riferimento da parte di un operatore come Soluzioni.

323. Con riferimento ai giudizi amministrativi citati da Poste Italiane, si fa presente che i medesimi fanno riferimento ad un'altra tipologia di fornitura rispetto a quella del servizio di recapito della corrispondenza e della posta non indirizzata, quella del servizio di trasporto di prodotti postali nell'ambito delle province lombarde. La fornitura oggetto di disamina da parte del Giudice Amministrativo *de quo* ha quindi caratteristiche diverse, come anche la struttura economica e organizzativa degli operatori che svolgono questo tipo di attività e il mercato di riferimento, che non sono, infatti, comparabili con quelli relativi a Soluzioni.

324. In ultimo, come già si è avuto modo di evidenziare *supra*, le pronunce in questione sono di primo grado e non risultano, allo stato, passate in giudicato, trattandosi di decisioni rispetto alle quali è ancora pendente il contenzioso in sede di appello.

325. Con riferimento al parere in precontenzioso dell'allora AVCP, come per il giudizio amministrativo, è da rilevare che il medesimo concerne una procedura con chiamata da Albo per l'aggiudicazione di un Accordo Quadro avente ad oggetto il servizio di trasporto di prodotti postali e anche qui le previsioni esaminate sono state valutate alla luce dei diversi interessi e tutele perseguiti dall'allora AVCP rispetto all'Autorità, ossia vigilare sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture in tutti i settori dell'ordinamento, per garantire il rispetto dei principi di trasparenza e correttezza delle gare di appalto.

326. Di più, gli AQ2012/2013 hanno modificato in senso peggiorativo anche il principale strumento che avrebbe dovuto consentire a Soluzioni di realizzare una pianificazione delle attività nel corso dell'anno (con vantaggi per la stessa Poste Italiane), ovvero i Buoni di Consegna, introdotti a seguito degli impegni di Poste Italiane nel procedimento A388. Infatti, negli AQ2012/2013 i Buoni di Consegna, prima annuali, senza motivazione alcuna, vengono frazionati in due semestri,

riducendo così ulteriormente le capacità di programmazione del fornitore Soluzioni (art. 2, v. *supra*, §§ 84 e ss.; § 112).

327. In definitiva, la combinazione delle clausole sopra indicate e, in particolare, gli artt. 12 (e 17), 3 e 2, hanno pregiudicato la funzionalità aziendale, costringendo Soluzioni a mantenere un'organizzazione costosa e non la più efficiente, per far fronte a potenziali e improvvisi cambiamenti nelle richieste di fornitura, nel senso più ampio del termine (quantità, tipologia e *mix* di prodotti, prezzi) anche considerata la presenza di un oneroso e non ancorato a razionalità economica divieto di trasporto e consegna congiunti.

328. A ciò va aggiunta un'altra novità degli AQ2012/2013, vale a dire l'inserimento nell'oggetto del contratto di servizi postali appena usciti dalla riserva legale (art. 1 cit.), che ha avuto l'effetto di rafforzare l'onerosità delle altre clausole, in particolare ampliando la portata del divieto di trasporto e consegna congiunti, anche a servizi che avrebbero potuto essere offerti da Soluzioni a operatori diversi da Poste Italiane, e in concorrenza con la stessa Poste Italiane.

329. Peraltro, per i nuovi servizi di cui al citato articolo 1, gli AQ2012/2013 prevedevano una remunerazione basata su un corrispettivo al kg e non per singola tipologia di attività (art. 2 cit.), e ciò ha contribuito al sostanziale peggioramento delle condizioni organizzative ed economiche del fornitore.

330. Il compendio delle clausole sopra richiamate ha prodotto così una frattura del sinallagma e un consistente squilibrio nella relazione negoziale, a cui ha fatto seguito un evidente peggioramento delle condizioni economiche, in termini di maggiori costi operativi e di crollo sostanziale degli utili. Tali clausole sono risultate immotivate e illogiche, avendo consentito a Poste Italiane di pretendere e ottenere, in palese spregio del dovere di correttezza e buona fede che costituisce l'imprescindibile pilastro di ogni comporamento negoziale, vantaggi ulteriori rispetto a quelli derivanti dalla lecita iniziativa commerciale. Infatti, Poste Italiane è riuscita a preservare il rapporto contrattuale con il fornitore, indotto a ciò dalla posizione di dipendenza economica, nonostante il peggioramento sostanziale delle condizioni contrattuali e al contempo ad ostacolare il tentativo di Soluzioni di emanciparsi dalla situazione di sostanziale mono-committenza, eliminando ogni rischio concorrenziale, con pregiudizio del fornitore²⁶⁶.

331. Rileva inoltre la circostanza che, alla vigilia della gara del 2012, Poste Italiane, a differenza di quanto avvenuto per la sostanziale generalità dei recapitisti, abbia consapevolmente deciso di non internalizzare i lotti gestiti da Soluzioni, in contrasto con la stessa analisi di convenienza economica condotta internamente, e, quindi, non per motivazioni economiche ma per gestire, tra l'altro, il rischio concorrenza, ovvero il rischio che un simile operatore che perde il rapporto con Poste Italiane per effetto dell'internalizzazione potesse "aggreddire il mercato" (v. *supra*, in particolare, § 143). Ciò proprio in un momento decisivo per l'impresa Soluzioni, che, presagito il peggioramento delle condizioni contrattuali, si apprestava a ricercare un diverso modello di *business*, peraltro dopo la definitiva liberalizzazione del settore postale. Tale circostanza appare anche indicativa di come le condotte di Poste Italiane nei confronti di Soluzioni siano state guidate non già da lecite finalità di tutela degli interessi commerciali bensì da obiettivi di carattere difensivo nei confronti di un

²⁶⁶ Cfr. in tal senso, ed *ex multis*, Cass. 2018 n. 15885, per cui l'abuso del diritto è configurabile allorché il titolare di un diritto soggettivo, pur in assenza di divieti formali, lo eserciti con modalità non necessarie ed irrispettose del dovere di correttezza e buona fede, causando uno sproporzionato ed ingiustificato sacrificio della controparte contrattuale, ed al fine di conseguire risultati diversi ed ulteriori rispetto a quelli per i quali quei poteri o facoltà sono attribuiti.

operatore, che avrebbe potuto affermarsi come operatore autonomo, in particolare nell'ambito locale della città di Napoli.

332. In questa prospettiva è, poi, importante ribadire come la vicenda Soluzioni, per l'insieme degli elementi rappresentati in fatto, costituisca un *unicum* nell'ambito dei rapporti tra Poste Italiane e i recapitisti, in particolare *ex* concessionari.

333. Infatti, il mercato di riferimento, vale a dire il mercato della fornitura del servizio di distribuzione e raccolta di corrispondenza, posta non indirizzata ed espletamento di servizi ausiliari, nella città di Napoli, costituisce, per stessa ammissione di Poste Italiane, un'eccezione rispetto al resto del territorio italiano, non solo per le peculiarità topografiche ma perché si tratta dell'unico ambito in cui Poste Italiane non ha internalizzato le attività corrispondenti ai servizi in questione e di un mercato che la stessa parte considera più esposto alla concorrenza.

334. A tal riguardo, si rileva che, contrariamente a quanto eccepito da Poste Italiane, nel corso del procedimento è stata svolta una specifica analisi multidimensionale del mercato di riferimento. Tale analisi che, come noto, è essenzialmente volta a valutare la sussistenza dei presupposti ai fini dell'applicazione della suddetta normativa e non richiede il livello di approfondimento dei casi riguardanti fattispecie di abuso *antitrust*, ha confermato la posizione di assoluta preminenza di Poste Italiane, al tempo stesso operatore postale che svolge a livello nazionale il servizio di recapito di invii postali, sia dentro che al di fuori del SU, e committente di rilievo incomparabile per Soluzioni (cfr. *supra* §§ 32 e 46).

335. Si ricorda inoltre quanto sopra rappresentato (v. *supra* § 56) in merito alle specifiche decisioni di Poste Italiane nei confronti di Soluzioni sull'opportunità o meno di internalizzare i relativi lotti.

336. A ben vedere Soluzioni - e questo è un altro elemento che comprova l'unicità della vicenda - è l'operatore che ha avuto il rapporto contrattuale di gran lunga più duraturo con Poste Italiane, a cui erano tendenzialmente affidati i lotti di maggior valore e che godeva anche della considerazione di Poste Italiane, se quest'ultima aveva anche manifestato l'intenzione di affidare proprio a Soluzioni una sperimentazione per la vendita (indiretta) di prodotti di Poste Italiane a Napoli.

337. La sottoscrizione degli AQ2012/2013, praticamente inevitabile per Soluzioni vista la posizione di dipendenza economica, ha così esposto proprio questo fornitore a un progressivo depauperamento del compendio aziendale. Dopo la mancata aggiudicazione della gara del 2016, Soluzioni ha inizialmente avviato una procedura di liquidazione e ha poi sostanzialmente interrotto la precedente attività svolta, realizzando perdite nel 2018 e nel 2019.

338. Sempre a riprova delle peculiarità del caso in esame, si rappresenta che, Soluzioni, dopo l'interruzione dei rapporti contrattuali con Poste Italiane, ha sopportato per intero i costi legati alla mobilità del personale (v. *supra* §§ 145 e 178).

339. Da ultimo, in relazione alla questione delle attività aggiuntive non previste nei contratti e/o non retribuite che Poste Italiane ha imposto a Soluzioni, sulla base degli elementi in atti, si osserva quanto segue.

In generale, l'espletamento di prestazioni aggiuntive, non previste dal contratto, costituisce un ulteriore elemento probatorio a conferma della sussistenza del contestato abuso di dipendenza economica. Infatti, in situazioni di dipendenza economica, la parte contrattuale forte può agevolmente richiedere lo svolgimento di prestazioni ulteriori rispetto a quelle contrattualmente previste, costringendo la parte debole ad accettare tali richieste pur di non pregiudicare la prosecuzione del rapporto. In relazione al caso di specie, dalle evidenze in atti emerge la richiesta di

Poste Italiane di svolgere prestazioni ulteriori, non previste dai contratti stipulati con Soluzioni, quantomeno con riferimento alla riscossione delle somme dovute dai destinatari delle raccomandate in/con contrassegno e il versamento di quanto recuperato agli uffici postali²⁶⁷. Tale attività, infatti, rientrava fra gli invii in contrassegno, i quali da quanto riportato nell'articolo 1) "ATTIVITÀ DISCIPLINATE DAL PRESENTE DOCUMENTO", del Capitolato Tecnico, parte B1 e B2, dei contratti relativi al periodo 2007-2012²⁶⁸ e nell'articolo 1) "OGGETTO DELL'APPALTO" dei contratti relativi al periodo 2012-2017²⁶⁹, erano invece esclusi dall'oggetto della fornitura affidata a Soluzioni. Si noti, inoltre, che i fatti e gli elementi in questione sono stati oggetto di una contestazione di Parte del tutto generica, che per ciò stesso equivale ad una sostanziale non contestazione.

340. Inoltre, la questione delle prestazioni aggiuntive va considerata tenuto conto del complessivo *modus operandi* di Poste Italiane - desumibile dal tenore di tutti i contratti esaminati - che ha ingenerato per Soluzioni una prolungata indeterminatezza e incertezza in ordine al perimetro delle prestazioni da rendere per adempiere alle obbligazioni contrattuali.

341. Appare poi del tutto fuorviante quanto affermato da Poste Italiane sul fatto che in diciotto anni di rapporti con la società (dal 1999 al 2017), Soluzioni non abbia mai contestato alcun inadempimento contrattuale né altro illecito concorrenziale, circostanza che ad avviso di Poste Italiane provverebbe l'assenza di quanto lamentato da Soluzioni. In realtà, come già osservato, la mancata contestazione da parte di Soluzioni nel periodo di vigenza del rapporto contrattuale con Poste Italiane appare essa stessa indice tipico della situazione di dipendenza economica in cui si è trovata Soluzioni nel corso degli anni. È, infatti, di facile comprensione, come il concreto rischio di perdere il principale cliente in grado di garantire la vita della società, date le condizioni oggettive e soggettive del mercato di riferimento in cui operava Soluzioni, sia stato un formidabile deterrente che ha impedito alla parte debole della relazione negoziale di sollevare, soprattutto formalmente, qualunque contestazione (v. anche *supra* § 95).

Quanto alla determinazione delle somme dovute a titolo di corrispettivo per le prestazioni aggiuntive svolte da Soluzioni, non incluse nei contratti, tale questione non sarà affrontata nel presente provvedimento, in quanto è attualmente oggetto del pendente giudizio civile, nell'ambito del quale andrà risolta.

