

Pubblicato il 12/08/2022

N. 11164/2022 REG.PROV.COLL.
N. 01742/2022 REG.RIC.



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1742 del 2022, proposto da Fulmine Group S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Pierluigi Piselli, Daniele Bracci, Patrizio Giordano, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Istituto Nazionale della Previdenza Sociale (I.N.P.S.), in persona del Direttore Centrale della Direzione Centrale Risorse Strumentali e Centrale Unica, rappresentato e difeso dagli avvocati Giuseppe Fiorentino, Daniela Anziano, domiciliataria *ex lege* in Roma, via Cesare Beccaria, 29;

nei confronti

Poste Italiane Spa, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Fabio Cintioli, Dario Ruggiero, Paolo Giugliano, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Fabio Cintioli in Roma, via Vittoria Colonna, 32;

per l'annullamento

previa adozione di idonee misure cautelari,

- della lettera d'invito del 13 gennaio 2022, con cui l'INPS ha indetto l'appalto specifico n. 2931662 per l'affidamento dei *“servizi di recapito e di gestione della corrispondenza non automatizzata della Direzione Generale, delle Direzioni Regionali e di Coordinamento Metropolitano”* e del capitolato d'oneri allegato alla lettera d'invito, limitatamente ai lotti dal n. 2 al n. 21 inclusi, di interesse di Fulmine;
- dell'Allegato n. 2 alla lettera di invito, recante *“Specifiche integrative al Capitolato Tecnico”*, nella parte in cui, all'art. 6.4.2, per tutti i lotti dal n. 2 al n. 21, prescrive che il concorrente deve garantire, a pena d'esclusione, una copertura geografica diretta pari al 100% della popolazione residente nel Lotto;
- dei chiarimenti resi dalla Stazione Appaltante, in particolare, ove è stato specificato, al chiarimento n. 15, che *“l'ANAC nella delibera richiamata nel quesito ha affermato che il “vulnus alla concorrenza non deriva tanto dalla clausola in sé quanto piuttosto dall'averla inserita tra i requisiti di partecipazione (verosimilmente come dimostrazione della capacità tecnico-organizzativa) e non – come sarebbe stato più corretto – tra le condizioni di esecuzione (...)” e, pertanto, ha ritenuto “che l'operato della Stazione appaltante non sia conforme alle disposizioni normative in materia di requisiti speciali di partecipazione, laddove la clausola contenuta nel punto 7.b) del Disciplinare di gara è stata prevista come un requisito di capacità tecnico organizzativa e non come condizione di esecuzione dell'appalto”;*
- ove occorra, della Delibera ANAC n. 607 dell'8 settembre 2021, richiamata dall'INPS, nella parte in cui la stessa viene interpretata erroneamente dall'INPS nel senso di ritenere ammissibile una copertura territoriale del 100%;
- di tutti gli atti di indizione della procedura, anche se ignoti, sconosciuti e non comunicati;
- di ogni altro atto ad essi presupposto, preordinato, connesso, consequenziale ed esecutivo, anche se ignoto e non comunicato, che comunque incida sui diritti e/o interessi legittimi vantati dalla ricorrente.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Inps - Istituto Nazionale della Previdenza Sociale e di Poste Italiane Spa;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 20 maggio 2022 la dott.ssa Virginia Arata e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Con ricorso depositato il 18 febbraio 2022 e ritualmente notificato l'odierna ricorrente ha impugnato i provvedimenti indicati in epigrafe, domandandone l'annullamento, previa adozione delle opportune misure cautelari.

Con atto del 21 febbraio 2022 e successiva memoria si è costituita in giudizio l'amministrazione resistente, controdeducendo a quanto ritenuto nel ricorso introduttivo.

Con memoria depositata il 9 marzo 2022 anche la controinteressata è intervenuta in giudizio.

All'udienza dell'11 marzo 2022 parte ricorrente ha rinunciato alla domanda cautelare e la causa è stata abbinata al merito.

All'udienza del 20 maggio 2022, la causa è stata trattenuta in decisione.

