

Atto di interpretazione

relativo all'art. 119, comma 3, lett. d), del nuovo Codice dei Contratti pubblici

PREMESSA

1. L'art. 119 del nuovo Codice dei Contratti pubblici, rubricato "Subappalto", prevede al comma 3, lett. d), come sopra anticipato, che *"non si configurano come attività affidate in subappalto, per la loro specificità, le seguenti categorie di forniture o servizi: [...] d) le prestazioni secondarie, accessorie o sussidiarie rese in favore dei soggetti affidatari in forza di contratti continuativi di cooperazione, servizio o fornitura sottoscritti in epoca anteriore alla indizione della procedura finalizzata alla aggiudicazione dell'appalto. I relativi contratti sono trasmessi alla stazione appaltante prima o contestualmente alla sottoscrizione del contratto di appalto. [...]"*.
2. Rispetto alla formulazione presente nel previgente Codice dei Contratti pubblici (D.lgs. n. 50/2016) all'art. 105, comma 3, lett. c-bis)¹, la disposizione si è arricchita di una precisazione, aderendo all'opera di perimetrazione posta in essere dalla giurisprudenza amministrativa e finalizzata a scongiurare l'elusione della normativa sul subappalto e i relativi vincoli.
3. Con l'attuale formulazione dell'art. 119, comma 3, lett. d), del D.lgs. n. 36/2023, il Legislatore ha inteso delimitare in maniera espressa l'oggetto del contratto continuativo di cooperazione alle sole prestazioni secondarie, accessorie o sussidiarie, chiarendo i diversi ambiti di utilizzo e la differente finalità di tali forme di collaborazione rispetto al contratto di subappalto. Ciò è avvenuto, presumibilmente, anche in considerazione dell'eliminazione dei limiti quantitativi per il ricorso al subappalto e quindi dell'aumentata possibilità di far ricorso a tale strumento.

¹ L'art. 105, rubricato "Subappalto", in questione, al comma 3, lett. c-bis), dispone che: *"Le seguenti categorie di forniture o servizi, per le loro specificità, non si configurano come attività affidate in subappalto: ... c bis) le prestazioni rese in favore dei soggetti affidatari in forza di contratti cooperativi di cooperazione servizio e/o fornitura sottoscritti in epoca anteriore alla indizione della procedura finalizzata all'aggiudicazione dell'appalto. I relativi contratti sono depositati alla stazione appaltante, prima o contestualmente alla sottoscrizione del contratto di appalto"*. La disposizione è stata aggiunta dall'art. 69, comma 1, lett. c), del D.lgs. 19 aprile 2017, n. 56 (c.d. correttivo al Codice dei Contratti pubblici).

L'APPLICAZIONE DELLA DISPOSIZIONE NELL'AMBITO DELL'AFFIDAMENTO DEI SERVIZI POSTALI

4. La norma in questione ha destato la preoccupazione sia di Poste Italiane S.p.A. (di seguito Poste Italiane) che degli operatori privati attivi nel settore postale. Il settore postale è caratterizzato, nella fase esecutiva, da una pluralità di prestazioni: raccolta, smistamento, trasporto e distribuzione, che hanno reso necessario l'utilizzo di formule organizzative flessibili che determinano una frammentazione dell'attività attraverso forme di cooperazione tra il singolo operatore economico affidatario e altri operatori postali, soprattutto per la fase di distribuzione in zone territoriali difficilmente raggiungibili. Tali prestazioni, quindi, presentano caratteristiche peculiari che richiedono una specifica disciplina al fine di garantire la partecipazione alle procedure di affidamento dei Contratti Pubblici anche alle piccole e medie imprese.