V.IV Il pregiudizio sulla concorrenza

342. L'articolo 9, comma 3-*bis*, della legge n. 192/1998 prevede che l'Autorità possa attivare i poteri istruttori e procedere alle diffide e sanzioni previste dall'articolo 15 della legge n. 287/1990 qualora ravvisi che un abuso di dipendenza economica abbia rilevanza per la tutela della concorrenza e del mercato.

343. Dagli accertamenti svolti è emersa l'imposizione di condizioni ingiustificatamente gravose da parte di Poste Italiane nei confronti di Soluzioni, che sono state attuate con continuità durante tutto il periodo della relazione negoziale con Soluzioni, sino alla data del 30 giugno 2017. Tale condotta ha avuto l'effetto di compromettere l'equilibrio economico finanziario di Soluzioni a vantaggio di

²⁶⁷ Cfr. doc. 96.

²⁶⁸ Cfr. doc. 26.15.

²⁶⁹ Cfr. doc. 1.1.

Poste Italiane, impedendo al fornitore di rafforzarsi, anche affrancandosi dalla condizione di sostanziale mono-committenza e pregiudicandone la permanenza sul mercato.

344. Nel caso in esame, pertanto, l'abuso di dipendenza economica di Poste Italiane nei confronti di Soluzioni riveste un carattere pubblicistico in quanto incide sulla concorrenza nel mercato di riferimento, vale a dire il mercato della fornitura del servizio di distribuzione e raccolta di corrispondenza (registrata e non registrata), posta non indirizzata ed espletamento di servizi ausiliari nella città di Napoli. Tale abuso ha infatti portato alla sottrazione e all'esclusione dal mercato di un operatore che avrebbe potuto rifornire gli operatori postali alternativi a Poste Italiane e con riferimento al quale non si può escludere che esso stesso avrebbe potuto costituire un vincolo concorrenziale a livello locale. A tale ultimo riguardo, infatti, Soluzioni, pur operando su una scala notevolmente inferiore rispetto a Poste Italiane e solo a livello locale, aveva comunque le potenzialità di ampliare in modo profittevole le proprie attività ponendosi come concorrente di Poste Italiane in questo ambito di riferimento, con effetti escludenti diretti, verso Soluzioni stessa, e indiretti, nei confronti degli operatori postali alternativi in possesso di una rete o comunque organizzati in *network*.

345. In assenza dello sfruttamento abusivo di una posizione di dipendenza economica il mercato di riferimento avrebbe giovato della presenza di un operatore consolidato e in grado di generare un fatturato più ampio di quello riscontrato per la maggioranza degli operatori postali attivi a Napoli. Le azioni di Poste Italiane anche in questo senso hanno avuto l'effetto di accrescere il suo potere di mercato.

346. Non è da trascurare, sul punto, la sequenza temporale dei contratti sottoscritti negli anni da Soluzioni con Poste Italiane: i contratti di *partnership*, più vantaggiosi per Soluzioni ma con un diritto di prelazione a favore di Poste Italiane, sono stati sottoscritti nel momento in cui prendeva avvio la liberalizzazione del settore postale in Italia, quando potenziali operatori nuovi entranti potevano avere interesse a contrattualizzare un'impresa come Soluzioni, recapitista *ex* concessionario; l'AQ2007 aveva invece durata sufficiente a mantenere i rapporti contrattuali con Soluzioni oltre la data prevista di piena liberalizzazione dei servizi postali, che avrebbe portato all'uscita dalla riserva di numerosi e redditizi servizi; l'AQ2007 peraltro conteneva inizialmente un divieto di non concorrenza, che successivamente Poste Italiane aveva rimosso solo a seguito degli specifici impegni assunti a riguardo nell'ambito del procedimento A388. Dopo la data di piena liberalizzazione, Poste Italiane non ha internalizzato le attività relative ai lotti di Soluzioni e ha quindi sottoscritto gli AQ2012/2013, contenenti un insieme di clausole ingiustificatamente gravose, tra cui un divieto di trasporto e consegna congiunti che ha di fatto riprodotto, negli effetti sostanziali, quel divieto di concorrenza che Poste Italiane si era impegnata a rimuovere; come emerso anche dalle richieste di chiarimenti formulate in occasione della gara del 2012, Poste Italiane non poteva che essere consapevole del potenziale pregiudizio alla concorrenza conseguente a una clausola siffatta, peraltro combinata con altre clausole ingiustificatamente gravose. La consapevolezza di Poste Italiane dell'importante ruolo di Soluzioni nel mercato emerge altresì dalle scelte effettuate in ordine alla mancata internalizzazione dell'attività affidata a Soluzioni.

347. Stante il pregiudizio sulla concorrenza riscontrato, non appare pertanto condivisibile quanto rappresentato da Poste Italiane secondo cui la soluzione del conflitto in esame, non avendo avuto alcuna rilevanza per la concorrenza e il mercato e in quanto afferente al solo rapporto contrattuale tra Soluzioni e Poste Italiane, dovrebbe rimanere di esclusiva competenza del giudice ordinario.

V.V Conclusioni

348. Le evidenze agli atti permettono di concludere che la società Soluzioni si è trovata, durante il periodo in cui ha avuto la relazione negoziale con Poste Italiane, fondata su una serie di contratti di durata, in una posizione di dipendenza economica nei confronti di Poste Italiane, progressivamente rafforzatasi e consolidatasi via via che venivano sottoscritti i vari contratti che hanno regolato tale relazione. Ciò in ragione dell'elevata e insolita durata della relazione negoziale, della sostanziale asimmetria di questa relazione negoziale, della percentuale quasi totalitaria di introiti che Soluzioni nel corso degli anni ha realizzato in virtù del rapporto contrattuale con tale committente, della notevole integrazione tra il compendio aziendale di Soluzioni e quello di Poste Italiane, dei rilevanti investimenti *ad hoc* sostenuti dal fornitore, del forte grado di identificazione del fornitore con l'immagine commerciale del committente, data l'assenza sul mercato di alternative soddisfacenti.

349. Dalle evidenze risulta che le condotte di Poste Italiane si sono concretizzate nell'imposizione di un insieme di clausole, quali gli artt. 12 (e 17), 3, 2 e 1, nei predetti contratti di durata sottoscritti da Soluzioni nel 2012/2013 - e poi sempre prorogati da Poste Italiane con riferimento a tutti gli intervalli intercorrenti tra la scadenza formalmente prevista del contratto precedente e la sottoscrizione del nuovo -, tali da ingenerare un complessivo squilibrio di diritti e obblighi e da permettere a Poste Italiane vantaggi ulteriori rispetto a quelli derivanti dal legittimo esercizio dell'autonomia negoziale. Tali clausole sono da ritenersi dal contenuto illecito, essendo preordinate al conseguimento di finalità differenti e ulteriori rispetto a quanto consentito dalla sola iniziativa imprenditoriale e prive di razionalità economica, nonché sono state applicate da Poste Italiane con continuità durante tutto il suddetto periodo (2012-2017) della relazione negoziale con Soluzioni, sino alla data del 30 giugno 2017, e hanno inciso negativamente sull'attività di impresa di Soluzioni.

350. Questi comportamenti posti in essere da Poste Italiane hanno avuto evidenti effetti diretti e indiretti sulla concorrenza nel mercato della fornitura del servizio di distribuzione e raccolta di corrispondenza (registrata e non registrata), posta non indirizzata ed espletamento di servizi ausiliari nella città di Napoli.

351. Le condotte hanno avuto inizio in data 28 settembre 2012, giorno in cui Soluzioni ha sottoscritto con Poste Italiane i primi tre accordi compresi negli AQ2012/2013 e termine in data 30 giugno 2017, ultimo giorno in cui Soluzioni ha operato come fornitore di Poste Italiane, prima di interrompere l'attività di recapitista svolta sino ad allora. L'abuso di dipendenza economica di Poste Italiane incide sulla concorrenza nel mercato predetto, avendo avuto l'effetto di ostacolare un operatore come Soluzioni, fornitore e al contempo potenziale concorrente in ambito locale di Poste Italiane, nell'intento di sviluppare le proprie potenzialità e i propri affari libera dai condizionamenti di Poste Italiane, finendo per privare il compendio aziendale di Soluzioni delle capacità sufficienti a restare profittevolmente sul mercato.

352. Si tenga inoltre conto che, con l'interruzione dei rapporti contrattuali tra Soluzioni e Poste Italiane nella seconda metà del 2017, un numero considerevole di lavoratori, quelli costituenti il capitale umano di questa società di recapito, ha visto concludere il proprio rapporto di lavoro duraturo e a tempo indeterminato con la stessa in un'area territoriale connotata da una diffusa, persistente e radicata disoccupazione. Peraltro, Soluzioni, in questa situazione, ha dovuto anche sostenere tutti i costi legati alla mobilità del personale.

VI. GRAVITÀ E DURATA DELL'INFRAZIONE

353. L'articolo 9, comma 3-*bis*, della legge n. 192/1998 prevede che l'Autorità possa procedere alle diffide e sanzioni previste dall'articolo 15 della legge n. 287/1990 qualora ravvisi che un abuso di dipendenza economica abbia rilevanza per la tutela della concorrenza e del mercato.

354. L'articolo 15, comma 1, della legge n. 287/1990 prevede che l'Autorità, nei casi di infrazioni gravi, tenuto conto della loro gravità e durata, disponga l'applicazione di una sanzione amministrativa pecuniaria, fino al dieci per cento del fatturato realizzato da ciascuna impresa o ente nell'ultimo esercizio chiuso anteriormente alla notificazione della diffida adottata ad esito di un procedimento istruttorio. Inoltre, al fine di quantificare la sanzione, ai sensi dell'articolo 11 della legge n. 689/1981, come richiamato dall'articolo 31 della legge n. 287/1990, devono essere considerati la gravità della violazione, le condizioni economiche, il comportamento delle imprese coinvolte e le eventuali iniziative volte a eliminare o attenuare le conseguenze delle violazioni.

355. In merito alla gravità dell'infrazione si deve tener conto di diversi fattori, quali la natura delle condotte, nonché il ruolo e la rappresentatività sul mercato delle imprese coinvolte. Inoltre, un ulteriore elemento da tenere in considerazione è la durata della condotta in esame.

356. Orbene, le condotte in esame risultano essere molto gravi e si concretizzano nell'imposizione da parte di Poste Italiane, nei contratti di fornitura sottoscritti con l'impresa in posizione di dipendenza economica Soluzioni, di clausole ingiustificatamente gravose, dal contenuto illecito, peraltro oltre il periodo di durata iniziale previsto nei contratti, a detrimento di Soluzioni, fornitore e al contempo potenziale concorrente di Poste Italiane, e in modo da ostacolare il corretto svolgimento del gioco concorrenziale nel mercato di riferimento, circostanza che deve essere considerata nella valutazione della gravità delle condotte oggetto di esame. Tali clausole sono state applicate da Poste Italiane con continuità durante tutto il periodo della relazione negoziale con Soluzioni sino alla data del 30 giugno 2017, ovvero sino a quando Soluzioni ha operato come fornitore di Poste Italiane.

357. Lo sfruttamento abusivo della posizione di dipendenza economica di Soluzioni da parte di Poste Italiane ne ha infatti determinato l'indebolimento e le condotte poste in essere da Poste Italiane sono state idonee a determinare l'uscita di un operatore esperto e con una posizione significativa nel mercato di riferimento, incidendo così in modo sostanziale sulle dinamiche esistenti con un impatto che va oltre l'ambito dello specifico rapporto tra soggetti interessati.

358. Poste Italiane ha posto in essere condotte non giustificabili da necessità dell'impresa, avendo la consapevolezza della rilevanza anticoncorrenziale del proprio comportamento²⁷⁰. Conseguentemente sono prive di fondamento le argomentazioni addotte da Poste Italiane circa l'insussistenza di qualsivoglia elemento soggettivo nelle proprie condotte.

359. Ai fini della durata dell'infrazione si ritiene, sulla base della documentazione acquisita, che le condotte in esame sono state poste in essere da Poste Italiane dal 28 settembre 2012, data in cui sono stati sottoscritti con Soluzioni i primi tre accordi compresi negli AQ2012/2013, contenenti tali clausole, al 30 giugno 2017, ultimo giorno in cui Soluzioni ha operato come fornitore di Poste Italiane, prima di interrompere l'attività di recapitista svolta sino ad allora.

²⁷⁰ Cfr. Consiglio di Stato, 21 marzo 2018, n. 1821.

