

Pubblicato il 10/06/2024

N. 05147/2024REG.PROV.COLL.

N. 04349/2023 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Sesta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 4349 del 2023, proposto da:
Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (A.G.C.M.), in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'Avvocatura Generale dello Stato, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Comune di Lecce, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Laura Astuto, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;
Poste Italiane s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Fabio Cintioli, Dario Ruggiero e Flavia Speranza, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per la riforma:

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia, sezione staccata di Lecce (Sezione Seconda), n. 00186/2023, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Lecce e di Poste Italiane s.p.a.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 30 maggio 2024 il Consigliere Lorenzo Cordi e uditi, per le parti, l'avvocato dello Stato Mattia Cherubini e gli avvocati Fabio Cintioli e Dario Ruggiero;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ha interposto appello avverso la sentenza n. 186/2023, con la quale il T.A.R. per la Puglia – sede di Lecce (Sezione Seconda) ha respinto il ricorso ex art. 21-*bis* della L. n. 287/1990 proposto dalla stessa Autorità avverso: *i*) il bando della gara indetta dal Comune di Lecce per l'affidamento del servizio di notificazioni a mezzo posta di atti giudiziari e comunicazioni connesse, di violazioni al codice della strada, di violazioni di regolamenti e ordinanze comunali e delle leggi e dei regolamenti di competenza della polizia locale (CIG 92337782A9); *ii*) la determinazione dirigenziale n. 1147 del 20.5.2022, il capitolato tecnico e, in particolare, l'art. 8 di tale capitolato, nonché, per quanto di interesse, ogni altro atto presupposto, connesso e consequenziale.

2. In punto di fatto l'appellante ha esposto che, in data 3.6.2022, la Società Fulmine Group s.r.l. (operante nel settore dei servizi postali), aveva inviato al Comune di Lecce - e, per conoscenza, all'A.G.C.M., all'A.G.Com. e all'A.N.A.C. – un'istanza di rettifica del bando della gara indetta da tale Comune per l'affidamento del servizio di notificazione a mezzo posta di atti giudiziari e comunicazioni connesse, di violazioni al codice della strada, di violazioni di regolamenti e ordinanze comunali e delle leggi e dei regolamenti di competenza della polizia locale. In particolare, la Società aveva segnalato come alcune previsioni della *lex specialis* dovessero ritenersi lesive della concorrenza nel mercato dei servizi postali, caratterizzato dalla presenza di un "incumbent", costituito dal fornitore del servizio universale (Poste Italiane s.p.a.). L'Autorità aveva, quindi, esaminato gli atti di gara e aveva, di seguito, inviato al Comune di Lecce un parere motivato ex art. 21-*bis* della L. n. 287/1990, con il quale aveva evidenziato la sussistenza di criticità in relazione: *i*) all'obbligo per il contraente designato di assicurare la diretta copertura del territorio regionale (art. 8, punto I, del capitolato); *ii*) al divieto di ricorrere al fornitore del servizio universale per assicurare le spedizioni destinate ad aree territoriali non direttamente coperte dall'affidatario (art. 8, punto II, del capitolato). Secondo l'Autorità, queste previsioni dovevano ritenersi lesive dei principi di cui agli artt. 41 Cost., 49 e 56 del T.F.U.E, e 30 del D.Lgs. n. 50/2016 (vigente *ratione temporis*). Il Comune di Lecce aveva riscontrato il parere dell'Autorità in data 29.8.2022, osservando come le regole di gara fossero conformi al quadro normativo e regolatorio di riferimento. In data 2.9.2022 l'A.G.Com. aveva espresso il proprio avviso sugli atti di gara, osservando come la soglia del 100 per cento di copertura diretta del territorio regionale avrebbero potuto "non assicurare la piena conformità" del capitolato "ai principi proconcorrenziali, europei e nazionali" e alle disposizioni di settore, tra cui la delibera A.G.Com. n. 77/18/CONS.

3. Preso atto del riscontro del Comune, l'Autorità ha, quindi, proposto ricorso al T.A.R. per la Puglia – sede di Lecce, articolando due motivi a sostegno dell'impugnazione. In particolare, l'Autorità ha dedotto l'illegittimità della clausola di cui all'art. 8 del capitolato, che – fissando una soglia di copertura diretta del territorio regionale e vietando di ricorrere alla c.d. postalizzazione – avrebbe determinato la violazione dei principi di cui all'art. 30 del D.Lgs. n. 50/2016 e delle relative disposizioni di riferimento contenute nelle direttive euro-unitarie, nonché dei principi di libertà di iniziativa economica e di libera prestazione dei servizi.