Il ricorso è infondato e non può essere accolto.

La ricorrente, operante nel settore delle comunicazioni, ha impugnato limitatamente ai lotti dal n. 2 al n. 21 la lettera d'invito del 13 gennaio 2022, con cui l'I.N.P.S. ha indetto l'appalto specifico n. 2931662 per l'affidamento dei *“servizi di recapito e di gestione della corrispondenza non automatizzata della Direzione Generale, delle Direzioni Regionali e di Coordinamento Metropolitano”*, nella parte in cui all'interno delle *“Specifiche integrative al Capitolato Tecnico”* (Allegato 2) ha prescritto che il concorrente debba garantire, a pena d'esclusione, una copertura geografica diretta pari al 100% della popolazione residente nel

Lotto, senza possibilità di ricorrere al fornitore del servizio universale (ovverosia a Poste Italiane S.p.A.).

La ricorrente ha infatti dedotto che una tale previsione determina la sostanziale esclusione dalla gara di tutti gli operatori economici ad eccezione di Poste Italiane S.p.A., unico soggetto dotato di una struttura capillare e capace di soddisfare il requisito previsto dalla lettera di invito, stante l'ottenimento di contributi pubblici atti a sostenere le perdite derivanti dall'erogazione dei servizi postali in situazioni di fallimento di mercato.

Sulla natura della clausola, parte ricorrente considera la previsione di cui all'allegato 2 impugnato quale requisito di partecipazione alla selezione dei contraenti e conclude, pertanto, per la sua illegittimità stante l'inosservanza dei principi di principi di libera concorrenza e liberalizzazione del mercato dei servizi postali *ex* artt. 30 e 83 del D.Lgs. n. 50/2016.

L'amministrazione resistente ha controdedotto a quanto sostenuto nell'atto introduttivo ritenendo che: la stazione appaltante ha suddiviso l'appalto in 20 lotti regionali così come anche indicato nelle linee guida ANAC (determinazione n. 3/2014) al fine di favorire la partecipazione alle gare delle piccole e medie imprese; non sarebbe percorribile un confronto con il fornitore del servizio universale in relazione a tutti i lotti di gara; il requisito di copertura dei CAP, come definito all'art. 6.4.2 dell'all. 2 "*Specifiche integrative al Capitolato Tecnico*" ("*una copertura diretta del 100% della popolazione residente nel lotto misurata sulla base dei CAP dei comuni insistenti nel lotto di riferimento*") è stato previsto quale requisito di esecuzione dell'appalto e non quale requisito di partecipazione. A conferma di ciò, la stessa ha evidenziato che i requisiti di partecipazione sono solo quelli previsti agli artt. 4 e 5 del Capitolato d'oneri.

Con riguardo, poi, alla sostanziale estromissione di tutti i diversi operatori economici, la stazione appaltante ha fatto riferimento alla possibilità per l'appaltatore, non solo di partecipare con altri operatori economici in RTI o ATI, ma soprattutto di ricorrere all'istituto del subappalto senza alcuna limitazione, se dichiarato in sede di partecipazione alla gara, fatte salve,

trattandosi di contratto ad alta intensità di manodopera, le disposizioni di cui all'art. 105, comma 1, secondo periodo del Codice.

La controinteressata, d'altra parte, ha osservato che analoga questione è stata affrontata in sede giurisdizionale e risolta nel senso che la previsione di una copertura pari al 100% dei CAP non può essere di per sé giudicata illegittima in ragione del fatto che l'interesse pubblico prevalente nella fattispecie è quello rivolto all'efficienza ed alla capillarità del servizio, salvo che il ricorrente non dimostri che – anche ricorrendo a subappalto – non sarebbe possibile soddisfare tale requisito.

Nel corso del giudizio, tuttavia, la ricorrente ha depositato due pareri emessi da AGCM e successive linee guida ove l'autorità ha giudicato lesivo del *favor participationis* e del principio di libera concorrenza quelle previsioni di gara che prevedono una copertura superiore al 70%. Lo stesso richiamato parere (11 aprile 2022) evidenzia come la lesione della concorrenza sussista anche a voler ritenere la clausola quale condizione di esecuzione e non di partecipazione, posto che un coefficiente così elevato risulta sia di difficile possesso che di difficile realizzazione in fase di esecuzione.

