

Parere n. 05 del 16 gennaio 2014

PREC 180/13/S

Oggetto: Istanza di parere per la soluzione delle controversie *ex* articolo 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata dal Comune di Ancona – “*Procedura aperta per l’affidamento del servizio postale del Comune di Ancona*” – Importo a base di gara euro 111.000,00 – S.A.: Comune di Ancona.

Art. 118 del Codice – Subappalto di servizi postali – Obbligo di dichiarare la volontà di subappaltare una quota del servizio.

Il Consiglio

Vista la relazione dell’Ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

In data 11 luglio 2013 è pervenuta l’istanza in epigrafe, con la quale il Comune di Ancona chiede il parere dell’Autorità in merito alla posizione della ditta Consigna s.r.l. nell’ambito della procedura aperta *indetta per l’affidamento annuale dei servizi postali, da aggiudicarsi al massimo ribasso sull’importo a base d’asta di euro 111.000,00.*

Consigna s.r.l. è risultata migliore offerente ed aggiudicataria provvisoria, con un ribasso del 46,28%.

In sede di verifica dell’anomalia, la società ha giustificato il prezzo offerto manifestando, tra l’altro, l’intenzione di avvalersi del gestore di servizio universale (Poste Italiane) ovvero di altri operatori postali in possesso dell’autorizzazione ministeriale ai sensi degli artt. 5 e 6 del D.Lgs. n. 261 del 1999, per la consegna della corrispondenza in aree geografiche non coperte direttamente dai propri operatori.

Il Comune di Ancona chiede se, in tal modo, si configuri un subappalto ai sensi dell’art. 118 del Codice dei contratti pubblici e se debba disporsi l’esclusione di Consigna s.r.l., che non ha dichiarato nell’offerta economica la volontà di subappaltare a terzi una parte del servizio.

La comunicazione di avvio del procedimento di precontenzioso è stata trasmessa alle parti con nota di questa Autorità del 29 luglio 2013.

Ritenuto in diritto

Il quesito sottoposto all’Autorità riguarda la procedura aperta indetta dal Comune di Ancona per l’affidamento annuale dei servizi postali. E’ controversa la posizione della società Consigna s.r.l., aggiudicataria provvisoria con un ribasso del 46,28%, che ha giustificato l’entità del ribasso (in relazione al costo della manodopera da adibire al servizio di recapito della corrispondenza) dichiarando l’intenzione di avvalersi di Poste Italiane ovvero di altri operatori postali autorizzati, per la copertura di zone esterne al territorio comunale.

Nella controdeduzioni inviate all’Autorità, la società afferma di operare quale agenzia d’affari (autorizzata dal Comune di Fiumicino ai sensi dell’art. 115 del T.U.L.P.S. del 1931) e di svolgere l’attività prevalente di “intermediazione di servizi postali integrati”, secondo le risultanze camerale. In replica al quesito posto dalla stazione appaltante, afferma testualmente che “... Consigna s.r.l., quale agenzia di intermediazione autorizzata ai sensi dell’art. 115 [del T.U.L.P.S.] ed in possesso di tutte le previste licenze ministeriali per l’esercizio della attività postali, opererà esclusivamente attraverso operatori regolarmente autorizzati dal competente Ministero, ovvero avvalendosi del servizio universale di Poste Italiane solo ed esclusivamente per le aree non coperte direttamente dagli operatori incaricati e senza che ciò configuri in alcun modo un subappalto, senza quindi alcuna volontà di avvalersi di tale formula, così come la legislazione vigente in materia per le agenzie d’affari prevede”.

L'assunto non può essere condiviso.

Per quanto qui rileva, gli artt. 1 e 3 del capitolato speciale includono, tra i servizi da affidare all'appaltatore, il "recapito di tutta la corrispondenza sul territorio comunale, nazionale ed estero" (con l'unica eccezione delle notificazioni a mezzo posta di atti giudiziari che, ai sensi della legge n. 890 del 1982 e del D.Lgs. n. 285 del 1992, dovranno essere consegnate al C.M.P. di Poste Italiane).

L'art. 9, secondo comma, del capitolato specifica che "tutte le operazioni per il recapito della corrispondenza attraverso altri operatori sono a completo carico della ditta aggiudicataria", che dovrà in ogni caso fatturare attenendosi alla tariffa scontata offerta in gara. L'art. 13 del capitolato prescrive, quale requisito di partecipazione, il possesso della licenza postale individuale e dell'autorizzazione postale generale ai sensi degli artt. 5 e 6 del D.Lgs. n. 261 del 1999. Gli artt. 14 e 16 del capitolato stabiliscono che l'appaltatore è tenuto, prima dell'avvio del servizio, a nominare un "referente" ed a comunicare i nomi degli "addetti all'espletamento del servizio" dotati di divisa e tesserino di riconoscimento aziendale, professionalmente qualificati ed in numero adeguato per l'efficienza del servizio. Infine, l'art. 18 del capitolato dispone che "il subappalto è ammesso nei termini di cui all'art. 118 del D.Lgs. n. 163/2006 e di quanto previsto nei documenti di gara; ... le imprese [subappaltatrici] devono comunque possedere i requisiti di cui al precedente art. 13 comma 1 sub a) b)".