3.1. Si sono costituiti nel giudizio di primo grado il Comune di Lecce e Poste Italiane s.p.a. chiedendo di respingere il ricorso.

3.2. Con la sentenza appellata il T.A.R. ha respinto il ricorso dell'Autorità richiamando, in particolare, le motivazioni della sentenza n. 11164/2022 del T.A.R. per il Lazio – sede di Roma.

3.2.1. Tale sentenza aveva affermato che le regole sulle soglie di copertura diretta non potevano ritenersi illegittime in quanto espressione di un congruo bilanciamento tra la tutela della concorrenza e l'interesse pubblico ad un servizio postale soddisfacente e capillare. Secondo il T.A.R. una soglia di copertura dei C.A.P. inferiore al 100% avrebbe potuto, certamente, garantire la possibilità di aggiudicazione ad un maggior numero di operatori, ma ciò sarebbe andato a scapito delle esigenze del servizio pubblico. Il T.A.R. aveva, inoltre, valorizzato una serie di regole di quella gara, tra cui: *i*) la suddivisione in lotti, che aveva assicurato la possibilità di partecipazione agli operatori con una ridotta porzione di mercato e non in grado di assicurare il

servizio a livello nazionale; *ii*) la possibilità di ricorrere a raggruppamenti di imprese, che aveva consentito la partecipazione degli operatori che, per caratteristiche strutturali, avevano la necessità di avvalersi di altre imprese per assicurare il servizio; *iii*) la possibilità di ricorrere al subappalto, che aveva permesso di selezionare qualitativamente l'attività da svolgere in proprio e quella da devolvere ad altri operatori. Secondo il T.A.R. la sussistenza di tali elementi consentiva di escludere l'illegittimità della *lex specialis*, predicabile solo dimostrando l'impossibilità sostanziale di eseguire l'appalto neppure ricorrendo a tali strumenti. Tale previsione non si poneva, inoltre, in contrasto con le Linee Guida A.N.A.C., che dettavano percentuali di copertura territoriale del servizio con valore meramente esemplificativo.

3.3. La sentenza appellata ha, inoltre, evidenziato come tali principi potessero trovare applicazione nel caso di specie in quanto l'Amministrazione: *i*) aveva bandito due gare separate - l'una per la corrispondenza in ambito regionale (Area 1) e l'altra per la corrispondenza residuale su scala nazionale - e aveva previsto che i partecipanti alla gara avrebbero dovuto possedere la licenza individuale speciale di tipo A2 con validità regionale o la licenza individuale speciale di tipo A1 con validità nazionale o, in ultimo, la qualifica di concessionario di servizio universale per tutto il territorio nazionale; *ii*) aveva previsto la possibilità di partecipazione di soggetti singoli o raggruppati e aveva spiegato, in replica al parere dell'A.G.C.M., che la rispostalizzazione degli atti avrebbe comportato maggiori costi, pari a 10,50 euro per la notificazione di ciascun atto, da riversare sui destinatari delle notificazioni, con possibile disparità di trattamento.

4. L'A.G.C.M. ha proposto ricorso in appello premettendo all'esposizione dell'unico articolato motivo alcune considerazioni relative al mercato dei servizi postali. In particolare, l'Autorità ha evidenziato come il contesto di mercato che aveva fatto da sfondo alla sentenza n. 4200/2017 di questo Consiglio (richiamata dalla sentenza n. 11164/2022 del T.A.R. per il Lazio, alla quale ha - come esposto in precedenza - fatto riferimento la pronuncia appellata) fosse molto differente dall'attuale, in ragione: *i*) delle determinazioni e degli effetti derivanti dal caso "A493 - POSTE ITALIANE/PREZZI RECAPITO" di abuso di posizione dominante da parte di Poste Italiane (Provvedimento n. 26900 del 13.12.2017); *ii*) delle misure assunte relativamente all'accesso alla rete con la conclusione del procedimento di concentrazione "C12333 - POSTE ITALIANE/NEXIVE GROUP", avvenuta in data 22.12.2020 (Provvedimento n. 28497 del 22.12.2020); *iii*) dei più recenti orientamenti dell'A.G.Com.