Vengono inoltre richiamate le linee guida di cui alla delibera nr. 185 del 13 luglio 2022, le quali ribadiscono la necessità di suddividere l'appalto in lotti e garantire la maggiore partecipazione concorrenziale (a titolo esemplificativo si fa riferimento al 70, 80, 90%).

L'amministrazione resistente ha replicato, richiamando il considerando 78 e l'art. 46 della direttiva 2014/21/UE riconoscono alle stazioni appaltanti la libertà di decidere l'oggetto e la dimensione dei lotti che, per le caratteristiche e complessità dell'appalto, non devono essere necessariamente tali da consentire la partecipazione in via autonoma (senza cioè ricorrere a RTI ovvero al subappalto) delle PMI e ribadendo, infine, la natura di requisito di esecuzione e non di partecipazione della clausola.

La controinteressata, d'altra parte, ha dedotto in merito alla natura della clausola che la sua natura di condizione di esecuzione dell'appalto si desume

dalla circostanza per la quale altri operatori economici hanno partecipato alla gara, e dunque la partecipazione alla gara non era preclusa.

Tanto premesso, si ritiene che debba essere anzitutto vagliata la natura della clausola e, successivamente, la sua legittimità.

In merito alla distinzione tra requisiti di partecipazione e requisiti di esecuzione, la giurisprudenza colloca tra i secondi gli elementi caratterizzanti la fase esecutiva del servizio così distinguendoli dai primi, che sono invece necessari per accedere alla procedura di gara, in quanto requisiti generali di moralità (ex art. 80 d.lgs. n. 50 del 2016) e requisiti speciali attinenti ai criteri di selezione (ex art. 83 d.lgs. n. 50 del 2016). Non essendo in discussione che il possesso dei requisiti di partecipazione sia richiesto al concorrente sin dal momento della presentazione dell'offerta, merita evidenziare che i requisiti di esecuzione sono, di regola, condizioni per la stipulazione del contratto di appalto (cfr. Cons. Stato, sez. V, 30 settembre 2020, n. 5734; 30 settembre 2020, n. 5740; 12 febbraio 2020, n. 1071), pur potendo essere considerati nella *lex specialis* come elementi dell'offerta, a volte essenziali (cfr. Cons. Stato, sez. V, 3 aprile 2019, n. 2190), più spesso idonei all'attribuzione di un punteggio premiale (cfr. Cons. Stato, sez. V, 29 luglio 2019, n. 5309 e 25 marzo 2020, n. 2090).

In ogni caso la regolazione dei requisiti di esecuzione va rinvenuta nella *lex specialis*, con la conseguenza che, se richiesti come elementi essenziali dell'offerta o per l'attribuzione di un punteggio premiale, la loro mancanza al momento di partecipazione alla gara comporta, rispettivamente l'esclusione del concorrente o la mancata attribuzione del punteggio; se richiesti come condizione per la stipulazione del contratto, la loro mancanza rileva al momento dell'aggiudicazione o al momento fissato dalla legge di gara per la relativa verifica e comporta la decadenza dall'aggiudicazione, per l'impossibilità di stipulare il contratto addebitabile all'aggiudicatario (Cfr. Cons. Stato sez. V, 07 marzo 2022, n.1617).

Alla luce delle argomentazioni proposte, pertanto, la previsione di cui alla *lex specialis* nella parte in cui stabilisce che l'operatore economico debba garantire la copertura del 100% dei CAP del lotto assegnato deve essere intesa quale requisito di esecuzione dell'appalto e non invece di partecipazione.

Questo requisito, infatti, attiene prettamente alle modalità di esecuzione del servizio aggiudicato e agli obiettivi che la stazione appaltante ambisce raggiungere. Non ha invece a che vedere con la selezione del concorrente alla luce dei suoi propri requisiti.