VII. CRITERI PER LA QUANTIFICAZIONE DELLA SANZIONE

360. Secondo costante prassi dell’Autorità, le sanzioni *ex* articolo 15 della legge n. 287/1990, sono calcolate a partire dal valore delle vendite dei beni o servizi oggetto, direttamente o indirettamente, dell’infrazione realizzata dall’impresa nel mercato di riferimento nell’ultimo anno di partecipazione all’infrazione, tenuto conto anche delle vendite realizzate mediante società controllate.

361. Ai fini della quantificazione della sanzione, come sopra anticipato, l’articolo 15, comma 1, della legge n. 287/90 prevede che l’Autorità, nei casi di infrazioni gravi, tenuto conto della loro gravità e durata, disponga l’applicazione di una sanzione amministrativa pecuniaria fino al dieci per cento del fatturato realizzato da ciascuna impresa o ente nell’ultimo esercizio chiuso anteriormente alla notificazione della diffida adottata ad esito di un procedimento istruttorio.

362. Per ciò che concerne i servizi oggetto dell’infrazione, si osserva che le condotte in esame riguardano l’imposizione di clausole ingiustificatamente gravose da parte di Poste Italiane nei contratti di fornitura sottoscritti con l’impresa in posizione di dipendenza economica, Soluzioni, nel mercato di riferimento, vale a dire il mercato della fornitura del servizio di distribuzione e raccolta di corrispondenza (registrata e non registrata), posta non indirizzata ed espletamento di servizi ausiliari nella città di Napoli.

363. Ai fini del calcolo della sanzione, sebbene Poste Italiane sia un operatore nazionale, poiché le condotte abusive hanno riguardato solo l’area di Napoli - l’ambito locale in cui si è svolta l’intera relazione negoziale tra Poste Italiane e Soluzioni - si ritiene di utilizzare come valore delle vendite da prendere in considerazione, l’ammontare del fatturato realizzato da Poste Italiane nei servizi di recapito nel mercato di riferimento, ovvero quello della fornitura del servizio di distribuzione e raccolta di corrispondenza (registrata e non registrata), posta non indirizzata ed espletamento di servizi ausiliari nella città di Napoli, nel 2016, ultimo anno intero in cui si sono verificate le condotte abusive da parte di Poste Italiane della posizione di dipendenza economica di Soluzioni. Con riguardo a tale dato di fatturato, Poste Italiane non ha fornito un importo esatto, ma delle stime che si collocano nella forcella di valori [10-20] milioni di euro; si opta quindi per il valore medio della forcella di valori *de qua*, pari a [10-20] milioni di euro, per individuare il fatturato su cui calcolare l’importo base della sanzione.

364. In merito alla durata dell’infrazione, come indicato in precedenza, si individua il periodo compreso tra il 28 settembre 2012, data in cui sono stati sottoscritti con Soluzioni i primi tre accordi compresi negli AQ2012/2013, contenenti le clausole ritenute ingiustificatamente gravose, e il 30 giugno 2017, ultimo giorno in cui Soluzioni ha operato come fornitore di Poste Italiane, prima di interrompere l’attività di recapitista svolta sino ad allora. Tale periodo corrisponde a 4 anni, 9 mesi e 2 giorni.

365. Sulla base delle considerazioni precedenti, si ritiene di individuare una percentuale del [10-15%] del valore delle vendite.

366. In un’ottica di proporzionalità e tenuto conto della necessità di garantire un’effettiva deterrenza, a tale importo base si ritiene di applicare una maggiorazione pari al [30-35%], in quanto l’impresa responsabile dell’infrazione ha realizzato nell’ultimo esercizio chiuso anteriormente alla notificazione della diffida un fatturato complessivo particolarmente rilevante, pari a circa 10,5

miliardi di euro²⁷¹, che risulta essere incomparabilmente superiore rispetto al predetto valore delle vendite.

367. Sempre ai fini del calcolo della sanzione, si evidenzia che Poste Italiane ha fatto pervenire all’Autorità in data 19 ottobre 2020 un documento relativo al programma di *compliance* per la tutela della concorrenza e del consumatore del gruppo Poste Italiane. Alla luce di quanto previsto dall’articolo 11 della legge n. 689/1981, si ritiene di riconoscere una circostanza attenuante nella misura del [1-5%].

368. Quanto alle argomentazioni di Poste Italiane per cui il caso in esame consiste, come il caso “RP1 - HERA-Affidamenti gruppi misura gas/termini di pagamento” del 2016, in uno dei primi casi di applicazione dell’articolo 9, comma 3-bis, della legge n. 192/1998 da parte dell’Autorità, e che in tale caso è stata applicata una riduzione pari a circa il 75% della sanzione, si osserva che in tale procedimento è stata accertata una diversa fattispecie, venendo in rilievo un abuso di dipendenza economica consistente nella violazione diffusa e reiterata della disciplina sui termini di pagamento di cui al D.Lgs. 9 ottobre 2002, n. 231, come modificato dal D.Lgs. 9 novembre 2012, n. 192. Considerate le peculiarità del presente caso e il fatto che le condotte in esame, benché in parte coeve a quelle di cui al procedimento RP1, sono proseguite anche oltre l’adozione della suddetta decisione, si ritiene che sussistano i presupposti per applicare una riduzione dell’importo della sanzione da comminare a Poste Italiane pari al 25%.

369. Non sono invece condivisibili le argomentazioni di Poste Italiane in relazione alla necessità di un’ulteriore riduzione della sanzione per tener conto delle oggettive difficoltà in cui verserebbero le imprese del settore dei servizi postali, tra cui la stessa società, anche a causa degli effetti dell’epidemia Covid-19 e del *lockdown*, che avrebbero causato un’ulteriore contrazione del segmento della corrispondenza tradizionale, in aggiunta a quella già conseguente al processo di *e-substitution*. Al riguardo, premesso che l’*e-substitution* è un processo strutturale e risalente e che gli operatori del settore, in particolare Poste Italiane, hanno da tempo provveduto a riorganizzare la loro attività anche in considerazione di tale fenomeno, si osserva che i servizi postali non risultano ricompresi tra le attività sospese dai decreti emergenziali del 2020 relativi al contrasto e al contenimento della diffusione del Covid-19. Questi sono infatti stati oggetto solo di specifiche misure per il loro svolgimento e il bilancio di Poste Italiane chiuso al 31 dicembre 2020 ha registrato comunque utili per circa 1,2 miliardi²⁷². In particolare, i “ricavi da corrispondenza, pacchi e altro” nel 2020, pari a circa 3,2 miliardi di euro²⁷³, sono stati pressoché in linea con quelli del 2019, pari a circa 3,5 miliardi di euro²⁷⁴. Non risultano pertanto sussistere i presupposti di cui al caso “I832 - Servizi di prenotazione del trasporto taxi – Napoli” citato da Poste Italiane, ove è stata applicata una riduzione delle sanzioni in ragione del drastico calo della domanda di taxi nel periodo pandemico, che ha determinato forti perdite per le imprese oggetto del procedimento assolutamente incomparabili con i dati in esame.

²⁷¹ “Ricavi netti della gestione ordinaria”, Bilancio consolidato 2020, pubblicato sul sito di Poste Italiane www.posteitaliane.it, sezione “Bilanci e relazioni”.

²⁷² Bilancio consolidato 2020 cit.

²⁷³ Bilancio consolidato 2020 cit.

²⁷⁴ Bilancio consolidato 2019, pubblicato sul sito di Poste Italiane www.posteitaliane.it, sezione “Bilanci e relazioni”.

370. In considerazione di quanto sopra, l'importo della sanzione irrogata è fissato nella misura di 11.296.629 euro (undicimilioniduecentonovanteseimilaseicentoventinove euro). Il limite edittale del 10% del fatturato realizzato nell'ultimo esercizio chiuso anteriormente alla notificazione della diffida, previsto dall'articolo 15 della legge n. 287/1990, non è superato.

Tutto ciò premesso e considerato:

DELIBERA

a) che la società Poste Italiane S.p.A. ha posto in essere un abuso di dipendenza economica ai sensi dell'articolo 9, comma 3-*bis*, della legge 18 giugno 1998, n. 192;

b) di irrogare a Poste Italiane S.p.A. una sanzione amministrativa pecuniaria complessiva pari a 11.296.629 euro (undicimilioniduecentonovanteseimilaseicentoventinove euro).

La sanzione amministrativa di cui alla precedente lettera b) deve essere pagata entro il termine di trenta giorni dalla notificazione del presente provvedimento, utilizzando i codici tributo indicati nell'allegato modello F24 con elementi identificativi, di cui al Decreto Legislativo 9 luglio 1997, n. 241.

Il pagamento deve essere effettuato telematicamente con addebito sul proprio conto corrente bancario o postale, attraverso i servizi di *home-banking* e CBI messi a disposizione dalle banche o da Poste Italiane S.p.A., ovvero utilizzando i servizi telematici dell'Agenzia delle Entrate, disponibili sul sito *internet* www.agenziaentrate.gov.it.

Decorso il predetto termine, per il periodo di ritardo inferiore a un semestre, devono essere corrisposti gli interessi di mora nella misura del tasso legale a decorrere dal giorno successivo alla scadenza del termine del pagamento e sino alla data del pagamento. In caso di ulteriore ritardo nell'adempimento, ai sensi dell'articolo 27, comma 6, della legge n. 689/81, la somma dovuta per la sanzione irrogata è maggiorata di un decimo per ogni semestre a decorrere dal giorno successivo alla scadenza del termine del pagamento e sino a quello in cui il ruolo è trasmesso al concessionario per la riscossione; in tal caso la maggiorazione assorbe gli interessi di mora maturati nel medesimo periodo.

Degli avvenuti pagamenti deve essere data immediata comunicazione all'Autorità, attraverso l'invio di copia del modello attestante il versamento effettuato.

Ai sensi dell'articolo 26 della medesima legge, le imprese che si trovano in condizioni economiche disagiate possono richiedere il pagamento rateale della sanzione.

Il presente provvedimento sarà notificato ai soggetti interessati e pubblicato nel Bollettino dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.

Avverso il presente provvedimento può essere presentato ricorso al TAR del Lazio, ai sensi dell'articolo 135, comma 1, lettera b), del Codice del processo amministrativo (Decreto Legislativo

2 luglio 2010, n. 104), entro sessanta giorni dalla data di notificazione del provvedimento stesso, fatti salvi i maggiori termini di cui all'articolo 41, comma 5, del Codice del processo amministrativo, ovvero può essere proposto ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, ai sensi dell'articolo 8 del Decreto del Presidente della Repubblica 24 novembre 1971, n. 1199. entro il termine di centoventi giorni dalla data di notificazione del provvedimento stesso.

IL SEGRETARIO GENERALE

Filippo Arena

IL PRESIDENTE

Roberto Rustichelli

Appendice

Tabella A.1 Operatori postali nella città di Napoli. Fatturato²⁷⁵

Ditta	N. autorizzazioni e licenze	Ricavi delle vendite in euro	Attività
De Liso - S.r.l.s.	AUG/4737/2018 LIC/3944/2018	[<5.000]	servizio di posta privata (prelievo, smistamento, distribuzione e recapito pacchi, lettere, plichi di terzi; attività di commercio di articoli di cancelleria e o cartoleria, biglietteria per eventi, noleggio a breve e lungo termine di auto e moto, attività di agenzia e sub- agenzia assicurativa
Job To Job Società cooperativa	LIC/3240/2016	[<5.000]	attività di facchinaggio, pulizie, trasloco, vigilanza, recapito, volantaggio materiale pubblicitario e altro
Max Recapiti S.r.l.s.	AUG/5504/2019 LIC/4278/2019	[5-20.000]	molteplici attività (organizzazione convegni, rilegatura documenti, elaborazione dati), svolge anche attività postale (recapito corrispondenza, raccolta, trasporto, distribuzione di pacchi)
Epistula S.r.l.	LIC/1685/2012	[20-40.000]	servizi poste private, recapiti espressi, pagamento utenze e ricariche, servizi di corriere, imbustamento e stampa, visure camerale, distribuzione invii postali e altro
Fabian Trasporti S.r.l.	AUG/5460/2019	[40-60.000]	trasporto in conto terzi di ogni tipo e qualità con mezzi propri o a noleggio sia come agente che come vettore, altre attività es. magazzinaggio - traslochi etc.
Fema Service S.r.l.	LIC/1181/2011	[40-60.000]	raccolta, smistamento, distribuzione invii postali e altre attività connesse, servizio moto-recapiti, disbrigo pratiche amministrative, vendita al dettaglio di materiali connessi alle spedizioni, vendita cancelleria e altro
Uniposte Napoli 1 S.r.l.s.	AUG/4687/2018 LIC/3894/2018	[60-100.000]	diverse attività (TLC, finanziamenti) tra cui servizi postali con recapito di corrispondenza e pacchi (in <i>partnership</i> con vari corrieri)
New Post S.r.l.	AUG/4348/2017 LIC/3535/2017	[100-200.000]	diverse attività (es.: magazzinaggio, censimenti, realizzazione marchi e loghi) tra cui consegne di corrispondenza, smistamento, affrancatura, consegna cartelle di pagamento e altre attività

²⁷⁵ Fonte: sito del Ministero dello Sviluppo Economico (www.mise.gov.it), "ELENCO OPERATORI POSTALI titolari di licenza individuale e/o autorizzazione generale (alla data del 23 ottobre 2020)". Gli operatori censiti sono quelli con sede legale a Napoli. I risultati si riferiscono all'insieme degli operatori con forme giuridiche più complesse in numero di 61, con la sola eccezione di 17 imprese, per le quali non si è potuto svolgere un accertamento dei dati reddituali e di fatturato nonché visure sul sistema Infocamere in quanto imprese non censite ovvero imprese non identificabili in modo inequivoco. Si tenga conto poi che l'analisi è stata condotta con riferimento ai dati reddituali e di fatturato relativamente agli ultimi anni disponibili, che possono non coincidere con quelli presenti in bilanci relativi all'esercizio chiuso al 31 dicembre 2019. Ciò in particolare si è verificato per quelle imprese che hanno cessato la propria attività in anni precedenti al 2019 o sono attualmente in stato di liquidazione. Sono state acquisite informazioni anche dai siti *internet* delle imprese esaminate.