4.1. L'Autorità ha, quindi, esposto come, con il provvedimento n. 26900/2017, si fosse accertato che Poste Italiane s.p.a. aveva offerto ai propri clienti prodotti meno cari degli equivalenti rientranti nel servizio universale. In relazione al secondo aspetto, l'Autorità ha evidenziato come l'acquisizione del controllo di Nexive da parte di Poste avesse comportato la crescita della quota di mercato di Poste (pari al 97 % nel mercato totale della corrispondenza, e superiore al 90% nel mercato dei servizi di corrispondenza non universali), determinando, oltre al rafforzamento della posizione dominante di Poste Italiane s.p.a., il passaggio da una concorrenza infrastrutturale caratterizzata da operatori con rete, a un mercato caratterizzato dalla presenza di un'unica rete nazionale, quella del fornitore del servizio universale, ove gli spazi per la concorrenza residuano soltanto nell'offerta a valle dei servizi postali. In ragione di questo nuovo scenario di mercato, l'Autorità ha illustrato di aver prescritto a Poste una serie di misure, tra cui: *i*) l'obbligo di predisporre offerte "wholesale" di accesso alla propria rete di posta "descritta" e posta "indescritta", a condizioni "retail minus" e non discriminatorie, per tutta la parte di rete rientrante nel perimetro del servizio universale; *ii*) l'ulteriore ampliamento della soglia di accesso all'offerta wholesale delle cc.dd. aree EU2, così da permettere a più operatori di accedere a queste aree di recapito EU2.

4.2. L'Autorità ha, quindi, dedotto che: *i*) questi provvedimenti evidenziavano le caratteristiche attuali del mercato di riferimento in cui nessun operatore può vantare una copertura territoriale come quella di Poste Italiane, neppure ricorrendo agli strumenti del r.t.i. o del subappalto; *ii*) tali caratteristiche del mercato erano confermate dalle nuove Linee Guida A.N.A.C. - A.G.Com. per l'affidamento degli appalti pubblici di

servizi postali, anche in relazione ai servizi di notificazione di atti giudiziari e comunicazioni connesse, nonché di sanzioni amministrative per violazione del codice della strada.

4.3. L'Autorità ha, quindi, evidenziato come i punti centrali della controversia risiedessero: *i)* nella richiesta di copertura diretta del territorio regionale che, in sostanza, avrebbe consentito solo a Poste di partecipare o, comunque, avrebbe compreso in modo significativo il confronto concorrenziale; *ii)* nel divieto di postalizzazione che aveva imposto all'operatore di provvedere con rete propria o ricorrendo a r.t.i. e subappalto. In tal modo, gli operatori avrebbero potuto adempiere solo formando un r.t.i. con Poste o subappaltando parte del servizio a Poste, specie in considerazione dell'impossibilità di raggiungere le zone EU2. In forza delle clausole indicate, la partecipazione degli altri operatori sarebbe stata, in sostanza, rimessa alla decisione dell'impresa in posizione dominante di partecipare con altro concorrente ad un r.t.i. o di svolgere parte del servizio in subappalto. Pertanto, gli strumenti individuati dal T.A.R. sarebbero stati, in realtà, inidonei a scongiurare la compromissione della concorrenza. In ultimo, l'A.G.C.M. ha dedotto la non decisività degli ulteriori argomenti indicati dal T.A.R. in quanto: *i)* i maggiori costi derivanti dalla postalizzazione non potevano costituire una componente essenziale per la valutazione di convenienza spettante alla stazione appaltante; *ii)* in ogni caso, occorre considerare come le misure prescritte dall'Autorità all'*incumbent* all'esito della procedura A493, erano idonee ad assicurare prezzi concorrenziali per gli operatori che intendevano accedere alla rete di Poste, e, quindi, evitavano disparità di trattamento.

5. Si sono costituiti in giudizio Poste Italiane s.p.a. e il Comune di Lecce, chiedendo di respingere il ricorso in appello. In data 19.6.2023 il Comune di Lecce ha depositato una memoria illustrativa delle proprie argomentazioni difensive. In vista dell'udienza pubblica del 30.5.2024 l'Autorità e Poste Italiane hanno depositato memorie conclusionali. In particolare, l'A.G.C.M. ha insistito nelle deduzioni articolate nel ricorso in appello, richiamando anche la recente sentenza della Sezione n. 3641/2024. Poste Italiane s.p.a. ha ricostruito il quadro normativo e regolatorio relativo alla notificazione degli atti giudiziari e dei provvedimenti sanzionatori per violazioni del codice della strada, osservando come le peculiarità di tali settore rendessero non operanti nel caso di specie i principi affermati dalla sentenza n. 3641/2024. L'Autorità e il Comune di Lecce hanno depositato, inoltre, memorie di replica. All'udienza del 30 maggio 2024 la causa è stata trattenuta in decisione.

