

AS1960 - GRUPPO HERA-GARA PER L'AFFIDAMENTO DEL SERVIZIO DI SMISTAMENTO RECAPITO E DISTRIBUZIONE BOLLETTE E DOCUMENTI

Roma, 4 marzo 2024

Hera S.p.A.

L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, nella propria riunione del 27 febbraio 2024, ha deliberato di esprimere un parere, ai sensi dell'articolo 21-bis della legge 10 ottobre 1990, n. 287, con riguardo al Bando, pubblicato sulla GURI n. 2 del 5 gennaio 2024, della gara d'appalto indetta da codesta società (di seguito, Stazione Appaltante) ai sensi del D.lgs. n. 36/2023, il Nuovo Codice dei Contratti Pubblici (di seguito, Codice), per l'affidamento del servizio di smistamento, recapito e distribuzione bollette, documenti e lettere raccomandate e non ai clienti delle società del Gruppo Hera¹, e a ogni altro atto presupposto e conseguente.

In particolare, l'atto in questione, con cui codesta Stazione Appaltante ha definito le modalità e le condizioni di partecipazione alla procedura di gara, nonché i criteri di valutazione applicabili appaiono presentare profili suscettibili di porsi in potenziale conflitto con i principi di libera concorrenza, parità di trattamento e non discriminazione tra operatori economici.

Più precisamente, ad avviso dell'Autorità, alcune previsioni presenti nella documentazione di gara risultano in grado di incidere sul corretto funzionamento della concorrenza. Si fa riferimento, in particolare, alle previsioni di seguito descritte.

Innanzitutto, la previsione contenuta nell'articolo 39.3 del Capitolato Speciale d'Appalto, rubricato "RICORSO AL SERVIZIO POSTALE", che stabilisce che "L'impresa si impegna a provvedere alla consegna ai clienti con mezzi propri nell'ambito della tipologia di servizio richiesto nel presente capitolato. Per ciascun lotto, l'eventualità per cui per CAP/località di un determinato lotto l'impresa partecipante non abbia copertura ed intenda far ricorso sistematico ai servizi all'ingrosso offerti da Poste Italiane sarà evidenziata dall'impresa in sede di offerta tramite la compilazione dell'Allegato 1- "Copertura lotti" della lettera di invito. La copertura con mezzi propri non potrà essere inferiore all'80% del totale delle buste con consegna ordinaria, di conseguenza i CAP non serviti con mezzi propri ed il conseguente ricorso al servizio postale non potranno superare, in termini quantitativi la percentuale del 20% delle buste con consegna ordinaria del lotto, non dovrà comportare ritardi nelle consegne ed il relativo costo sarà interamente a carico dell'impresa". Inoltre, il medesimo articolo dispone che: "per i CAP per i quali sarà garantita la copertura, l'impresa si dovrà impegnare al recapito con mezzi propri anche per gli invii raccomandati rispettando quanto riportato al precedente articolo 39.2 punto b [RECAPITO RACCOMANDATO semplice o con AR]. Solo per i CAP per i quali l'impresa in sede di gara avrà indicato la mancata copertura ed il conseguente ricorso per le consegne ordinarie ai servizi all'ingrosso offerti da Poste Italiane, i recapiti raccomandati non verranno assegnati, e verranno assegnate in ogni caso solo le buste con consegna ordinaria con le condizioni di cui al capoverso precedente." e che "Durante il servizio, per i CAP per i quali l'impresa si è impegnata alla consegna con mezzi propri (in copertura), l'eventuale ricorso occasionale e straordinario ai servizi all'ingrosso di Poste Italiane, legato a problematiche specifiche o temporanee e contingenti dell'impresa che potrebbero portare ad un ritardo delle consegne, sarà da condividere preventivamente con la committente. Da precisare che non sarà riconosciuta alcuna differenza di costo rispetto ai prezzi unitari contrattualizzati per quel CAP."

Tale previsione risulta non tenere conto di quanto più volte fatto presente dall'Autorità nei suoi interventi di *advocacy* circa la necessità di porre particolare attenzione all'elemento della copertura territoriale della rete di recapito richiesta all'operatore postale al momento della gara, poiché tale elemento può prestarsi a costituire un'indebita barriera all'entrata o un ostacolo al corretto esplicarsi delle dinamiche concorrenziali².