5. È infatti noto che il settore postale è caratterizzato da fallimenti di mercato che rendono l'esecuzione del servizio economicamente insostenibile in determinate zone territoriali. Da questo punto di vista, difatti, la fase di “distribuzione degli invii postali” è particolarmente critica in quanto richiede all'operatore postale privato di raggiungere materialmente zone di territorio molto ampie, diffusamente distribuite su tutto il territorio nazionale e a scarsa densità abitativa. In altre parole, il singolo operatore postale deve sopportare costi molto elevati per garantire la capillarità della propria struttura a fronte di un numero limitato di consegne, insufficiente per remunerare le spese sostenute, da destinare alle predette zone². Del resto, l'art. 3, comma 12, del D.lgs. n. 261/1999 prevede, proprio per tale ragione, ingenti sovvenzioni statali per l'espletamento del servizio postale universale a favore del suo affidatario³.

6. Inoltre, i bandi di gara per servizi postali, molto frequentemente, prevedono, quale requisito di partecipazione o di esecuzione, o quale criterio di attribuzione del punteggio, elevate percentuali di copertura minime che il singolo operatore economico privato non è in grado di garantire singolarmente, come peraltro l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ha segnalato in diverse occasioni negli ultimi anni, da ultimo nei seguenti pareri resi ai sensi dell'art. 21-bis della legge n. 287/1990: AS1841 “INPS - Bando di gara per l'affidamento del

² La stessa Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato nel provvedimento n. 26900 del 13 dicembre 2017, relativo al caso “A493 -POSTE ITALIANE/PREZZI RECAPITO”, ha fatto presente che “*lo sviluppo delle reti alternative su tutto il territorio nazionale, e in particolare nelle AEU [aree extra urbane, n.d.a.], ha un limite strutturale che è dato dalla non remuneratività delle stesse. Infatti, sia le caratteristiche geomorfologiche sia la scarsità della domanda di servizi postali dovuta ad una bassa densità abitativa rendono economicamente insostenibile lo sviluppo di una rete aggiuntiva rispetto a quella di Poste Italiane che, infatti, assicura la copertura del 100% dei CAP e della popolazione solo in quanto beneficia dei contributi pubblici volti a coprire le perdite derivanti dall'erogazione dei servizi postali in situazioni di fallimento di mercato*”.

³ Il servizio postale universale rientra tra i servizi di pubblica utilità ed è volto a garantire a tutti i cittadini la possibilità di fruire dei servizi postali, definiti dal Legislatore “essenziali” e che non devono dipendere da fattori come la collocazione geografica o il reddito.

servizio di recapito e di gestione della corrispondenza non automatizzata” e AS1860 “Comune di Lecce - Bando di gara per l’affidamento del servizio di notificazione di atti giudiziari e violazioni del codice della strada”.

7. Le caratteristiche del settore postale sopra delineate rendono, quindi, realmente, necessario poter contare su una normativa idonea a consentire la partecipazione effettiva alle procedure di gara al più ampio numero di *player*, così da realizzare gli obiettivi di reale liberalizzazione del mercato in esame anche nella materia dei contratti pubblici. Ciò, anche e soprattutto nel precipuo interesse dei soggetti pubblici, che possono così contare su una pluralità di offerte e una maggiore competizione sotto i profili tecnico-qualitativo ed economico.

8. Pertanto, proprio in ragione delle specifiche caratteristiche di questo settore, gli operatori economici che vi operano devono disporre di una struttura capillare, dislocata diffusamente su tutto il territorio (comunale, provinciale, regionale e nazionale), in grado di coprire zone territoriali molto ampie e a scarsa densità abitativa. Per ogni appalto postale affidato da un ente pubblico (es. consegna di avvisi di pagamento, avvisi di accertamento e notifiche di atti amministrativi) vi sono quantità più o meno grandi di invii che devono essere recapitati in molteplici zone del territorio, spesso lontane dal luogo di origine della busta, con flussi concentrati in determinati periodi di tempo, che richiedono extra risorse per rispettare i tempi di consegna ma che non consentono il mantenimento continuativo delle stesse nel tempo, visti i prezzi da applicare per conservare la competitività. In altre parole, la non regolarità in termini quantitativi e temporali dei flussi di consegna impedisce di strutturare un’organizzazione autonoma, essendo, dunque, indispensabile il supporto degli operatori esistenti nei territori, i quali, in tal modo riescono a conservare elevati livelli occupazionali.