6. Entrando in *medias res* il Collegio osserva come una delle questioni centrali del giudizio – sulla quale si sono soffermate le difese delle parti nelle memorie *ex art. 73 c.p.a.* e nella discussione orale - risiede nella possibile applicabilità al caso di specie dei principi affermati di recente dalla Sezione nella sentenza n. 3641/2024. La sicura rilevanza di tale sentenza deriva anche dalla circostanza che la stessa ha riformato la pronuncia n. 1012/2023 del T.A.R. per il Lazio – sede di Roma, le cui motivazioni hanno richiamato la trama argomentativa della sentenza n. 11164/2022 del T.A.R. per il Lazio, alla quale ha fatto riferimento anche la sentenza del T.A.R. per la Puglia – sede di Lecce, oggetto del presente giudizio di appello. In sostanza, la sentenza n. 3641/2024 ha ritenuto non condivisibili le argomentazioni poste a fondamento (almeno in parte) anche della sentenza appellata, rivedendo l'orientamento che era stato espresso da questo Consiglio nella sentenza n. 4200/2017 (e, da ultimo, nella sentenza n. 6013/2023), richiamata dalle decisioni dei T.A.R. indicate.

6.1. La verifica di operatività di tali principi al caso di specie impone, tuttavia, di appurare la sussistenza di una medesima situazione fattuale e di un comune quadro normativo e regolatorio tra la situazione oggetto del presente giudizio e quella decisa dalla Sezione con la sentenza n. 3641/2024.

6.2. A tal fine si osserva che la sentenza n. 3641/2024 è stata resa in una controversia instaurata dall'A.G.C.M. avverso gli atti di una gara di appalto indetta da un ente pubblico per la consegna di posta ordinaria. Tale gara era stata suddivisa in plurimi lotti e aveva imposto ai concorrenti di assicurare soglie di copertura: *i)* pari all'80 per cento per il lotto relativo alla posta destinata ad essere distribuita sull'intero territorio nazionale; *ii)* pari al 100 per cento per i vari lotti relativi alla posta destinata ad essere distribuita

sul territorio regionale di riferimento di ciascun lotto. La gara aveva previsto la possibilità di ricorrere a r.t.i. e al subappalto, ma aveva vietato il ricorso al fornitore del servizio universale. Tale gara è stata ritenuta illegittima dalla Sezione in quanto sostanzialmente preclusiva di un effettivo e concreto confronto concorrenziale, e, come tale, lesiva sia dell'interesse degli operatori del settore a competere senza discriminazioni, sia dell'interesse della stessa stazione appaltante ad avere una platea più vasta di possibili contraenti, tra i quali scegliere, in funzione del "*miglior risultato possibile*" nell'affidamento e nell'esecuzione dei contratti (punto 29 della sentenza). In relazione a quest'ultimo aspetto la Sezione ha evidenziato come l'interesse pubblico all'economicità della spesa non si fosse, in sostanza, realizzato, come dimostravano le circostanze che: *i*) il solo fornitore del servizio universale aveva presentato offerte per i lotti 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 18, 19, 21; *ii*) un solo altro operatore aveva presentato offerte per i lotti 17 e 18 ma, con gravi carenze nelle offerte tecniche, tanto da essere stato successivamente escluso; *iii*) due soli lotti erano stati aggiudicati all'altro solo operatore che aveva presentato valide offerte; *iv*) per tutti i lotti, il fornitore del servizio universale aveva presentato offerte pari al valore posto a base d'asta, senza, quindi, alcuna possibilità di risparmio per la stazione appaltante.

6.3. La gara oggetto del presente giudizio non è, invece, relativa a posta ordinaria, ma, come già spiegato, alla notificazione di atti giudiziari e comunicazioni connesse, di violazioni al codice della strada, di violazione di regolamenti e ordinanze comunali e delle leggi e dei regolamenti di competenza della polizia locale. L'oggetto della gara è, quindi, differente e, in particolare, risultano differenti il regime normativo e regolatorio di questo servizio (solo in tempi recenti sottratto all'esclusiva del fornitore del servizio universale; v., *infra*, punto 6.4) e il mercato di riferimento, come si esporrà nel prosieguo della presente decisione. Prima di esaminare tale aspetto, il Collegio osserva come, alla gara per il lotto 1 (Area 1, relativa alla corrispondenza da consegnare sul territorio regionale e oggetto della domanda di annullamento dell'A.G.C.M.) ha partecipato la sola Poste Italiane s.p.a., risultando, all'esito, aggiudicataria, con un punteggio complessivo di 44,00 punti su 100 e con un ribasso offerto del 10,141% rispetto al prezzo posto a base di gara pari a euro 7,79, i.v.a. esclusa, per ciascun verbale notificato a mezzo raccomandata A/R, compresa la emissione di eventuale CAD e/o CAN.