Ditta	N. autorizzazioni e licenze	Ricavi delle vendite in euro	Attività
Servizi & Recapito S.r.l.	AUG/2535/2011 LIC/1346/2011	[100-200.000]	servizi postali di raccolta e recapito e servizi a monte e a valle del recapito di corrispondenza e plichi. Dallo statuto, anche operazioni immobiliari
I Postali S.r.l.	LIC/390/2005	[100-200.000]	attività di prelievo smistamento plichi, lettere, raccomandate, magazzinaggio, trasporti vari, fattorinaggio e altro
Cooperativa Grimaldi Recapiti A.r.l. (in liquidazione)	AUG/4435/2017 LIC/3620/2017	[100-200.000]	accettazione e recapito della corrispondenza, recapito di posta tracciata, trasporti e spedizioni di merci per conto terzi, elaborazione di dati, servizi accessori al recapito
Smart Più S.r.l.	AUG/2218/2010	[100-200.000]	diverse attività (invii espressi merci e documenti, servizi in città di recapito accertato, fiduciario ed assicurato, offerte e gare d'appalto; servizio i "Tuoi regali"; invio bagagli a seguito, confezionamenti ed imballaggi, volantinaggio, preparazione "direct mailing", servizi personalizzati, etc.
Egeria S.r.l. (in liquidazione)	AUG/4098/2016 LIC/2758/2015	[100-200.000]	servizi postali e di corriere in attuazione alla direttiva 2008/6/CE (società "multiservizi" anche di pulizie - <i>contact center</i> - inserimento dati etc.)
Giovia Express S.r.l.s.	LIC/4231/2019	[200-400.000]	gestione postale, corriere, corrispondenza nazionale e internazionale, disbrigo pratiche all'estero per stranieri, spedizione pacchie, biglietteria teatri e altro
Fegan Transport S.r.l.	AUG/4883/2018	[200-400.000]	attività di trasporto in conto terzi di ogni tipo e qualità con mezzi propri o a noleggio sia come agente che come vettore (la stessa società svolge molte altre attività es. magazzinaggio - traslochi etc.)
Elledi Service S.r.l.u.	LIC/3306/2016	[200-400.000]	vendita all'ingrosso e al minuto di carta cartone giornali, operazioni industriali finanziarie e commerciali (es. acquisto immobili), attività connesse alla postalizzazione e recapito di corrispondenza e altro
SPE Spedizioni Postali Erifab S.r.l.	AUG/5425/2019 LIC/1880/2013	[200-400.000]	servizi postali quali raccolta, trasporto, smistamento e distribuzione di invii postali, pacchi raccomandati; stampa, piega, imbustamento e affrancatura
B & G Spedizioni S.r.l.	AUG/5315/2019	[200-400.000]	attività di trasporto merci
Prisma Service Soc. Coop.	AUG/3713/2015 LIC/2642/2015	[400-600.000]	ogni servizio postale, servizio di call center, global service per le aziende, gestione magazzini e altro
RTR Poste S.r.l. in liquidazione	AUG/2484/2011	[400-600.000]	diverse attività anche marketing, promozione pubblicitaria, anche attività postale (raccolta consegna di corrispondenza e pacchi)

Ditta	N. autorizzazioni e licenze	Ricavi delle vendite in euro	Attività
Zeus Trasporti S.r.l.	AUG/4891/2018	[400-600.000]	attività di trasporto su strada in conto terzi con mezzi propri, servizi di deposito e custodia
Motexpress S.r.l.	AUG/1194/2002	[400-600.000]	consegne a domicilio anche alimentari come corriere espresso, molteplici servizi di consegne, altri servizi (es: auto con autista). Offre anche servizi postali come la consegna di raccomandate
Real Print S.r.l.	AUG/4429/2017 LIC/3614/2017	[400-600.000]	diverse attività (es.: cartoleria, rilegatoria), anche servizio postale, posta ordinaria e pacchi, servizio di pony express
Postal Trade S.r.l.	AUG/4163/2016 LIC/3246/2016	[400-600.000]	attività postale di corriere
Blitz Service Distribuzione S.r.l.	AUG/859/2001 LIC/1056/2011	[400-600.000]	distribuzione e recapito veloce di assicurate e raccomandate per compagnie di assicurazione
Top Mail S.r.l.	AUG/2542/2011 LIC/2126/2013	[600.000-1.000.000]	Servizi Postali Integrati (stampa, piega, imbustamento e recapito, mailing, archiviazione ottica, postalizzazione, predisposizione per l'invio); invio di pacchi; archiviazione documentale
Severino Group S.r.l.	AUG/5173/2019	[600.000-1.000.000]	prevalentemente autotrasporti su strada per conto terzi di merci e operazioni annesse Anche altre attività (es. soccorso stradale e vendita accessori per auto)
Comer Servizi S.r.l.	AUG/1938/2009 LIC/662/2009	[1-2.000.000]	servizi postali nello specifico: stampa e recapito oggetti vari, spedizione tramite Poste Italiane direttamente o in partnership
D&D Express S.r.l.	AUG/4871/2018	[1-2.000.000]	da bilancio: opera nel settore trasporto merci su strada; dallo statuto: l'attività di spedizioni, trasporto, in proprio e per conto terzi, di logistica
Campania Recapiti Express S.r.l.	AUG/4099/2016 LIC/3058/2016	[1-2.000.000]	gestione della corrispondenza di compagnie di assicurazione e istituti bancari di rilevanza nazionale, aziende, professionisti e Pubbliche Amministrazioni (Campania e Roma)
Goodea S.r.l.	AUG/4212/2016	[1-2.000.000]	altre attività nel settore pubblicitario e di elaborazione dati ed altri servizi tra cui servizio Direct Mailing, spedizione materiale pubblicitario all'indirizzo fisico di utenti difficilmente raggiungibili online, stampa, lavorazione del materiale per la postalizzazione (imbustare, indirizzare e affrancare) affida il materiale da recapitare a Poste Italiane
Eurisko Post S.r.l.	AUG/4146/2016 LIC/3180/2016	[1-2.000.000]	accettazione e recapito di corrispondenza e pacchi, anche servizi non postali (es. acquisizione dati ed elaborazione dei formati di stampa)

Ditta	N. autorizzazioni e licenze	Ricavi delle vendite in euro	Attività
Soluzione Campania S.C. a R.L.	AUG/3567/2014 LIC/2488/2014 AEI/552/2014	[2-4.000.000]	accettazione smaltimento e recapito invii postali in Italia e all'estero, trasposto pacchi e plichi corriere espresso, notifiche atti, gestione archivi, gestione intero ciclo contravvenzioni e altro
Gruppo Servizi Postali S.r.l.	AUG/3128/2013 LIC/2017/2013	[2-4.000.000]	posta raccomandata, posta certificata, servizio a mezzo posta di atti giudiziari (reg. Agcom art.9 delibera n. 77/18/CONS)
La Campania Servizi Società Cooperativa	AUG/4856/2018	[2-4.000.000]	recapito consegna plichi, smistamento, facchinaggio, trasporto anche per conto terzi, raccolta rifiuti e altro
Fast Service S.r.l.	AUG/4952/2018	[2-4.000.000]	molteplici attività non postali e anche: servizio di affrancatura spedizione nazionali, recapiti urbani, moto-recapito, domiciliazione postale, accettazione raccomandate e pacchi e servizio di pony express
Log.Caserta Società Cooperativa	AUG/5226/2019	[2-4.000.000]	recapito consegna plichi, smistamento, facchinaggio, trasporto anche per conto terzi, raccolta rifiuti e altro
S.T. Soluzioni Trasporti S.r.l.	AUG/4850/2018	[4-10.000.000]	attività di trasporto di merci su strada
Express Speedy S.r.l.	AUG/5239/2019 LIC/4117/2019	[4-10.000.000]	servizi postali, accettazione, trattamento, imbustamento, inoltro e recapito di ogni genere di corrispondenza, gestione dell'ufficio corrispondenza per conto terzi; svolge anche servizi non postali (i rapporti con Poste Italiane sono desunti dai bilanci)
Gold Service S.r.l.	AUG/4926/2018	[4-10.000.000]	molteplici attività non postali, svolge anche: attività postali e di corriere senza obbligo di Servizio Universale, ritiro, smistamento, trasporto e recapito lettere, pacchi e pacchetti postali, consegna a domicilio, servizi di pony express
S.L. Soluzioni Logistiche S.r.l.	AUG/4853/2018	[4-10.000.000]	servizio di logistica; spedizioni per privati e aziende
CRC Post S.r.l.	AUG/1931/2008 LIC/655/2008	[10-20.000.000]	gestisce, in esclusiva per la regione Campania e parte della regione Lazio, il recapito della corrispondenza raccolta e accettata da Nexive. Il servizio di notifica di CRC POST è rivolto sia alla Pubblica Amministrazione sia a privati
Sagit S.r.l.	AUG/4857/2018	[10-20.000.000]	attività prevalente trasporto merci su strada. consegne, servizi logistici e distributivi di supporto a movimentazione e distribuzione di merci
Nuova Express Line S.r.l.	AUG/5388/2019	[20-30.000.000]	trasporto di corriere espresso (da bilancio); anche attività postale, es. smistamento raccolta consegna lettere, comunicazione ibrida

Riquadro A.2: Valore dei contratti sottoscritti da Soluzioni 1999-2017

1. Contratti relativi al periodo 1999 - 2007 (servizio di recapito raccomandate):
 - Accordo di *partnership* del 1999 che prevedeva [1.000.000-4.000.000] pezzi per anno solare (quantità);
 - Accordo di *partnership* del 2001 che prevedeva [1.000.000-4.000.000] pezzi per anno solare (quantità);
2. Contratti relativi al periodo 2007 - 2012 (servizio di distribuzione e raccolta di corrispondenza (registrata e non registrata) e posta non indirizzata ed espletamento di servizi ausiliari):
 - Accordo Quadro PCH 08/10/07-6935 - Lotti 6, 11, 19, 27 - dell'8 ottobre 2007 dal valore complessivo di [10.000.000-20.000.000] euro al netto di IVA (36 mesi) e per anno di [4.000.000-10.000.000] euro al netto di IVA, con relative proroghe sino al 30 settembre 2012 e, solo per il lotto 19, sino al 31 gennaio 2013;
 - Accordo Quadro prot. n. 2011.0010136.U del 25 agosto 2011 rinnovato poi di ulteriori 12 mesi ovvero dal 01/07/2011 al 30/06/2012, per un valore complessivo annuo di [4.000.000-10.000.000] euro al netto di IVA;
 - Accordo Quadro n. prot. 2012.0008246.U del 28 giugno 2012 rinnovato fino al 30/09/2012 per un valore complessivo pari a [1.000.000-4.000.000] euro al netto di IVA; Accordo Quadro n.-prot. 2012.0012259.U del 28 settembre 2012 in proroga relativamente al lotto 19 dal 01/10/2012 al 31/01/2013, per un importo complessivo pari a [200.000-600.000] euro al netto di IVA.
3. Contratti relativi al periodo 2012-2017 (servizio di distribuzione e raccolta di corrispondenza (registrata e non registrata) e posta non indirizzata ed espletamento di servizi ausiliari):
 - Accordo Quadro P-ACQ.2012.0012253.U - Lotto 2 - del 28 settembre 2012 dal valore di [1.000.000-4.000.000] euro/anno al netto di IVA con relative proroghe sino al 30 giugno 2017;
 - Accordo Quadro P-ACQ.2012.0012254.U - Lotto 6 - del 28 settembre 2012 dal valore di [600.000-1.000.000] euro/anno al netto di IVA con relative proroghe sino al 30 giugno 2017;
 - Accordo Quadro P-ACQ.2012.0012255.U - Lotto 9 - del 28 settembre 2012 dal valore di [600.000-1.000.000] euro/anno al netto di IVA con relative proroghe sino al 30 giugno 2017;
 - Accordo Quadro P-ACQ.2013.0000953.U - Lotto 3 - del 28 gennaio 2013 dal valore di [1.000.000-4.000.000] euro/anno al netto di IVA con relative proroghe sino al 30 giugno 2017.