Come è evidente, la *lex specialis* di gara richiama integralmente la disciplina normativa in tema di subappalto contenuta nell'art. 118 del Codice dei contratti pubblici (disposizione pacificamente applicabile agli appalti dei settori speciali, per effetto del rinvio dell'art. 206, primo comma, dello stesso Codice).

Ne consegue che, ai sensi dell'art. 118, le imprese concorrenti erano tenute a dichiarare, in sede di offerta, l'eventuale volontà di subappaltare una parte del servizio, nei limiti del 30% dell'importo complessivo del contratto.

Non può esser dubbio che l'utilizzo di altri operatori postali autorizzati ovvero del gestore del servizio universale (Poste Italiane), espressamente prospettato da Consigna s.r.l. nelle giustificazioni sull'anomalia del ribasso, configuri un vero e proprio subappalto di una rilevante quota del servizio.

La giurisprudenza ha da tempo chiarito, al riguardo, che la nozione di subappalto nell'ambito dei contratti pubblici non coincide con la corrispondente nozione civilistica, ma va delineata secondo un criterio sostanziale, alla luce dello scopo della disciplina del subappalto nel diritto degli appalti pubblici: in tal senso, deve ritenersi che costituisca subappalto qualunque tipo di contratto che intercorre tra l'appaltatore ed un terzo, in virtù del quale talune delle prestazioni appaltate non sono eseguite direttamente dall'appaltatore con la propria organizzazione, bensì mediante soggetti giuridici distinti in relazione ai quali si pone l'esigenza della qualificazione e dell'assenza di cause di esclusione, mentre non sussiste subappalto se tutte le prestazioni siano eseguite dall'appaltatore in proprio, tramite la propria organizzazione aziendale (così Cons. Stato, sez. VI, 9 febbraio 2006 n. 518).

In relazione a fattispecie analoga a quella in esame, l'Autorità ha senz'altro qualificato come subappalto l'affidamento del servizio di recapito dei plichi ad un soggetto terzo estraneo all'organizzazione aziendale dell'impresa concorrente, seppure questa fosse in possesso della necessaria autorizzazione ministeriale all'invio di corrispondenza massiva (cfr. A.V.C.P., parere 21 dicembre 2011 n. 219; in giurisprudenza, sulla necessità che l'appaltatore di servizi postali possieda in proprio i requisiti di qualificazione ai sensi del D.Lgs. n. 261 del 1999, con esclusione dell'avvalimento di imprese terze, cfr. TAR Sardegna, sez. I, 24 ottobre 2009 n. 1565).

La conclusione non muta per il fatto che Consigna s.r.l. sia un'agenzia d'affari autorizzata ai sensi dell'art. 115 del T.U.L.P.S., poiché è in discussione non l'astratta liceità del subappalto di una parte del servizio di consegna ad altro operatore postale, bensì il mancato rispetto da parte della concorrente degli adempimenti formali e dei limiti percentuali stabiliti dall'art. 118 del Codice dei contratti pubblici e dal capitolato di gara (che prevede, come si è visto, la diretta ed integrale esecuzione del servizio da parte dell'impresa affidataria, mediante la propria struttura aziendale ed

il proprio personale qualificato).

In via di principio, l'eventuale incompletezza della dichiarazione resa in sede di offerta concernente le parti del servizio da subappaltare preclude la possibilità di esercitare la facoltà di subappalto, ma non determina ex se l'esclusione dell'impresa concorrente che dimostri di essere autonomamente dotata dei requisiti di qualificazione prescritti per l'esecuzione diretta dell'appalto (cfr., tra molte: Cons. Stato, sez. IV, 12 giugno 2009 n. 3969; A.V.C.P., parere 18 novembre 2010 n. 199).

Nella specie, dunque, deve concludersi il Comune di Ancona non potrà tener conto dell'eventuale subappalto a Poste Italiane ovvero ad altri operatori postali da parte di Consigna s.r.l. (che non ha fatto esplicita dichiarazione in sede di offerta, contravvenendo all'obbligo sancito dall'art. 118 del Codice e dall'art. 18 del capitolato speciale, e non potrà esservi autorizzata) ed esaminerà, pertanto, le giustificazioni sull'anomalia del prezzo tenendo conto di tale circostanza impeditiva al subappalto, assumendo le determinazioni consequenziali.

In base a tutto quanto sopra considerato, pertanto,

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione:

- che, nella gara in epigrafe, l'utilizzo di Poste Italiane ovvero di altro operatore postale per il servizio di recapito al di fuori delle aree geografiche direttamente coperte dall'impresa concorrente costituisce subappalto, ai sensi dell'art. 118 del Codice dei contratti pubblici.

Il Presidente: Sergio Santoro

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 13 febbraio 2014

Il Segretario Maria Esposito