¹ [Le società del Gruppo Hera sono:

- Hera S.p.A., con sede in viale Berti Pichat, n.2/4 – 40127 – Bologna;
- Estenergy S.p.A., con sede in via dei Rettori n. 1 -34121 – Trieste;
- AcegasApsAmga S.p.A., con sede in Via del Teatro, n.5 – 34100 – Trieste;
- Marche Multiservizi S.p.A., con sede in via dei Canonici n. 144 – 61100 – Pesaro;
- ASM SET s.r.l., con sede in Via Dante Alighieri n. 4 - 45100 – Rovigo;
- ETRA S.p.A., con sede in Largo Parolini n. 82/b - 36061 - Bassano del Grappa (VI);
- Heratech s.r.l. con sede in viale Berti Pichat, n.2/4 – 40127 – Bologna.]

² [Cfr., tra le altre, AS1841 "INPS - BANDO DI GARA PER L'AFFIDAMENTO DEL SERVIZIO DI RECAPITO E DI GESTIONE DELLA CORRISPONDENZA NON AUTOMATIZZATA" in Bollettino n. 22/2022.]

Al riguardo, si osserva innanzitutto che per tali tipi di invii postali (posta descritta e indescritta) in linea teorica non sarebbe necessaria la previsione da parte delle Stazioni Appaltanti di una copertura territoriale minima, essendo consentita la c.d. postalizzazione, in virtù della quale gli operatori postali alternativi al fornitore del Servizio Universale possono affidare a quest'ultimo la parte del servizio di recapito che non è coperta direttamente, e presentare così, in sede di gara, un'offerta per svolgere l'intero servizio.

Nel caso di specie, codesta Stazione Appaltante ha invece previsto, come requisito di partecipazione, il possesso di una copertura territoriale minima diretta particolarmente estesa e omogenea per tutti i lotti (non inferiore all'80% del territorio di riferimento di ciascun lotto), in difformità anche con le richiamate Linee guida ANAC-AGCom, laddove all'articolo 3.4 è previsto che la copertura territoriale minima debba essere differenziata per dimensione geografica dell'affidamento e, in particolare, con riguardo ad aree territoriali equivalenti a quelle dei lotti in questione, debba essere più bassa.

A ciò si aggiunga che, con riferimento alla parte non coperta – per la quale è consentito il ricorso ai servizi all'ingrosso offerti da Poste Italiane (che non potrà comunque superare la percentuale del 20% delle buste con consegna ordinaria del lotto) – i prezzi a base d'asta della gara per la posta raccomandata e per la posta ordinaria risultano inferiori a quelli dell'offerta all'ingrosso deliberata da AGCom, con la conseguenza che gli operatori alternativi sarebbero costretti a offrire un prezzo più basso rispetto a quello che devono sopportare per l'acquisto all'ingrosso da Poste Italiane per la parte non coperta e, quindi, ad operare in perdita.

Parimenti pregiudizievoli, sotto il profilo concorrenziale, appaiono le previsioni relative ai punteggi premiali, quali:

i. quelli di cui al criterio dell'offerta tecnica n. 12, concessi in ragione del *"miglioramento della copertura con mezzi propri"*, in quanto idonei a favorire proprio l'unico operatore di mercato, i.e. Poste Italiane, che può invocare una copertura territoriale capillare e pressoché totale del territorio nazionale. Oltretutto i punteggi premiali risultano essere crescenti in ragione di miglioramenti via via superiori rispetto alla soglia minima di copertura con mezzi propri (80%) e ciò è in distonia con le Linee guida ANAC-AGCom che prevedono, sempre all'articolo 3.1, che la copertura possa essere utilizzata come criterio di valutazione dell'offerta tecnica, ma che ciò avvenga secondo le indicazioni contenute all'articolo 9.4, ove si chiarisce che *"la copertura può essere valutata nell'ambito dell'offerta tecnica mediante l'attribuzione di un punteggio aggiuntivo per fasce di copertura che eccedono il livello minimo richiesto. In tal caso, il punteggio aggiuntivo è attribuito in maniera decrescente"* (enfasi aggiunta);

ii. quelli di cui ai criteri dell'offerta tecnica nn. 2, 3, 4, 6 e 7 concessi in ragione di un miglioramento di un giorno rispetto alle tempistiche minime di consegna. Ciò in quanto le tempistiche minime sono già di per sé molto stringenti e sicuramente Poste Italiane può vantare per la propria posizione di *incumbent* delle tempistiche di consegna più celeri rispetto agli operatori alternativi;