1854 - SOFAR/FORNITURA INTEGRATORI ALIMENTARI*Provvedimento n. 29791*

L'AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO

NELLA SUA ADUNANZA del 3 agosto 2021;

SENTITO il Relatore Professor Michele Ainis;

VISTO l'articolo 101 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE);

VISTO il Regolamento n. 1/2003 del Consiglio del 16 dicembre 2002, concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del Trattato CE (ora 101 e 102 TFUE);

VISTA la legge 10 ottobre 1990, n. 287 e, in particolare, l'articolo 14-ter;

VISTO il Decreto del Presidente della Repubblica 30 aprile 1998, n. 217;

VISTO il proprio provvedimento n. 29654 del 4 maggio 2021, con il quale è stata avviata un'istruttoria ai sensi dell'articolo 14 della legge n. 287/90, nei confronti di SOFAR S.p.A., per accertare l'esistenza di violazioni dell'articolo 101 del TFUE, in relazione alle condizioni commerciali relative alle vendite *online* applicate da tale società nei rapporti verticali con la propria rete di distributori;

VISTA la comunicazione del 15 luglio 2021, con la quale la società SOFAR S.p.A. ha presentato impegni, ai sensi dell'articolo 14-ter della legge n. 287/90, secondo le modalità indicate nell'apposito "*Formulario per la presentazione degli impegni ai sensi dell'articolo 14-ter della legge n. 287/90*", consistenti, in sintesi:

a) nell'invio ai rivenditori dei propri prodotti di un'apposita comunicazione (allegato 1 al Formulario) per ribadire la loro facoltà di determinare liberamente, su ogni canale, ivi comprese le piattaforme *online* terze, i prezzi di rivendita al pubblico. Analoga dichiarazione verrà inserita in ogni contratto di fornitura e/o copia commissione inviata ai rivenditori e da questi firmata per accettazione. SOFAR si asterrà, inoltre, dall'effettuare pressioni, dirette o indirette, sui rivenditori per indurli al rispetto dei prezzi di listino;

b) nell'invio a tutti i suoi agenti di un'apposita comunicazione (allegato 2 al Formulario) volta a ribadire la facoltà dei rivenditori di determinare liberamente, su ogni canale, ivi comprese le piattaforme *online* terze, i prezzi di rivendita al pubblico dei prodotti SOFAR. Inoltre, SOFAR non offrirà incentivi ai suoi agenti in ogni modo connessi al prezzo al dettaglio praticato dai rivenditori da essi serviti;

CONSIDERATO che gli impegni presentati, nel loro complesso, appaiono non manifestamente infondati e tali da essere suscettibili di pubblicazione, impregiudicata ogni valutazione dell'Autorità sulla loro idoneità a risolvere le problematiche concorrenziali sollevate in sede di avvio;

RITENUTO, pertanto, di poter disporre la pubblicazione dei citati impegni presentati da SOFAR S.p.A. e dei relativi allegati, affinché i terzi interessati esprimano le loro osservazioni;

DELIBERA

a) di pubblicare in data 5 agosto 2021, sul sito *Internet* dell'Autorità, i sopra citati impegni, allegati al presente provvedimento, di cui costituiscono parte integrante, presentati dalla società SOFAR S.p.A. ai sensi dell'articolo 14-*ter* della legge n. 287/90;

b) che eventuali osservazioni sugli impegni presentati dalla società SOFAR S.p.A. dovranno pervenire per iscritto, entro e non oltre il 4 settembre 2021, alla Direzione Generale per la Concorrenza - Direzione Agroalimentare Farmaceutico e Trasporti dell'Autorità, Piazza G. Verdi, 6/A, 00198 Roma, tel. 06/85821.553, pec: *protocollo.agcm@pec.agcm.it*;

c) che eventuali rappresentazioni da parte di SOFAR S.p.A. della propria posizione in relazione alle osservazioni presentate da terzi sugli impegni, nonché l'eventuale introduzione di modifiche accessorie agli stessi, dovranno pervenire per iscritto all'Autorità entro e non oltre il 4 ottobre 2021.

IL SEGRETARIO GENERALE
Filippo Arena

IL PRESIDENTE
Roberto Rustichelli

OPERAZIONI DI CONCENTRAZIONE

C12379 - NEUBERGER BERMAN AURORA HOLDINGS-BHF/COMET

Provvedimento n. 29783

L'AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO

NELLA SUA ADUNANZA del 20 luglio 2021;

SENTITO il Relatore Professor Michele Ainis;

VISTA la legge 10 ottobre 1990, n. 287;

VISTO il D.P.R. 30 aprile 1998, n. 217;

VISTA la comunicazione della società NB Aurora Holding s.à. r.l., pervenuta il 25 giugno 2021;

VISTA la documentazione agli atti;

CONSIDERATO quanto segue:

I. LE PARTI

1. Neuberger Berman Aurora Holdings S.à.r.l. (di seguito NB) è una società di *permanent capital* focalizzata in investimenti in piccole e medie imprese italiane non quotate in borsa. La società adotta un approccio di *active minority*, realizzando *partnership* imprenditoriali di medio lungo periodo. La società è soggetta al controllo indiretto di NB Group LCC. NB ha realizzato nel 2019 un fatturato a livello mondiale pari a circa [3-4]* miliardi di euro, di cui circa [1-2] miliardi di euro in Italia.

2. Comet S.r.l. è una società attiva nella produzione e commercializzazione di mescole di gomma naturale e di materiali similari, compresi materiali termoplastici, nella commercializzazione di materie prime e additivi legati ai settori della gomma e delle plastiche e nella produzione e commercializzazione di articoli tecnici particolari e speciali. Il capitale sociale di Comet è detenuto interamente da BHF S.r.l. Comet ha realizzato nel 2019 un fatturato a livello mondiale pari a circa [31-100] milioni di euro, di cui circa [31-100] milioni di euro per vendite in Italia.

II. DESCRIZIONE DELL'OPERAZIONE

3. La concentrazione notificata consiste nell'acquisizione da parte di NB del controllo congiunto su Comet S.r.l., attraverso l'acquisto di azioni corrispondenti ad una quota del [30-35%] del capitale della società *target* mediante cessione di quote da parte del socio unico BHF S.r.l. ad una società veicolo Newco. Ad esito della concentrazione, anche in ragione dei patti parasociali che completano la stessa e che conferiscono a NB diritti di veto sulle delibere del CDA su alcune materie strategiche, si verrà a realizzare una situazione di controllo congiunto di NB e BHF sulla Target, con quote azionarie del capitale di Comet S.r.l. rispettivamente pari al [30-35%] e al [65-70%].

* Nella presente versione alcuni dati sono omessi, in quanto si sono ritenuti sussistenti elementi di riservatezza o di segretezza delle informazioni.

III. QUALIFICAZIONE DELL'OPERAZIONE

4. L'operazione comunicata, in quanto comporta l'acquisizione del controllo di un'impresa, costituisce un'operazione di concentrazione, ai sensi dell'articolo 5, comma 1, lettera *b*), della legge n. 287/90.

Essa rientra nell'ambito di applicazione della legge n. 287/90, non ricorrendo le condizioni di cui all'articolo 1 del Regolamento CE 139/04, ed è soggetta all'obbligo di comunicazione preventiva disposto dall'articolo 16, comma 1, della medesima legge, in quanto il fatturato totale realizzato, nell'ultimo esercizio a livello nazionale, dall'insieme delle imprese interessate è stato superiore a 511 milioni di euro e il fatturato totale realizzato, nell'ultimo esercizio a livello nazionale, da almeno due delle imprese interessate è superiore a 31 milioni di euro.

IV. VALUTAZIONE DELLA CONCENTRAZIONE

5. In ragione dell'operatività della società *target*, l'operazione di concentrazione interessa il settore delle mescole in gomma.

Sotto il profilo merceologico, il settore interessato è quello della produzione di mescole in gomma destinate ad applicazioni in vari settori industriali. In particolare, l'impresa *target* è attiva nello sviluppo, nella produzione e nella commercializzazione di mescole di gomma naturale e sintetica e di mescole siliciche e fluorosiliciche *tailor made*. Sia le mescole in gomma sia quelle siliciche e fluorosiliciche sono prodotti semilavorati che vengono venduti ad aziende di trasformazione, che li trasformano in prodotti finiti, i.e. guarnizioni, *o-rings*, profili, tubi e articoli tecnici.

Sembra pertanto potersi individuare il mercato dello sviluppo, della produzione e della commercializzazione di mescole in gomma naturale e di mescole siliciche e fluorosiliciche.

Considerato, comunque, che nessuna delle società controllate e partecipate dall'acquirente è attiva in questo settore e che, pertanto, non vi è alcuna sovrapposizione tra le loro attività e quella dell'acquisita, si ritiene non sia necessario, ai fini della presente operazione, stabilire se ciascuna tipologia di mescola individui o meno un mercato del prodotto distinto.

6. Per quanto concerne il mercato geografico si rileva che l'Autorità, in casi precedenti, ha ritenuto che il mercato delle mescole in gomma sia di dimensione quantomeno comunitaria, in considerazione dell'elevato interscambio commerciale e dell'omogeneità delle condizioni concorrenziali a livello europeo¹.

7. Con riferimento agli effetti dell'operazione, la stessa comporterà l'acquisizione del controllo congiunto di Comet da parte di NB, unitamente a BHF. Comet, nel mercato delle mescole di gomma così come sopra individuato, a livello europeo, ha una quota di mercato di circa il [1-5%] nel 2020, a fronte di numerosi e qualificati *competitors* quali Hexpol e Polymerteknik Elbee con quote, rispettivamente, del 10-20% e [1-5%-5-10%].

8. Attesa la limitata quota di mercato della *target* e l'assenza di sovrapposizioni di natura orizzontale o verticale tra le attività delle Parti nel mercato rilevante delle mescole in gomma, si ritiene che la

¹ Cfr. caso C8641 - COOPER - STANDARD AUTOMOTIVE/RAMI D'AZIENDA DI METZELER AUTOMOTIVE PROFILE SYSTEMS.

concentrazione in esame non appaia idonea a modificare significativamente le dinamiche concorrenziali nel mercato rilevante.

RITENUTO, pertanto, che l'operazione in esame, consistente nell'acquisizione del controllo congiunto di Comet S.r.l. da parte di NB e BHF, non comporta, ai sensi dell'articolo 6, comma 1, della legge n. 287/90, la costituzione o il rafforzamento di una posizione dominante nel mercato interessato, tale da eliminare o ridurre in modo sostanziale e durevole la concorrenza;

DELIBERA

di non avviare l'istruttoria di cui all'articolo 16, comma 4, della legge n. 287/90.

Le conclusioni di cui sopra saranno comunicate, ai sensi dell'articolo 16, comma 4, della legge n. 287/90, alle imprese interessate e al Ministro dello Sviluppo Economico.

Il presente provvedimento sarà pubblicato nel Bollettino dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.

IL SEGRETARIO GENERALE
Filippo Arena

IL PRESIDENTE
Roberto Rustichelli

C12380 - ACCENTURE/ETHICA CONSULTING

Provvedimento n. 29784

L'AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO

NELLA SUA ADUNANZA del 20 luglio 2021;

SENTITO il Relatore Presidente Roberto Rustichelli;

VISTA la legge 10 ottobre 1990, n. 287;

VISTO il D.P.R. 30 aprile 1998, n. 217;

VISTA la comunicazione della società Accenture Italia S.p.A., pervenuta in data 30 giugno 2021;

VISTA la documentazione agli atti;

CONSIDERATO quanto segue:

I. LE PARTI

1. Accenture S.P.A. (di seguito "Accenture") è un'azienda globale di servizi professionali che fornisce servizi di strategia e consulenza, servizi interattivi, tecnologici e operativi. I clienti di Accenture sono attivi in molte aree industriali, come banche, mercati dei capitali, comunicazioni, prodotti chimici, assicurazioni, beni di consumo, trasporti, sanità, scienze della vita, approvvigionamento energetico, materie prime o nel settore pubblico. Accenture è controllata direttamente dalla società di diritto olandese Accenture International B.V. e in maniera indiretta dalla società di diritto irlandese Accenture PLC, quotata alla borsa di New York, negli Stati Uniti.