9. Poiché nessun operatore postale privato dispone autonomamente di una struttura capillare in tutto il territorio nazionale, che, come detto, presenterebbe dei costi insostenibili, l'esecuzione del servizio avviene per mezzo di una “rete” flessibile, composta da un numero molto elevato di operatori postali presenti su tutto il territorio nazionale, che consente volta per volta - a seconda del territorio cui sono destinati gli invii postali e della loro concentrazione - di selezionare in modo flessibile i soggetti più adeguati allo svolgimento del servizio.

10. Nella materia degli appalti pubblici, l'istituto migliore per affrontare le criticità sopra riportate effettivamente è quello dei contratti continuativi di cooperazione, servizio o fornitura grazie ai quali il singolo operatore economico può stringere accordi con altri singoli operatori postali dislocati nelle diverse zone di territorio che provvedono materialmente, anche solo per invii limitati, alla fase “distribuzione”. A titolo esemplificativo, un operatore siciliano che voglia partecipare a una gara che richiede la copertura nazionale deve dimostrare alla stazione appaltante di poter coprire tutto il territorio nazionale anche per la consegna di una sola busta in Sardegna. In tali circostanze non è economicamente efficiente un subappalto con un

operatore per una consegna occasionale, ma sono preferibili contratti continuativi di cooperazione (o subcontraenza), che sono meno impegnativi economicamente.

11. In vigore dell'art. 105, comma 3, lett. c-bis), del D.lgs. n. 50/2016, gli operatori postali hanno usufruito dello strumento subcontrattuale ovvero dei contratti continuativi di cooperazione, servizio o fornitura, anche per realizzare una delle fasi del servizio postale (qual è la distribuzione). Ciò anche in forza delle ultime Linee guida ANAC-AGCOM n. 16/2022 relative agli affidamenti degli appalti pubblici di servizi postali che, nel fornire un'analisi generale sulle modalità di affidamento, prevedono che *“Ai contratti sottoscritti dall'affidatario del servizio postale con terzi sub-contraenti, aventi ad oggetto anche una sola delle fasi del servizio postale, e ai contratti di franchising si applica l'articolo 105, comma 3, lettera c-bis) del codice dei contratti pubblici (ovvero i contratti continuativi di cooperazione), al ricorrere dei presupposti ivi previsti”*.

12. Attualmente, infatti, nessun operatore postale (tranne Poste Italiane in qualità di affidatario del servizio postale universale) ha un'organizzazione tale da poter avere i requisiti previsti dalla normativa sopra citata e verrebbe di fatto eliminata la possibilità di operare in questo settore ad altri soggetti, a discapito quindi della concorrenza esercitata dall'imprenditoria privata. Peraltro, questo modello di *business*, i.e. il ricorso allo strumento subcontrattuale ovvero ai contratti continuativi di cooperazione, servizio o fornitura, sarebbe utilizzato pressoché da tutti gli operatori, inclusa Poste Italiane nello svolgimento in alcuni territori dell'attività di distribuzione degli invii postali.

13. Né tantomeno appare in grado di risolvere la situazione il ricorso all'istituto del subappalto, posto che resta fermo nella nuova disposizione il divieto di affidare a terzi l'integrale esecuzione delle prestazioni o lavorazioni oggetto del contratto di appalto, nonché soprattutto il divieto di affidare a terzi la prevalente esecuzione delle lavorazioni relative alle categorie prevalenti e dei contratti ad alta intensità di manodopera: dunque l'utilizzo dell'istituto del subappalto sarebbe comunque limitato al 50% dell'importo contrattuale⁴. Inoltre, nell'ambito della stessa commessa si dovrebbero far autorizzare un numero molto rilevante di singoli recapitisti con conseguenti difficoltà e ritardi nella gestione della commessa anche da parte della stazione appaltante.