iii. quelli di cui al criterio dell'offerta tecnica n. 13 concessi se nella percentuale di CAP serviti con mezzi propri è presente un centro di giacenza a una distanza non superiore a 10 km dalla sede del Municipio di riferimento del CAP. Al riguardo si osserva che non sono state considerate le c.d. modalità alternative, i.e. i c.d. passaggi multipli³ e i recapiti per appuntamento⁴, che raggiungono gli stessi obiettivi ma con un onere per l'operatore postale meno gravoso. Peraltro, si evidenzia che i punti di giacenza non sono un elemento di qualità del servizio, ma indice di scarsa efficienza nella fase di recapito al destinatario che non è andato a buon fine e rende necessario disporre di una rete di back up costituita dai punti di giacenza. Pertanto, appare opinabile la scelta della Stazione Appaltante di dare rilievo solo a tale richiesta di punti di giacenza.

Inoltre, appare problematica la previsione contenuta nell'articolo 32 del Capitolato Speciale d'Appalto, rubricato *"PERSONALE DELL'IMPRESA"*, che prevede che *"L'Impresa, relativamente al personale impiegato nell'esecuzione dei servizi, inclusi gli eventuali soci-lavoratori: dovrà applicare, in conformità a quanto previsto dall'articolo 11, commi 1 e 2, del D.Lgs. n. 36/2023 e ss.mm.ii., il seguente CCNL nazionale in vigore per il settore e per la zona nella quale si eseguono le prestazioni di lavoro oggetto del presente contratto, stipulato dalle associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale e il cui ambito di applicazione sia strettamente connesso alle attività oggetto del presente appalto: CCNL per il personale dipendente da imprese private operanti nel settore della Distribuzione, del Recapito e dei Servizi Postali oppure CCNL per il personale non dirigente di Poste Italiane"*.

Tale previsione non tiene conto di quanto prescritto dal comma 3, del medesimo articolo 11 del D.Lgs. n. 36/2023, secondo cui: *"gli operatori economici possono indicare nella propria offerta il differente contratto collettivo da essi applicato, purché garantisca ai dipendenti le stesse tutele di quello indicato dalla stazione appaltante o dall'ente concedente"*.

Infine, si pone l'attenzione sull'articolo 39.2, lett. b), che prescrive la raccomandata con firma digitale richiedendo *"un'offerta che, per la raccomandata AR, preveda la dematerializzazione dall'inizio del processo della gestione"*

³ [I passaggi multipli consistono in un secondo tentativo di recapito da realizzare nella stessa giornata in cui avviene il primo tentativo di recapito e se anche l'ultimo tentativo di recapito fallisce, al termine della giornata lavorativa, l'agente postale deposita il piego contenente l'atto nel punto di giacenza.]

⁴ [Il recapito per appuntamento prevede che in caso di mancato recapito, l'agente postale può lasciare nella cassetta postale del destinatario un avviso contenente i riferimenti (telefono, e contattare per mail, etc.) che il destinatario stesso può concordare un appuntamento l'atto. al fine di ricevere l'atto.]

dell'avviso di ricevimento (modalità paperless senza stampa fisica della AR) producendo certificati forensi validi ai fini legali".

Al riguardo si osserva che, con riferimento alla parte territoriale non coperta direttamente, gli operatori alternativi hanno accesso esclusivamente al Servizio Universale di "Raccomandata Smart", che non prevede la AR digitale, per cui si trovano nella sostanziale impossibilità di offrire questo prodotto così come richiesto dalla *lex specialis*.

In conclusione, per consentire una più ampia partecipazione e una maggiore competizione sarebbe auspicabile che la procedura di gara tenga nel dovuto conto i seguenti elementi:

- ove si ritenga necessario prevedere percentuali minime di copertura territoriale diretta, esse dovrebbero essere tarate in base all'area di riferimento e, in particolare, con riferimento ai lotti individuati, dovrebbero essere meno elevate, in conformità a quanto previsto al riguardo dalle Linee guida ANAC-AGCom; eventuali punteggi premiali per una copertura diretta superiore a quella minima dovrebbero poi essere decrescenti al crescere della copertura offerta, sempre in conformità alle citate Linee guida ANAC-AGCom. Inoltre, la procedura di gara dovrebbe prevedere dei prezzi a base d'asta per gli invii postali oggetto dell'affidamento inferiori a quelli dell'offerta all'ingrosso a favore degli operatori alternativi deliberata da AGCom (delibera n. 302/23/CONS riferita all'anno 2024);
- non dovrebbe prevedere punteggi premiali in ragione del miglioramento di un giorno rispetto alle già stabilite tempistiche minime di consegna;
- dovrebbe valorizzare non solo i punti di giacenza per gli invii inesitati, ma anche (in alternativa) i passaggi multipli e i recapiti per appuntamento;
- dovrebbe consentire la partecipazione anche alle imprese che applicano un CCNL diverso da quello previsto dalla *lex specialis* purché garantisca ai dipendenti le medesime tutele in conformità a quanto disposto dall'articolo 11, comma 3, del D.lgs. n. 36/2023;
- non dovrebbe prevedere il servizio di raccomandata con firma digitale AR, nella misura in cui gli operatori alternativi hanno accesso esclusivamente al Servizio Universale di "Raccomandata Smart", che non prevede la AR digitale, trovandosi quindi nella sostanziale impossibilità di offrire questo prodotto nelle aree non a copertura diretta.