Nel 2020 il fatturato consolidato realizzato a livello mondiale dal Gruppo Accenture è stato pari a circa [30-40]* miliardi di euro, di cui circa [1-2] miliardi di euro realizzati in Italia.

2. Ethica Consulting S.P.A. (di seguito "Ethica"), costituita nel 2002, è una società per azioni capogruppo di alcune aziende italiane attive nei campi della fornitura di prodotti *software* e di servizi informatici per la gestione e lo sviluppo dell'impresa, della trasformazione SAP e della fornitura delle soluzioni S/4 HANA e SaaS Consulting, della fornitura di servizi di System Integration, nonché di servizi AM. Ethica è soggetta al controllo di tre persone fisiche (congiuntamente indicati quali "la Parte Venditrice"), ciascuna in possesso del 30% di quote di partecipazione societaria: i signori Ilio Sanguin (di seguito "IS"), Alessandro Brunello (di seguito "AB") e Diego Bandolin (di seguito "DB"). La restante quota è detenuta, quale azionariato proprio, della società stessa. Ethica controlla direttamente le società ICM.S S.r.l. (di seguito "ICMS"), Altevie S.r.l. (di seguito "Altevie") ed Espedia S.r.l. ("Espedia"), attive nel medesimo settore della controllante. Ethica e la Parte Venditrice, inoltre, detengono quote di partecipazione nelle società Enterprise Knowledge Reengineering s.r.l. (di seguito "EKR") e Fast Start S.r.l. in Liquidazione (di seguito "Fast Start"), quest'ultima al momento inattiva.

Nel 2020, Ethica ha realizzato a livello mondiale un fatturato consolidato pari a [31-100] milioni di euro, di cui [31-100] a livello nazionale.

* Nella presente versione alcuni dati sono omessi, in quanto si sono ritenuti sussistenti elementi di riservatezza o di segretezza delle informazioni.

II. DESCRIZIONE DELL'OPERAZIONE

3. L'operazione comunicata consiste nell'acquisizione del controllo esclusivo di Ethica e delle società da essa direttamente controllate da parte di Accenture.
4. Preliminarmente alla conclusione dell'operazione, la Parte Venditrice ha rilevato le quote di partecipazione di Ethica – o dalle società da essa controllate – in EKR e Fast Start. Inoltre, Ethica ha acquisito dalla Parte Venditrice le quote di partecipazioni in Altevie e ICMS.

III. QUALIFICAZIONE DELL'OPERAZIONE

5. L'operazione comunicata, in quanto comporta l'acquisizione del controllo di un'impresa, costituisce una concentrazione ai sensi dell'articolo 5, comma 1, lettera *b*), della legge n. 287/90. Essa rientra nell'ambito di applicazione della legge n. 287/90 non ricorrendo le condizioni di cui all'articolo 1 del Regolamento CE 139/2004, ed è soggetta all'obbligo di comunicazione preventiva disposto dall'articolo 16, comma 1, della medesima legge in quanto il fatturato totale realizzato, nell'ultimo esercizio a livello nazionale, dall'insieme delle imprese interessate è stato superiore a 511 milioni di euro e il fatturato totale realizzato, nell'ultimo esercizio a livello nazionale, individualmente da almeno due delle imprese interessate è stato superiore a 31 milioni di euro.

IV. VALUTAZIONE DELLA CONCENTRAZIONE

6. L'operazione in esame interessa il settore servizi dell'Information *Technology* (di seguito anche solo "IT Services" o "Servizi IT").
7. I Servizi IT possono essere segmentati considerando la tipologia di servizi, oltre che per le caratteristiche dei settori in cui i clienti operano¹.
8. Come evidenziato in numerosi precedenti dell'Autorità², il forte tasso di innovazione e la rapida e costante evoluzione tecnologica che caratterizzano il settore IT rendono non sempre agevole una netta demarcazione tra i diversi mercati (e ancor più tra i segmenti) di cui tale settore si compone.
9. Le imprese che vi operano tendono, infatti, a offrire una molteplicità di servizi, adattando la propria offerta alla stessa evoluzione tecnologica, alla domanda e alle esigenze della clientela.
10. Più in generale, all'interno dei servizi IT, la Commissione Europea ha individuato sette segmenti che identificano una pluralità di servizi informatici diretti alle imprese³. Si tratta, in particolare, dei servizi di: (i) *IT management*, per l'utilizzo di specifiche competenze al fine di creare e ottimizzare processi e flussi informativi aziendali; (ii) *transaction IT management*, per le transazioni che necessitano di supporti informatici; (iii) consulenza per l'analisi e il miglioramento delle strategie tecnologiche; (iv) *software development*, per sviluppare e integrare le soluzioni nelle

¹ Cfr., *ex multis*, Provvedimento dell'Autorità n. 28331 del 4 agosto 2020, caso *C12312 – OEP 14 COOPERATIEF U.A./TECHEDGE*; Provvedimento dell'Autorità n. 26818 del 25 ottobre 2017, caso *C12119 – Engineering Ingegneria Informatica/Infogroup Informatica e Servizi Telematici*; Decisione della Commissione Europea del 19 giugno 2013, caso *M.6921 – IBM Italia/UBIS*.

² Cfr., tra gli altri, Provvedimento n. 24851 del 27 marzo 2014, caso *C11943 – ICCREA Holding/I.S.I.D.E.*, in Boll. n. 15/2014; provvedimento n. 23925 del 27 settembre 2012, caso *C11772 – Accenture Sub/Octagon Research Solution*, in Boll. n. 39/12.

³ Cfr. i casi: *M.7458 – IBM/INF Business of Deutsche Lufthansa*; *M.9205 – IBM/Red Hat*; *M.6921 – IBM Italia/UBIS*; *M.6237 – Computer Sciences Corporation/Isoft Group*; *M.6127 – Atos Origin/Siemens It Solutions & Services*; *M.5666 – Xerox/Affiliated Computer Services*; *M.5301 – CAP Gemini/BAS*; *M.2946 – IBM/PWC Consulting*.

infrastrutture esistenti; (v) *software maintenance*, per la manutenzione dei prodotti (sistemi operativi, applicazioni di *software*, ecc.) e l'assistenza tecnica (anche *on line* o telefonica); (vi) *hardware maintenance*, per ottimizzare i sistemi attraverso installazione, manutenzione e assistenza tecnica di componenti *hardware*; (vii) istruzione e addestramento, per il trasferimento delle conoscenze al di fuori della formazione professionale.

11. Sulla base delle informazioni fornite, per quanto concerne i settori di destinazione, Ethica opera nel più generale mercato dei Servizi IT, in prevalenza nei segmenti: (i) *IT management*, (iii) consulenza, (iv) *software development*. Accenture non è attiva nella progettazione o vendita di prodotti software. Accenture fornisce servizi di implementazione del software e di gestione delle applicazioni.

12. Dal punto di vista geografico, si ritiene di lasciare aperta la definizione del mercato e, in particolare, se tale mercato sia nazionale o più ampio, in quanto in entrambe le configurazioni non si avrebbero effetti pregiudizievoli per la concorrenza.

13. Sulla base delle informazioni prodotte in sede di notifica, nell'ambito dei Servizi IT, nel 2020, a livello nazionale Accenture detiene una quota, pari al [5-10]%, mentre Ethica detiene una quota di mercato inferiore all'1%. Pertanto, a seguito dell'operazione, la quota di mercato della Parte acquirente, già contenuta, subirà una modifica soltanto marginale. Va considerato che su tale comparto sono presenti numerosi e qualificati concorrenti quali IBM, Gruppo Engineering, Telecom Italia, Reply e KPMG detengono quote prossime alla Parte acquirente.

14. Per ciò che concerne i segmenti di mercato sopraindicati, sulla base delle informazioni fornite, Accenture detiene: nell' *IT management*, una quota di mercato pari al [10-20]%; nei servizi di consulenza, una quota di mercato pari al [10-20]%, nel *software development*, una quota di mercato pari al [10-20]%.
In tali segmenti, invece, le quote di mercato di Ethica sono inferiori all'1%.

15. In conclusione, in considerazione delle quote di mercato detenute dalle parti interessate e della presenza di importanti concorrenti, l'operazione in esame non appare suscettibile di modificare in maniera sostanziale la struttura e le dinamiche competitive dei mercati interessati.

RITENUTO, pertanto, che l'operazione in esame non comporta, ai sensi dell'articolo 6, comma 1, della legge n. 287/90, la costituzione o il rafforzamento di una posizione dominante nel mercato della fornitura di servizi e di sistemi telematici per il settore assicurativo e automobilistico, tale da eliminare o ridurre in modo sostanziale e durevole la concorrenza;

DELIBERA

di non avviare l'istruttoria di cui all'articolo 16, comma 4, della legge n. 287/90.

Le conclusioni di cui sopra saranno comunicate, ai sensi dell'articolo 16, comma 4, della legge n. 287/90, alle imprese interessate e al Ministro dello Sviluppo Economico.

Il presente provvedimento sarà pubblicato nel Bollettino dell’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.

IL SEGRETARIO GENERALE

Filippo Arena

IL PRESIDENTE

Roberto Rustichelli

ATTIVITA' DI SEGNALAZIONE E CONSULTIVA

AS1780 – CITTÀ METROPOLITANA DI TORINO – RINNOVO AUTOMATICO DELLE CONCESSIONI DI PICCOLA DERIVAZIONE D'ACQUA

Roma, 25 giugno 2021

Città Metropolitana di Torino

In relazione alla richiesta di parere formulata dalla Città Metropolitana di Torino (di seguito, CMT) con riferimento alla proposta di interrompere i termini delle procedure di rinnovo automatico delle concessioni di piccola derivazione d'acqua o mini-idro (*i.e.* di potenza nominale annua media inferiore ai 3.000 kW), sul presupposto che l'attuale disciplina nazionale e regionale in materia sia in contrasto con l'art. 117, co. 1 della Costituzione e con l'art.12 della Direttiva 2006/123/CE (c.d. Direttiva servizi), quest'ultima così come interpretata dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea, da ultimo con la sentenza c.d. *Promoimpresa*¹, l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, nella propria riunione del 22 giugno 2021, ha inteso svolgere le seguenti considerazioni, ai sensi dell'articolo 22 della legge 10 ottobre 1990, n. 287.

Più in dettaglio, l'Amministrazione istante ha chiesto all'Autorità: *“di esprimere un parere in merito alla coerenza nella materia de qua della disciplina risalente all'art.12 della Direttiva 2006/123/CE e dunque della conformità delle vigenti previsioni regionali. Allo stesso modo si chiede una valutazione circa l'intendimento di questa Città Metropolitana di interrompere i procedimenti di rinnovo in attesa di un diverso quadro normativo”*. Secondo la Città Metropolitana di Torino *“tale scelta, benché necessitata dalla mancanza del potere di disapplicazione e dalla convinzione di esercitare una funzione amministrativa sulla base di una normativa in contrasto con le regole della concorrenza, produrrà un prolungamento della concessione e dunque dello sfruttamento a titolo particolare della risorsa pubblica, con ciò ledendo sia l'affidamento dei concessionari uscenti sia la legittima aspettativa di altri operatori economici”*.

L'Autorità, in merito al primo quesito sottoposto dalla CMT, intende confermare l'applicabilità dell'art. 12 della c.d. Direttiva servizi anche in materia di rinnovo delle concessioni di piccole derivazioni idroelettriche e sottolineare l'insanabile contrarietà con tale previsione delle norme di diritto interno che, al contrario, prevedano il rinnovo automatico, come l'art. 30 del Regolamento Regione Piemonte n. 10/2003 (il cui contenuto è analogo all'articolo 28 del Regio Decreto n.

¹ Sentenza della C.G.U.E. del 14 luglio 2016, Cause riunite C-458/14 e C-67/15, ECLI:EU:C:2016:558.

1775/1933). L'Autorità ha, peraltro, già avuto occasione di rappresentare la propria posizione in materia nella recente segnalazione, ex art. 21, legge n. 287/1990, AS1722 alla quale, pertanto, integralmente si rimanda².