14. Il nuovo art. 119, comma 3, lett. d) ammette questo modello di business solo per prestazioni “secondarie, accessorie o sussidiarie”, facendo sorgere il dubbio in merito alla possibilità del relativo utilizzo per l'espletamento di prestazioni che attengono a una fase del servizio.

⁴ Ciò peraltro se la stazione appaltante non decide discrezionalmente di aumentare tale limite del 50% con una percentuale più elevata, come sopra rappresentato, in ragione delle specifiche caratteristiche dell'appalto ovvero qualora sia necessario per rafforzare il controllo nelle attività di cantiere, condizioni di lavoro e salute o la prevenzione di rischi di infiltrazione criminale.

CONSIDERAZIONI

15. Si ritiene che la norma in questione debba essere applicata ai servizi postali in maniera congruente con la peculiare natura delle prestazioni e con le formule organizzative in cui è strutturato il mercato. Ferma restando la necessità che i contratti in questione siano continuativi, siano stati sottoscritti in epoca anteriore alla indizione della procedura di gara e prevedano l'espletamento delle prestazioni in favore dell'affidatario (e non della stazione appaltante), occorre fare uno sforzo interpretativo per declinare correttamente le caratteristiche della prestazione individuate dal legislatore (secondarietà, accessorietà o sussidiarietà). In particolare, si ritiene che dette caratteristiche possano essere considerate sussistenti in relazione alle varie fasi in cui si articola la prestazione principale (servizio di recapito della corrispondenza), in tutti i casi in cui le prestazioni affidate non siano prevalenti rispetto al servizio considerato nel suo complesso e siano preordinate a garantire la corretta esecuzione della prestazione da parte dell'aggiudicatario. Tale ultima condizione si verifica quando la prestazione affidata mediante contratti continuativi non abbia una propria autonomia finalistica, ossia non consenta, da sola, di soddisfare la richiesta della stazione appaltante, potendo soltanto "sussidiare" il raggiungimento dell'obiettivo finale (l'esecuzione del contratto).

16. La necessità di attribuire alla norma in esame un'interpretazione adeguata si ravvisa anche in considerazione della particolare natura del rapporto che lega l'operatore economico affidatario ai suoi contraenti. Si tratta, infatti, di rapporti continuativi, stabili, preesistenti rispetto all'indizione della gara e dunque continuativi, non occasionati dall'appalto oggetto di gara, frequenti e flessibili. In sostanza, si tratta di una modalità particolare di organizzazione dell'attività di impresa, rispetto alla quale la stazione appaltante resta completamente estranea: la prestazione, infatti, è resa in favore dell'affidatario, il quale ne è responsabile, in via esclusiva, nei confronti dell'amministrazione committente. In sostanza, il contraente assume la funzione di fornitore dell'aggiudicatario consentendo allo stesso, in modo continuativo e ordinario, lo svolgimento dell'attività di impresa considerata nel suo complesso, senza che si configuri alcun coinvolgimento del contraente nell'attività dell'impresa aggiudicataria dell'appalto.

17. I contratti di cooperazione continuativa, hanno ad oggetto quei servizi dei quali l'impresa aggiudicataria necessita per poter, essa sola, eseguire la prestazione oggetto del contratto d'appalto. Detti contratti, infatti, si caratterizzano per la "direzione soggettiva", in quanto resi all'impresa aggiudicataria, e per l'"oggetto del contratto". Riguardo a tale aspetto, la giurisprudenza⁵ individua il *discrimen* con il subappalto nell'alterità dell'oggetto del contratto continuativo rispetto alla prestazione in affidamento con il contratto d'appalto. Se è vero che,

⁵ V. Consiglio di Stato, sez. V, 17.04.2023 n. 3856.

nel caso dei servizi postali, l'oggetto del contratto continuativo potrebbe consistere in una porzione della prestazione dedotta nel contratto affidato, è vero anche che, per la particolare struttura organizzativa degli operatori dei servizi postali, il servizio reso dal contraente si configura come meramente accessorio e subordinato rispetto al contratto principale, per entità, natura e modalità di svolgimento.

