

Parere n. 206 del 18 dicembre 2013

PREC 121/13/S

OGGETTO: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex art. 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata dalla Provincia di Barletta - Andria - Trani - "Affidamento servizi postali"- Importo a base di gara €30.000,00 – S.A.: Provincia di Barletta Andria Trani.

Offerta economica in aumento rispetto alla base di gara. Valutazione dell'offerta al netto IVA. Esenzioni fiscali.

Il Consiglio

Vista la relazione dell'ufficio del precontenzioso

Considerato in fatto

In data 11 marzo 2013 è pervenuta l'istanza indicata in epigrafe, presentata dalla Provincia di Barletta – Andria - Trani, con la quale è stato richiesto un parere in merito alla legittimità dell'aggiudicazione provvisoria adottata nei confronti della concorrente TNT POST ITALIA S.p.a., ritenendo eccessiva, rispetto alla base di gara, l'offerta economica presentata da Poste Italiane S.p.A.

Con invito trasmesso in data 16 ottobre 2012, la Provincia di Barletta Andria Trani ha indetto una procedura di gara informale per l'affidamento dei servizi postali in partenza dal Comune stesso, per un importo pari ad Euro 30.000,00 IVA al 21% inclusa (quindi pari a €24.793,39 al netto dell'IVA).

Alla gara hanno preso parte la TNT POST ITALIA S.p.A. e Poste Italiane S.p.A.

Poste Italiane S.p.A. ha dichiarato, nella propria offerta economica, di poter beneficiare dell'esenzione IVA per tutti i servizi offerti, ad eccezione dei servizi di Pick Up, consegna a domicilio e Posta raccomandata prioritaria. Poste Italiane S.p.A. ha quindi offerto un prezzo pari ad Euro 25.377,20 IVA esclusa, ma ha specificato che l'applicazione dell'IVA non determinerebbe un incremento del prezzo offerto portandolo al di sopra del tetto complessivo di euro 30.000 (comprensivo di IVA), e ciò grazie a specifici benefici fiscali di cui godrebbe in qualità di gestore del Servizio Universale. Nell'offerta di Poste Italiane S.p.A. si precisa che l'importo al lordo dell'IVA non sarebbe pari ad Euro 30.706,42 ($€25.377,20 + 21\% = €5.329,00$), così come potrebbe ipotizzarsi, ma di soli €27.589,06 e ciò grazie alla presunta applicabilità di una specifica esenzione fiscale (operante per larga parte dei servizi commissionati) di cui godrebbe Poste Italiane S.p.A., diversamente da tutti gli altri operatori del settore che invece applicano l'IVA al 21% sull'intero importo offerto.

La Stazione Appaltante, tuttavia, ha ritenuto di non ammettere l'offerta economica presentata da Poste Italiane S.p.A., non potendo tener conto della paventata esenzione IVA e dovendo invece considerare l'offerta di Poste Italiane S.p.A. inammissibile per aver superato il tetto massimo di spesa posto a base di gara ($€24.793,39 + IVA al 21\% = 30.000$).

Di conseguenza, in data 18 gennaio 2013, la Stazione Appaltante ha disposto l'aggiudicazione provvisoria della commessa in favore di TNT Post Italia S.p.a.

Nella richiesta di parere oggetto della presente procedura, la Stazione Appaltante ribadisce la correttezza delle determinazioni assunte richiamando all'uopo una vasta casistica giurisprudenziale orientata a reputare irrilevanti le eventuali esenzioni IVA di cui possano godere solo alcuni specifici operatori del settore, in omaggio ai principi di concorrenzialità che sovrintendono l'espletamento delle procedure di evidenza pubblica.

In riscontro all'istruttoria procedimentale, formalmente avviata in data 30 maggio 2013 sono

pervenute memorie di TNT POST ITALIA S.p.a. e di Poste Italiane S.p.a..

Ritenuto in diritto

La questione controversa, proposta all'esame di questo Consiglio, concerne la fondatezza della valutazione, operata dalla stazione appaltante, in ordine alla illegittimità dell'offerta economica presentata da Poste Italiane S.p.A., per essere la medesima, al netto dell'IVA, in aumento rispetto alla base d'asta.

Infatti, la base d'asta al netto IVA – indicata nella lettera d'invito (art. 4) e dal modulo di offerta economica - era pari a €24.793,39, mentre l'offerta economica di Poste Italiane, al netto IVA, era pari a €25.377,20. Pertanto, la stazione appaltante l'ha ritenuta inammissibile *ex lege*, essendo la medesima in aumento, e, quindi in violazione dell'art. 29 D.Lgs. 163/2006 secondo cui "il calcolo del valore stimato degli appalti pubblici...è basato sull'importo totale pagabile al netto dell'IVA, valutato dalle stazioni appaltanti".