L'Autorità ritiene, pertanto, che le disposizioni della *lex specialis* sopra individuate, nella misura in cui ostacolano significativamente e in modo ingiustificato la più ampia partecipazione alla procedura, siano suscettibili di porsi in potenziale conflitto con i principi di libera concorrenza, parità di trattamento e non discriminazione tra operatori economici, in contrasto con i principi concorrenziali di cui all'articolo 41 della Costituzione e agli articoli 49 e 56 TFUE, nonché con i principi di matrice europea in materia di evidenza pubblica stabiliti dall'articolo 3 del Codice dei contratti pubblici.

Ai sensi dell'articolo 21-bis, comma 2, della legge n. 287/1990, codesta Stazione Appaltante dovrà comunicare all'Autorità, entro il termine di sessanta giorni dalla ricezione del presente parere, le determinazioni assunte per rimuovere le violazioni della concorrenza sopra esposte. Laddove entro il suddetto termine tali iniziative non dovessero risultare conformi ai principi concorrenziali sopra espressi, l'Autorità potrà presentare ricorso entro i successivi trenta giorni.

Il presente parere sarà pubblicato sul Bollettino dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.

IL PRESIDENTE
Roberto Rustichelli

Comunicato in merito alla decisione dell'Autorità di non presentare ricorso avverso la procedura di gara indetta da Hera S.p.A. per l'affidamento del servizio di smistamento, recapito e distribuzione bollette, documenti e lettere raccomandate e non ai clienti delle società del gruppo Hera

L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, nella sua adunanza del 26 marzo 2024, ha deciso che non impugnerà davanti al Tar competente la documentazione adottata da Hera S.p.A. relativa alla gara indetta per l'affidamento del servizio di smistamento, recapito e distribuzione bollette, documenti e lettere raccomandate e non ai clienti delle società del gruppo Hera, in considerazione di quanto comunicato dalla stessa Società circa l'annullamento, ai sensi dell'articolo 21-nonies della legge n. 241/1990, della procedura di gara in questione, a seguito della trasmissione del parere assunto ai sensi dell'articolo 21-bis della legge n. 287/1990.

In particolare, nel parere motivato, deliberato nell'adunanza del 27 febbraio 2024, l'Autorità aveva rilevato che alcune disposizioni contenute negli atti di gara avrebbero consentito la partecipazione alla procedura di un solo operatore, il fornitore del Servizio Universale - Poste Italiane S.p.A. - precludendo l'accesso di tutti gli operatori postali privati, in violazione, tra l'altro, del D.lgs. n. 36/2023 e delle Linee guida dell'ANAC e dell'AGCom di aggiornamento della determinazione ANAC n. 3 del 9/12/2014, recante "Linee guida per l'affidamento degli appalti pubblici di servizi postali", approvate dalle citate Autorità il 13 aprile 2022. Sulla base di ciò, l'Autorità aveva rilevato che gli atti di gara presentassero profili suscettibili di porsi in potenziale conflitto con i principi di libera concorrenza, parità di trattamento e non discriminazione tra operatori economici e aveva invitato la Società a presentare osservazioni entro 60 giorni.

A seguito del ricevimento del parere motivato dell'Autorità, Hera S.p.A., con comunicazione pervenuta in data 6 marzo 2024, ha informato di aver annullato, in data 1° marzo 2024, ai sensi dell'articolo 21-*nonies* della legge n. 241/1990, la suddetta procedura di gara.

Preso atto di quanto esposto dalla società, in relazione al parere motivato inviato ai sensi dell'articolo 21-*bis* della legge n. 287/1990, l'Autorità ha disposto l'archiviazione del procedimento, ritenendo che le circostanze comunicate siano idonee a rimuovere *ab origine* le criticità concorrenziali rilevate nel parere reso in data 27 febbraio 2024.