Né può sostenersi che una previsione di tal fatta finisca "sostanzialmente" per confondersi in requisito di partecipazione. Tale considerazione porterebbe a ritenere tutti i requisiti essenziali dell'offerta quali condizioni di partecipazione e non valuta, invece, che il *discrimen* deve essere rinvenuto nel diverso oggetto di analisi. Il requisito di partecipazione attiene prettamente all'operatore economico; il requisito di esecuzione attiene prettamente all'oggetto dell'appalto.

Tanto chiarito, occorre verificare se sia legittima una clausola di esecuzione dell'appalto che preveda la copertura del 100% dei CAP su ogni lotto.

Questo Collegio intende aderire a quell'orientamento giurisprudenziale che valuta in particolare il corretto bilanciamento degli interessi in conflitto: la tutela della concorrenza e l'apertura del mercato da un lato e l'interesse pubblico ad un servizio postale soddisfacente e capillare (cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 5 settembre 2017, n. 4200).

Si deve quindi considerare che la previsione di una soglia di copertura dei CAP inferiore al 100% per singolo lotto, se da un lato garantirebbe ad un numero maggiore di operatori economici la possibilità di aggiudicarsi l'appalto, d'altro lato determinerebbe il rischio di una parziale insoddisfazione del servizio pubblico oggetto della gara.

È proprio al fine di individuare una soluzione mediana che sono stati previsti due accorgimenti: l'appalto è stato diviso in più lotti; sono stati ammessi i

raggruppamenti temporanei di imprese; è stato ammesso il ricorso al subappalto.

Il primo accorgimento è volto ad aprire la selezione anche a quegli operatori economici che investono in una porzione ridotta di mercato e non sarebbero in grado di assicurare l'esecuzione del servizio pubblico sull'intero territorio nazionale; il secondo, volto ad aprire la selezione a coloro che per caratteristiche strutturali (più che dimensionali) debbano ricorrere al sostegno di altri operatori per soddisfare il servizio pubblico oggetto dell'appalto. Infine, l'ammissione del subappalto, permette di selezionare qualitativamente l'attività da svolgere in proprio e quella invece da devolvere a diverso e più idoneo operatore economico.

La sussistenza dei predetti elementi consente di escludere l'illegittimità della *lex specialis*, stante la mancata dimostrazione dell'impossibilità sostanziale di eseguire perfettamente l'appalto anche ricorrendo agli strumenti in parola. Solo in tale ipotesi, infatti, grazie alla dimostrazione dell'inefficienza dei predetti accorgimenti per scongiurare la compromissione della libera concorrenza, potrebbe censurarsi l'impugnato bando (e suoi allegati) perché imporrebbero all'interesse legittimo fatto valere degli operatori economici un sacrificio sproporzionato a fronte della piena soddisfazione dell'interesse all'esecuzione del servizio pubblico. Mancando, nel caso in esame, la predetta dimostrazione ed incombendo l'onere della prova sulla parte ricorrente, deve concludersi per la legittimità degli atti impugnati.

Né, infine, una previsione simile si porrebbe in disaccordo con le intervenute Linee Guida, le quali se da un lato elencano le possibili percentuali di copertura territoriale del servizio, d'altra parte espressamente precisano che queste hanno mero valore esemplificativo “*senza vincolare le stazioni appaltanti, ma con l'intento d'indicare dei valori percentuali utili ad agevolare le stesse nella determinazione della copertura territoriale*”, e ribadiscono che spetta alla stazione appaltante la valutazione della “*possibilità di modulare la copertura minima anche in ragione della suddivisione dell'appalto in più lotti differenziati per servizio*”.

Per le ragioni che precedono il ricorso viene respinto.

Le spese processuali meritano di essere compensate in ragione della novità e complessità del giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese compensate.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 20 maggio 2022 con l'intervento dei magistrati:

Leonardo Spagnoletti, Presidente

Sebastiano Zafarana, Consigliere

Virginia Arata, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

Virginia Arata

IL PRESIDENTE

Leonardo Spagnoletti

IL SEGRETARIO