Per contro, Poste Italiane S.p.A sostiene che la stazione appaltante avrebbe dovuto fare riferimento alla base d'asta indicata nella *lex specialis* di gara al lordo dell'IVA e pari a Euro 30.000,00, in modo tale che l'offerta economica dalla stessa presentata, pari ad €27.589,06 al lordo IVA, non avrebbe dovuto essere considerata in aumento, ma in difetto e, quindi, ammissibile e legittima. Sostiene tuttavia la stazione appaltante che così argomentando si consentirebbe a Poste italiane di godere di un indebito privilegio, concretantesi in un aiuto di Stato, posto che l'esenzione IVA su alcuni servizi spetterebbe soltanto a Poste Italiane e non ad altri concorrenti. Infatti, Poste Italiane S.p.A. ha dichiarato nella propria offerta di poter beneficiare dell'esenzione IVA sui prodotti rientranti nell'ambito del servizio universale.

Questa Autorità ha già avuto modo di chiarire nella Deliberazione 6 ottobre 2011, n. 82 quanto segue: «Secondo quanto previsto dall'art. 29 del codice dei contratti, in attuazione dell'art. 7 della direttiva 2004/18/CE, il calcolo del valore stimato degli appalti pubblici deve essere effettuato in base all'importo totale pagabile al netto dell'IVA. La richiamata disposizione trova la sua ratio nella necessità di garantire la neutralità dei diversi regimi impositivi adottati nei vari stati membri, rispetto al computo del valore dell'appalto da affidare, che è il parametro determinante ai fini della individuazione della tipologia di procedura da seguire e del livello di pubblicità da assicurare. Nessuna disposizione specifica prescrive che anche l'offerta debba essere formulata non includendo l'IVA nell'importo; ad ogni modo, la regola si ricava dall'art. 82 del codice ove si prevede che l'offerta economica è formulata in termini di ribasso sull'importo a base di gara; ne consegue che necessariamente anche il primo valore dovrà essere omogeneo al secondo e non includere l'IVA. La predetta conclusione trova conferma anche nelle considerazioni che seguono. Come è noto, la forma giuridica dell'operatore economico può determinare l'applicazione di una diversa aliquota per quanto riguarda l'imposta sul valore aggiunto. In particolare, come evidenziato dalla segnalante, riguardo alle Organizzazioni non lucrative può rilevarsi che si tratta di soggetti, ai quali certamente non deve ritenersi precluso l'accesso alle gara d'appalto, non essendo richiesta la finalità di lucro per il riconoscimento della qualificazione di operatore economico; ad ogni modo, le agevolazioni fiscali che sono riconosciute loro dall'ordinamento non possono determinare l'alterazione delle procedure di aggiudicazione alle quali partecipano, in violazione del principio di parità di trattamento di cui all'art. 2 del codice dei contratti».

Tale conclusione è stata ampiamente condivisa anche dalla giurisprudenza amministrativa che ha già avuto modo di esprimersi in diverse occasioni sulla tematica attinente alla possibilità di valorizzare eventuali sgravi fiscali di cui goda un concorrente in sede di individuazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa (sotto il profilo del prezzo) quando alcune offerte siano assoggettate all'IVA e altre — per ragioni inerenti alla natura giuridica di chi le propone — risultino essere esenti. Oltre alla giurisprudenza già richiamata dalla Stazione Appaltante nella richiesta di parere, è opportuno segnalare una recentissima pronuncia resa dal Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana (CGA, 11 marzo 2013, n. 324), ove si richiamano precedenti conformi del Consiglio di Stato (da ultimo, Cons. St., V, 16 giugno 2010 n. 3806) e si