18. La ricostruzione prospettata appare compatibile con il diritto unionale che esclude l'applicazione del subappalto ai fornitori e prevede soltanto come facoltà delle stazioni appaltanti o degli stati membri l'estensione degli obblighi previsti dall'art. 18, secondo paragrafo, della direttiva in materia di diritto ambientale, sociale e del lavoro ai contratti di fornitura, ai contratti di servizi diversi da quelli riguardanti servizi da fornire presso gli impianti sotto la diretta supervisione dell'amministrazione aggiudicatrice, ovvero ai fornitori coinvolti in contratti di lavori o di servizi.

19. Come già rappresentato, la criticità evidenziata non può essere risolta con il ricorso al subappalto. I servizi postali sono qualificati come servizi ad alta intensità di manodopera con conseguente applicazione del divieto di affidare in subappalto una parte prevalente delle prestazioni oggetto del contratto. Il subappalto, quindi, non può superare la quota del 50%. Se a tale limitazione si sommasse il divieto di utilizzare la previsione di cui all'art. 119, comma 3, lett. d) del Codice dei Contratti pubblici, ne deriverebbe l'impossibilità di garantire l'ordinario svolgimento dell'attività lavorativa da parte degli operatori economici presenti sul mercato.

20. Di fatto, per come hanno dovuto strutturarsi tali operatori, non vi sarebbero entità in grado di assolvere le prestazioni richieste dai committenti pubblici, con conseguente impossibilità di procedere agli affidamenti dei contratti. La previsione comporterebbe quindi una notevole chiusura del mercato, in evidente contrasto con il processo di liberalizzazione faticosamente avviato e con gli interventi regolatori delle scriventi Autorità volti alla tutela della concorrenza⁶.

21. Per tutto quanto esposto, le scriventi Autorità ritengono di dover aderire ad una interpretazione della norma che consenta di garantire la massima apertura del mercato. Ciò anche in considerazione della necessaria prevalenza del principio di concorrenza rispetto all'esigenza di introdurre limitazioni al subappalto. Come chiaramente affermato dalla Corte di Giustizia europea nella causa C-63/2018, la direttiva 24/2014 ha la finalità *“di garantire il rispetto, nell'aggiudicazione degli appalti pubblici, in particolare, della libera circolazione delle merci, della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi, e dei principi che ne derivano, in particolare la parità di trattamento, la non discriminazione, la*

⁶ Cfr. A titolo esemplificativo, la Delibera n. 27/22/Cons di AGCOM sulle c.d. Aree EU2 o la Delibera n. 171/22/Cons sull'analisi del mercato postale, ivi comprese le Linee guida di concerto con ANAC n. 16/2022 sull'affidamento dei servizi postali già citate.

proporzionalità e la trasparenza, nonché di garantire che l'aggiudicazione degli appalti pubblici sia aperta alla concorrenza.” Conseguentemente, i giudici europei, hanno statuito l'incompatibilità con il diritto unionale di una normativa nazionale che preveda limitazioni alla possibilità di ricorrere al subappalto eccedenti rispetto all'obiettivo perseguito (contrasto alla criminalità, garanzia della corretta esecuzione del contratto, contrasto al lavoro nero).

22. Le scriventi Autorità, quindi, forniranno alle stazioni appaltanti e agli operatori economici indicazioni in tal senso nell'ambito dei propri atti segnalatori e regolatori e, in particolare, in occasione del prossimo aggiornamento delle Linee guida sull'affidamento dei servizi postali. Ciò anche al fine di evitare l'adozione, da parte delle stazioni appaltanti, di provvedimenti di esclusione dalle gare degli operatori economici che hanno finora garantito l'esecuzione dei contratti pubblici, con conseguente paralisi del mercato.

Il Presidente AGCM

Il Presidente AGCOM

Il Presidente ANAC