Il secondo quesito concerne la decisione della CMT di interrompere i termini delle procedure di rinnovo automatico delle concessioni mini-idro "in attesa di un diverso quadro normativo". È la stessa amministrazione istante a riconoscere che tale soluzione produrrebbe l'effetto indesiderato di avvantaggiare il concessionario uscente, al quale permarrebbe la titolarità della concessione mini-idro per tutto il tempo necessario all'adozione di una nuova disciplina normativa (conforme al diritto euro-unitario) e allo svolgimento delle relative procedure competitive.

Al riguardo, l'Autorità, in linea con la costante giurisprudenza della Corte di Giustizia e delle superiori Corti nazionali, come testimoniato anche dai propri numerosi interventi di *competition advocacy*³ sul tema, ha sempre aderito all'orientamento secondo cui non solo il giudice nazionale ma anche l'Amministrazione pubblica⁴ ha il dovere di dare immediata applicazione alle norme dell'Unione europea provviste di effetto diretto, quale corollario proprio del principio della primazia del diritto europeo (il c.d. *administrative direct effect*) e, per tale ragione, di disapplicare le norme di diritto interno con esse incompatibili.

Si ritiene, pertanto, che la CMT, sul presupposto della contrarietà della disciplina vigente nella Regione Piemonte in materia di rinnovi delle concessioni mini-idro con il diritto dell'Unione europea, debba garantire piena effettività alla primaria normativa europea, al fine di consentirle di raggiungere l'obiettivo da essa prefissato, disponendo, dunque, una procedura competitiva per il rinnovo delle concessioni mini-idro scadute e in scadenza, rispettosa dei principi di trasparenza, pubblicità e parità di trattamento e per una durata adeguata, così come previsto dall'art. 12 della c.d. Direttiva servizi.

Al riguardo, l'amministrazione potrà valutare l'opportunità di estendere anche ai casi di rinnovo la procedura prevista dal citato Regolamento regionale n. 10/2003 per l'ipotesi di rilascio delle concessioni mini-idro (art. 15-bis *Domande di utilizzo dell'acqua ad uso energetico soggette ad autorizzazione unica*).

L'Autorità auspica, pertanto, che la Città Metropolitana di Torino, nel dare seguito alle indicazioni sopra fornite, proceda celermente a predisporre procedure competitive, conformi a quanto richiesto

² Segnalazione, ex art. 21, legge n. 287/1990, AS1722 - *Rinnovi automatici di concessioni per piccole derivazioni d'acqua a scopo idroelettrico*, in Bollettino n. 10/2021.

³ Vd., ex multis, il parere motivato, reso ai sensi dell'art. 21-bis, legge n. 287/1990, AS1701 - *Comune di Piombino (LI) - Concessioni demaniali marittime con finalità turistico ricreative*, in Bollettino n. 41/2020 che ha trovato conferma nella sentenza del T.A.R. Toscana n. 363/2021 in cui si legge: "[...] è ormai principio consolidato in giurisprudenza quello secondo il quale la disapplicazione (rectius, non-applicazione) della norma nazionale confliggente con il diritto euro-unitario [...] costituisca un obbligo per lo Stato membro in tutte le sue articolazioni e, quindi, anche per l'apparato amministrativo e per i suoi funzionari, qualora sia chiamato ad applicare la norma interna contrastante con il diritto euro-unitario (cfr., pressoché in termini, Cons. Stato, Sez. VI, 23 maggio 2006 n. 3072, ma a partire da Corte costituzionale 21 aprile 1989 n. 232, e in sede europea da Corte di Giustizia della Comunità europea, 22 giugno 1989, C-103/88 Fratelli Costanzo, nonché Corte di Giustizia dell'Unione europea 24 maggio 2012, C-97/11 Amia). [...] Il Comune avrebbe dovuto disapplicare le disposizioni di proroga automatica delle concessioni demaniali marittime in essere per contrasto alla normativa euro-unitaria; e in ciò consiste il vizio che inficia in radice la Determina Dirigenziale comunale [...]".

⁴ Solo per completezza, si ricorda che il dovere di disapplicazione del diritto interno contrastante con il diritto euro-unitario è stato riconosciuto dalla C.G.U.E. anche specificamente alla stessa Autorità, a partire dalla c.d. sentenza CIF del 2003 (sentenza C.G.U.E. del 9 giugno 2003, ECLI:EU:C:2003:430).

dall'art. 12 della Direttiva servizi, per la riassegnazione delle concessioni mini-idro scadute o in scadenza, di cui sia già pendente la richiesta di rinnovo.

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

IL PRESIDENTE

Roberto Rustichelli

AS1781 - PIATTAFORMA PER LA NOTIFICAZIONE DIGITALE DEGLI ATTI DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE

Roma, 22 luglio 2021

Senato della Repubblica Italiana
Camera dei Deputati

Nell'esercizio del potere di segnalazione di cui all'articolo 21 e all'articolo 22 della legge n. 287/90, l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, nell'adunanza del 20 luglio 2021, ha inteso formulare alcune osservazioni in merito all'art. 26 "*Piattaforma per la notificazione digitale degli atti della pubblica amministrazione*" del D.L. n. 76/2020, "*Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitale*", convertito dalla l. n. 120/2020, come modificato dall'art. 38 "*Misure per la diffusione delle comunicazioni digitali delle pubbliche amministrazioni e divario digitale*", del D.L. n. 77/2021, "*Governance del Piano nazionale di ripresa e resilienza e prime misure di rafforzamento delle strutture amministrative e di accelerazione e snellimento delle procedure*", in corso di conversione (AC3146).

L'Autorità condivide pienamente gli obiettivi di semplificazione e di transizione verso il digitale alla base del sopradetto intervento normativo, di cui è espressione anche la prevista costituzione di una Piattaforma per la notificazione digitale degli atti della pubblica amministrazione (di seguito Piattaforma).

L'Autorità ritiene tuttavia opportuno evidenziare alcuni specifici aspetti che sollevano criticità dal punto di vista concorrenziale.

In particolare, l'art. 26, comma 20, del D.L. n. 76/2020, modificato dall'art. 38 del D.L. n. 77/2021, che affida al fornitore del servizio universale il recapito delle comunicazioni cartacee in relazione agli atti oggetto di notificazione, restringe ingiustificatamente la concorrenza, in quanto attribuisce indebiti vantaggi a Poste Italiane S.p.A., a discapito degli operatori postali titolari di licenza e, conseguentemente, del mercato e dei consumatori, tenuto conto altresì del fatto che i servizi contemplati dalla norma rientrano tra quelli svolti sul mercato in regime di libera concorrenza, peraltro di recente liberalizzazione.

Ciò in un contesto in cui l'art. 26, comma 19, del D.L. n. 76/2020, già dispone l'affidamento, in tutto o in parte, dello sviluppo della Piattaforma, al fornitore del servizio universale, anche attraverso il riuso dell'infrastruttura tecnologica esistente di proprietà del suddetto fornitore; tale affidamento, nella misura in cui non risulta preceduto da una procedura competitiva di selezione dell'operatore più efficiente, appare violare i principi di concorrenza e non discriminazione.

L'Autorità auspica pertanto che, nell'attuale fase di conversione del citato D.L. n. 77/2021 e, in particolare, dell'art. 38, il legislatore, attraverso opportune modifiche al predetto art. 38, riveda l'art. 26, comma 20, del D.L. n. 76/2020, nel senso di eliminare il previsto affidamento *ex lege* al fornitore del servizio universale dell'attività di consegna delle comunicazioni cartacee e di rimuovere ogni indebita discriminazione nei confronti degli operatori postali titolari delle prescritte licenze, presupposto per il corretto dispiegarsi delle dinamiche concorrenziali con riguardo ai servizi postali da prestare in regime di libera concorrenza.

L'Autorità auspica, inoltre, una revisione del contenuto dell'art. 26, comma 19, del D.L. n. 76/2020, risultando a tale proposito più opportuno che l'affidamento, in tutto o in parte, dello sviluppo della Piattaforma, sia preceduto da un'adeguata procedura competitiva di selezione dell'operatore più efficiente.

La presente segnalazione sarà pubblicata sul Bollettino dell'Autorità.

IL PRESIDENTE

Roberto Rustichelli

AS1782 - COMUNE DI GRADO (GO) - PROROGA DELLE CONCESSIONI DEMANIALI MARITTIME CON FINALITÀ TURISTICO-RICREATIVE

Roma, 2 agosto 2021

Comune di Grado

L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, nella sua riunione del 20 luglio 2021, ha inteso formulare alcune osservazioni ai sensi dell'articolo 21 della legge 10 ottobre 1990, n. 287, in relazione alle criticità concorrenziali, non giustificate da esigenze di interesse generale, derivanti dall'atto amministrativo di codesto Comune (Delibera di Giunta Comunale n. 246 del 18 novembre 2019, avente ad oggetto "*Indirizzi per la variazione della data di scadenza delle concessioni in essere su demanio turistico ricreativo secondo quanto previsto dal comma 682 dell'art.1 della L. 30.12.2018, n. 145*") relativo alla proroga della validità temporale delle concessioni demaniali marittime con finalità turistico-ricreative in essere.

In particolare, mediante il suddetto atto amministrativo, il Comune di Grado ha esteso la durata delle concessioni di beni del demanio marittimo con finalità turistico-ricreative in favore dei concessionari esistenti, sulla base in particolare di quanto previsto dall'articolo 1, commi 682, 683 e 684, della Legge n. 145/2018 (che ha disposto un nuovo termine di scadenza delle concessioni demaniali marittime con finalità turistico-ricreative alla data del 31 dicembre 2033).

In linea generale, l'Autorità ricorda che, in materia di affidamenti riguardanti l'uso di beni pubblici (rientranti nel demanio o nel patrimonio indisponibile dello Stato o degli enti locali), l'individuazione del privato affidatario deve avvenire mediante l'espletamento, da parte della Pubblica Amministrazione, di procedure ad evidenza pubblica¹.

Al riguardo, si evidenzia che gli articoli 49 e 56 del TFUE impongono agli Stati Membri l'abolizione delle restrizioni ingiustificate alle libertà di stabilimento e alla libera prestazione dei servizi, ossia di tutte le misure che vietano, ostacolano o comunque sono idonee a comprimere l'esercizio di tali libertà. Secondo la Corte di giustizia dell'Unione europea, una normativa nazionale che consente la proroga automatica delle concessioni demaniali pubbliche in essere per attività turistico-ricreative deve considerarsi in violazione di dette disposizioni².

¹ Cfr., *ex multis*, Consiglio di Stato, Sez. VI, sentenza 25 settembre 2009, n. 5765, e Consiglio di Stato, Sez. VI, sentenza 18 novembre 2019, n. 7874; nonché, da ultimo, Consiglio di Stato, Sez. IV, sentenza 16 febbraio 2021, n. 1416 e Consiglio di Stato, Sez. VI, sentenza 9 marzo 2021, n. 2002.

In tal senso si è espressa anche l'ANAC con la delibera del 17 gennaio 2019, n. 25.

² Cfr. sentenza della Corte di Giustizia del 14 luglio 2016, cause riunite C-458/14 e C-67/15, *Promoimpresa srl e a. contro Consorzio dei comuni della Sponda Bresciana del Lago di Garda e del Lago di Idro e a..*

Inoltre, la Direttiva 2006/123/CE (cosiddetta Direttiva Servizi) prevede, all'articolo 12, che “qualora il numero di autorizzazioni disponibili per una determinata attività sia limitato per via della scarsità delle risorse naturali o delle capacità tecniche utilizzabili, gli Stati Membri applicano una procedura di selezione tra i candidati potenziali, che presenti garanzie di imparzialità e di trasparenza e preveda, in particolare, un'adeguata pubblicità dell'avvio della procedura e del suo svolgimento e completamento” (par. 1), e che, in tali casi, “l'autorizzazione è rilasciata per una durata limitata adeguata e non può prevedere la procedura di rinnovo automatico né accordare altri vantaggi al prestatore uscente o a persone che con tale prestatore abbiano particolari legami” (par. 2).

Come noto, gli Stati membri sono tenuti a conformarsi ai richiamati principi euro-unitari e, ove la normativa interna non rispetti le disposizioni della Direttiva citata, contrastando di riflesso con i principi di libera circolazione e di libertà di stabilimento, se ne impone la relativa disapplicazione³. In tal senso, l'Autorità, in precedenti interventi di *advocacy*, si è più volte pronunciata sulla necessità di procedere agli affidamenti delle concessioni – tra cui quelle riguardanti i beni demaniali marittimi ed aventi finalità turistico/ricreative⁴ – mediante lo svolgimento di procedure ad evidenza pubblica. In particolare, è stato osservato che nei mercati in cui, in ragione delle specifiche caratteristiche oggettive delle attività tecniche, economiche e finanziarie, esiste un'esclusiva, o sono ammessi ad operare un numero limitato di soggetti, l'affidamento delle concessioni deve comunque avvenire mediante procedure concorsuali trasparenti e competitive, al fine di attenuare gli effetti distortivi della concorrenza connessi alla posizione di privilegio attribuita al concessionario⁵.