offre un quadro ampio ed esaustivo della questione, giungendo, ancora una volta, alla conclusione secondo cui deve escludersi in modo categorico che le stazioni appaltanti possano tener conto di eventuali esenzioni IVA di cui possa godere un concorrente, e ciò anche quando tali esenzioni vengano riconosciute in favore di ONLUS o di altri soggetti che operano nel settore *no profit*. Si ricorda nella pronuncia che se si consentisse alla stazione appaltante di valutare l'incidenza dell'IVA sul prezzo proposto si determinerebbero «evidenti effetti distorsivi della concorrenzialità" perché si avvantaggerebbero alcuni operatori sottoposti a regime più favorevole rispetto ad altri assoggettati a regime meno favorevole senza alcun collegamento con il valore, sotto il profilo del prezzo o della qualità-prezzo, del bene o servizio offerto che, invece, deve fungere da esclusivo parametro per valutare la concorrenzialità dell'offerta a prescindere dall'esborso finale cui va incontro la stazione appaltante». Sempre nella medesima pronuncia si evidenzia, infine, che la diversa opzione esecutiva (quale quella abbracciata da Poste Italiane S.p.A.) determinerebbe anche ulteriori inconvenienti pratici, producendo dei risultati economici aleatori per la stessa stazione appaltante, in quanto l'offerta ritenuta conveniente in un dato momento storico potrebbe divenire non conveniente in un momento successivo a seguito della riduzione dell'aliquota IVA o per una modifica del regime fiscale applicabile all'appaltatore.

Nel caso di specie, poi, la presenza della recente determinazione dell'AGCM (provvedimento n. 24293 in boll. 16/2013 del 29 aprile 2013) con cui si è escluso che Poste Italiane S.p.A. possa beneficiare dell'esenzione IVA (di cui fino a pochi mesi fa ha fatto goduto), almeno quando conclude contratti con Pubbliche Amministrazioni, rende l'aleatorietà appena segnalata ancor più accentuata.

Come chiarito dalla Corte di Giustizia delle Comunità Europea nella sentenza 23 aprile 2009, causa 357/07, l'esenzione dall'IVA sui servizi postali, costituenti prestazioni del Servizio Universale, non può applicarsi ai contratti in cui le condizioni siano negoziate individualmente e ciò in applicazione del chiaro disposto dell'art. 132, lett. a) della Direttiva 2006/112/CE, che, nel disciplinare il sistema comune europeo sul valore aggiunto, stabilisce quali siano le fattispecie nelle quali possano riconoscersi delle esenzioni e i relativi limiti a tutela della concorrenza.

Queste conclusioni sono state ribadite dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato nel caso A/441, Poste Italiane (Applicazione dell'Iva sui servizi postali), con il sopra citato provvedimento n. 24293/2013, dove si è specificatamente chiarito che Poste Italiane è tenuta ad applicare l'IVA in tutti i contratti commissionati da Pubbliche amministrazioni con procedure di evidenza pubblica, senza poter beneficiare di alcuna esenzione. Nel predetto provvedimento si chiarisce cosa debba intendersi per contratti con "condizioni negoziate individualmente" e si specifica che tale nozione «fa riferimento a tutte quelle prestazioni che, in quanto non rivolte alla generalità degli utenti, non sono di interesse generale ma si collocano nel mercato ponendosi in concorrenza con quelle erogate dagli altri operatori»(cfr. par. 21 del Provvedimento AGCM 24293/2013).

Ancor più chiaramente l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ha sancito che «con specifico riferimento alle gare indette dalla Pubblica Amministrazione, inoltre, ogni offerta che si discosti dalle condizioni generali del servizio universale, anche perché integrata o abbinata con altri servizi, deve essere considerata imponibile ai fini IVA. Il fatto che, nei casi in cui la controparte contrattuale sia una pubblica amministrazione, la negoziazione avvenga nelle forme della procedura ad evidenza pubblica, infatti, non esclude che la stessa debba essere considerata negoziata individualmente proprio per rispondere ad una specifica domanda, di regola espressa nel bando e nel capitolato di gara. Si ricorda, inoltre, che le Pubbliche Amministrazioni sono soggetti sensibili all'IVA (come risulta dagli stessi documenti di Poste) e una corretta applicazione della predetta imposta è cruciale per la completa liberalizzazione del mercato e l'assenza di condotte abusive»(cfr. par. 191, del Provvedimento AGCM n. 24293/2013).

Conseguentemente, l'offerta presentata da Poste Italiane è stata correttamente valutata al netto dell'IVA e legittimamente ritenuta inammissibile in quanto in aumento rispetto alla base di gara.

Tutto ciò premesso e considerato,

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che la Provincia di Barletta-Andria-Trani abbia legittimamente ritenuto l'offerta economica di Poste Italiane inammissibile in quanto in aumento rispetto alla base d'asta.

I Consiglieri Relatori: Giuseppe Borgia, Sergio Gallo

Il Presidente: Sergio Santoro

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 16 gennaio 2014

Il Segretario Maria Esposito