³ Si ricorda, infatti, che, secondo la consolidata giurisprudenza europea, tutte le amministrazioni nazionali, nell'esercizio delle loro funzioni, sono tenute ad applicare le disposizioni del diritto europeo, disapplicando le norme nazionali da esse non conformi; cfr., *ex multis*, le sentenze pronunciate dalla CGUE nella causa 103/88, *Fratelli Costanzo c. Comune di Milano*, nonché nella causa C-224/97, *Ciola* e nella causa C-198/01, *Consorzio Industrie Fiammiferi (CIF) c. Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*.

In tal senso, la Corte di Giustizia Europea ha ribadito, da ultimo nella sentenza del 4 dicembre 2018, caso C-378/17, che “il principio del primato del diritto dell'Unione impone non solo agli organi giurisdizionali, ma anche a tutte le istituzioni dello Stato Membro di dare pieno effetto alle norme dell'Unione” (par. 39), e ha ricordato che la disapplicazione della norma interna confliggente con la normativa europea costituisce un obbligo dello Stato Membro “in tutte le sue articolazioni” ossia che l'obbligo di disapplicare riguarda anche “tutti gli organismi dello Stato, ivi comprese le autorità amministrative, incaricati di applicare, nell'ambito delle rispettive competenze, il diritto dell'Unione” (par. 38). In proposito si vedano altresì, *ex multis*, le sentenze pronunciate dalla Corte di Giustizia Europea nella causa 106/77, *Amministrazione delle finanze dello Stato c. Simmenthal SpA*, nella causa C-119/05, *Lucchini*, nella causa C-614/14, *Ognyanov* e nelle cause riunite C-52/16 e C-113/16, «SEURO» *Kfi*.

⁴ Cfr. la segnalazione resa dall'Autorità in data 12 dicembre 2018 ai sensi degli articoli 21 e 22 della legge n. 287/1990 (AS1550 – *Concessioni e criticità concorrenziali*, in Bollettino n. 48/2018).

⁵ Anche la giurisprudenza amministrativa ha rilevato un disallineamento tra la normativa nazionale che dispone la proroga delle concessioni e la normativa euorunitaria, evidenziando la necessità per le Amministrazioni Pubbliche di disapplicare la normativa nazionale in modo da garantire che la selezione degli operatori economici interessati avvenga in ogni caso tutelando la concorrenza, rispettando i principi di libera circolazione dei servizi, *par condicio*, imparzialità, proporzionalità, non discriminazione e trasparenza.

In proposito cfr., *ex multis*, TAR Veneto, sentenza n. 218/2020, TAR Puglia, sentenza n. 36/2020, e Consiglio di Stato, Sez. VI, sentenza n. 7874/2019, cit.; nonché, da ultimo, proprio sul tema della proroga automatica delle concessioni demaniali marittime in essere, TAR Toscana, sentenza n. 363/2021, Consiglio di Stato, Sez. IV, sentenza 16 febbraio 2021, n. 1416, cit., e Consiglio di Stato, Sez. VI, sentenza 9 marzo 2021, n. 2002, cit.. In particolare, nelle ultime due sentenze citate, il Consiglio di Stato ha statuito, nel primo caso, che “qualsivoglia normativa nazionale o regionale deve in materia ispirarsi alle regole della Unione Europea sulla indizione delle gare (cfr. Cons. Stato, sez. VI, 13 aprile 2017, n. 1763), stante l'efficacia diretta nell'ordinamento interno degli Stati membri delle pronunce della Corte”, e, nel secondo caso, che “il nuovo contesto è connotato dalla presa in considerazione dell'efficacia del quadro giuridico unionale, ricavabile, a sostegno della tesi del Comune, dalla nota sentenza Corte UE *Promoimpresa* del 14 luglio 2016 come un quadro giuridico

Con specifico riferimento alle procedure e ai provvedimenti di proroga delle concessioni già in essere⁶, l'Autorità ha più volte sottolineato⁷ che è nell'interesse del mercato effettuare un attento bilanciamento tra i benefici di breve periodo e i possibili costi che si potrebbero manifestare in un orizzonte temporale più ampio.

La concessione di proroghe in favore dei concessionari esistenti, infatti, rinvia ulteriormente il confronto competitivo per il mercato, così impedendo di cogliere i benefici che deriverebbero dalla periodica concorrenza per l'affidamento attraverso procedure ad evidenza pubblica. Quindi, eventuali proroghe degli affidamenti non dovrebbero comunque eccedere le reali esigenze delle Amministrazioni, per consentire quanto prima l'allocazione efficiente delle risorse pubbliche mediante procedure competitive.

Da ultimo, nella recente segnalazione ai sensi degli articoli 21 e 22 della legge n. 287/90 in merito a "Proposte di riforma concorrenziale ai fini della Legge Annuale per il Mercato e la Concorrenza anno 2021" del 22 marzo 2021, inviata al Presidente del Consiglio dei Ministri, l'Autorità ha osservato come l'affidamento delle concessioni tramite procedure competitive consenta la piena valorizzazione del bene demaniale delle coste italiane che, come riconosciuto anche all'articolo 1, comma 675, della stessa legge n. 145/2018, rappresenta un elemento strategico per il sistema economico del Paese.

Tali principi sono stati di recente confermati dal TAR Toscana⁸, che ha integralmente accolto il ricorso *ex* articolo 21-*bis* della legge n. 287/90 con cui la scrivente Autorità ha impugnato un provvedimento (emesso da altra Amministrazione comunale) di tenore analogo a quello qui in esame, riconoscendo così la piena legittimità dell'intervento dell'Autorità, nell'esercizio dei poteri

che impone la procedura selettiva, ove il Comune decida di esternalizzare la gestione degli arenili a fini turistico-ricreativi per la scarsità della risorsa predetta".

In particolare in tema di disapplicazione della normativa nazionale confliggente con quella unionale, si richiamano altresì, da ultimo, TAR Sicilia, sentenza n. 504 del 15 febbraio 2021 (dove il Giudice ha indicato che "[...] *d*) anche il funzionario pubblico, nel dare attuazione alla legge, deve applicare la fonte normativa prevalente e, quindi, nel contrasto fra diritto europeo immediatamente vincolante e disciplina nazionale, deve assegnare prevalenza al primo; [...] *f*) quanto esposto rende superflua ogni altra considerazione, ma può, comunque, aggiungersi che le osservazioni della Corte di Giustizia in ordine all'obbligo di disapplicazione della disciplina nazionale in contrasto con il diritto comunitario non costituiscono un < obiter dictum >, ma consistono in affermazioni rese in sede di rinvio pregiudiziale e relative alla corretta interpretazione dei Trattati in relazione al caso deciso, cioè in occasione del puntuale assolvimento dei compiti istituzionali propri di tale organo, con la conseguenza che la relativa pronuncia risulta vincolante") e TAR Campania, sentenza n. 265 del 29 gennaio 2021 (dove il Giudice ha rilevato che "L'assunto attono di avvenuta proroga automatica quindicennale del rapporto instaurato con le pregresse concessioni demaniali marittime si infrange, pertanto, contro l'indirizzo giurisprudenziale disapplicativo delle norme legislative dilatorie emanate in subiecta materia, propugnato anche da questa Sezione nelle sentenze n. 1697 del 2 ottobre 2019 e n. 221 del 10 febbraio 2020, e ispirato all'arresto sancito in materia dalla Corte di Giustizia UE, sez. V, nella citata sentenza 14 luglio 2016, C-458/14 e C-67/15").

⁶ Si ricorda, inoltre, che la Corte di Giustizia dell'Unione Europea, nello stabilire che l'affidamento delle concessioni demaniali marittime ad uso turistico-ricreativo, che riguardano risorse naturali scarse, debba necessariamente realizzarsi attraverso una procedura di selezione tra candidati potenziali nel rispetto di tutte le garanzie di imparzialità e di trasparenza, nonché di adeguata pubblicità, ha posto in rilievo che una normativa nazionale che preveda una proroga *ex lege* della data di scadenza di tali concessioni equivale a un rinnovo automatico in contrasto con il dettato dell'articolo 12, par. 2, della Direttiva 2006/123/CE (cfr. CGUE, Sez. V, sentenza del 14 luglio 2016, cause riunite C-458/14 e C-67/15, cit.).

⁷ Cfr. la segnalazione resa dall'Autorità in data 1° luglio 2020, ai sensi dell'articolo 21 della legge n. 287/1990, AS 1684 – Osservazioni in merito alle disposizioni contenute nel Decreto Rilancio, in Bollettino n. 28/2020. Si vedano, inoltre, le segnalazioni AS 135 – Proroghe delle concessioni autostradali, in Bollettino n. 19/98; AS491 – Disposizioni sul rilascio delle concessioni di beni demaniali e sull'esercizio diretto delle funzioni amministrative in materia di demanio marittimo, in Bollettino n. 46/2008; AS1114 – Regime concessorio presente nel porto di Livorno, in Bollettino n. 12/2014; AS1137 – Proposte di riforma concorrenziale ai fini della legge annuale per il mercato e la concorrenza anno 2014, in Bollettino n. 27/2014.

⁸ Cfr. sentenza n. 363 dell'8 marzo 2021, cit..

ad essa conferiti dalla disposizione sopra citata, in materia di proroga automatica, senza gara, di concessioni demaniali marittime aventi finalità turistico-ricreative⁹.

Alla luce di tutto quel che precede, l'Autorità ritiene che, per le ragioni sopra esposte, codesto Comune avrebbe dovuto disapplicare la normativa nazionale posta a fondamento del citato atto amministrativo per contrarietà della stessa alla disciplina e ai principi euro-unitari sopra richiamati. Le disposizioni relative alla proroga delle concessioni demaniali marittime con finalità turistico-ricreative contenute nel provvedimento amministrativo in parola integrano, infatti, specifiche violazioni dei principi concorrenziali, nella misura in cui impediscono il confronto competitivo che dovrebbe essere garantito in sede di affidamento di servizi incidenti su risorse demaniali di carattere scarso, in un contesto di mercato nel quale le dinamiche concorrenziali sono già particolarmente affievolite a causa della lunga durata delle concessioni attualmente in essere.

In conclusione, dunque, l'atto amministrativo comunale in questione si pone in contrasto con gli articoli 49 e 56 del TFUE, in quanto suscettibile di limitare ingiustificatamente la libertà di stabilimento e la libera circolazione dei servizi nel mercato interno, nonché con le disposizioni normative euro-unitarie in materia di affidamenti pubblici, con particolare riferimento all'articolo 12 della cosiddetta Direttiva Servizi.

L'Autorità auspica, pertanto, che codesto Comune modifichi le disposizioni indicate eliminando le distorsioni concorrenziali evidenziate, come sopra precisato.

L'Autorità invita, altresì, codesto Comune a comunicare, entro il termine di trenta giorni dalla ricezione della presente segnalazione, le determinazioni assunte riguardo alle criticità concorrenziali sopra evidenziate.

La presente segnalazione sarà pubblicata sul Bollettino di cui all'articolo 26 della legge n. 287/90.

IL PRESIDENTE

Roberto Rustichelli

⁹ In particolare, il TAR Toscana ha annullato la Determina Dirigenziale n. 408 del 21 maggio 2020 del Comune di Piombino, oggetto di parere motivato dell'Autorità ai sensi dell'articolo 21-bis della legge n. 287/90 (cfr. AS1701 – *Comune di Piombino (LI): concessioni demaniali marittime con finalità turistico-ricreative*, in Bollettino n. 41/2020), con la quale l'ente locale in questione aveva avviato la procedura per la proroga della validità temporale delle concessioni demaniali marittime insistenti sul territorio comunale senza dar corso alla procedura comparativa prevista dall'articolo 12 della Direttiva 2006/123/CE. In tale pronuncia, il giudice amministrativo ha espressamente affermato che il Comune avrebbe dovuto disapplicare le disposizioni normative nazionali che prevedono la proroga automatica senza gara delle concessioni, per contrasto delle stesse con la normativa eurounitaria di cui all'articolo 12 della Direttiva 2006/123/CE, ed espletare procedure ad evidenza pubblica per l'individuazione dei nuovi concessionari, una volta scadute le concessioni in essere.