6.4. Passando alla disamina del quadro normativo e regolatorio e al mercato specifico di riferimento per la procedura di gara, si osserva come i servizi inerenti alle notificazioni e comunicazioni di atti giudiziari e i servizi inerenti alle notificazioni a mezzo posta di cui all'art. 201 del D.Lgs. n. 285/1992 siano stati affidati in via esclusiva al fornitore del servizio universale "*per esigenze di ordine pubblico*", fino alla data del 10 settembre 2017. In questa data è entrata in vigore la disposizione di cui all'art. 1, comma 57, lett. *b*), della L. n. 124/2017, che ha abrogato la previsione di cui all'art. 4 del D.Lgs. n. 261/1999, recante tale affidamento in via esclusiva. La riserva legale del servizio era stata giustificata dalla necessità di assicurare il possesso di requisiti di affidabilità, professionalità e onorabilità (Cassazione civile, Sez. trib., 12 novembre 2020, n. 255219), in considerazione delle conseguenze – anche rilevanti – derivanti dagli atti oggetto di notificazione. Il venir meno della riserva legale non ha, comunque, obliterato tali esigenze, come testimoniato: *i*) dalla previsione di cui all'art. 1, comma 57, lett. *c*), della L. n. 124/2017, che ha modificato la disposizione di cui all'art. 5, comma 2, del D.Lgs. n. 261/1999, subordinando la licenza necessaria per effettuare tali notificazioni "*a specifici obblighi del servizio universale con riguardo alla sicurezza, alla qualità, alla continuità, alla disponibilità e all'esecuzione dei servizi medesimi*"; *ii*) dalla previsione di cui all'art. 1, comma 58, della L. n. 124/2017, che ha imposto all'A.G.Com. di determinare gli specifici requisiti e obblighi per il rilascio di tali licenze (sentito il Ministero della Giustizia), e di determinare i requisiti relativi all'affidabilità, alla professionalità, e all'onorabilità dei richiedenti la licenza individuale.

6.5. In attuazione di quest'ultima previsione l'A.G.Com. ha adottato la delibera n. 77/18/Cons, che, per quanto di maggior interesse per la presente controversia, ha previsto la subordinazione dell'attività di notificazione a mezzo del servizio postale: *i*) al conseguimento di una licenza individuale speciale (avente ad oggetto la notificazione degli atti giudiziari e delle violazioni al codice della strada o solo quest'ultima

tipologia di atti; *cfr.*: art. 3, comma 2, del Regolamento allegato alla delibera), differenziata a seconda dell'ambito nazionale o regionale; *ii*) al possesso di requisiti per il rilascio della licenza (art. 5), di affidabilità (art. 6), di professionalità (art. 7), e di onorabilità (art. 8); *iii*) al rispetto di una serie di obblighi in materia di personale dipendente (art. 9) e qualità del servizio (art. 10).

6.6. La licenza speciale individuale è stata, quindi, strutturata su base nazionale o regionale ed è rispetto al territorio regionale che è stato fissato il numero minimo di addetti previsti (art. 9 del Regolamento e allegato n. 1, contenente una tabella con indicazione del numero di addetti per le varie Regioni italiane). Questa articolazione è stata oggetto di approfondimento da parte dell'A.G.Com., che ha ritenuto di non condividere le osservazioni di alcuni operatori (i quali avevano suggerito di prevedere anche licenze di tipo provinciale; *cfr.*: O.40 della delibera n. 77/18/Cons), evidenziando che la licenza a livello regionale avrebbe consentito l'ingresso nel mercato anche da parte di piccoli operatori *"in grado di svolgere il servizio relativo agli invii aventi origine e destinazione in un ambito ristretto (e comunque circoscritto entro il territorio regionale)"*, e consentito di *"adattare l'organizzazione modellandola eventualmente sulle linee di flusso maggiormente significative (ad esempio, la tratta Roma-Milano e viceversa), agevolando quindi l'ingresso dei piccoli operatori senza imporre loro di munirsi di un titolo abilitativo a livello nazionale"* (*cfr.*: V.59-60 della delibera n. 77/18/Cons).

6.7. In sostanza, la regolazione ha previsto diverse tipologie di licenze, differenziate a seconda degli atti e dell'estensione territoriale (regionale o nazionale), contemperando, in tal modo, le esigenze di apertura del mercato (conseguenti al venir meno della riserva legale), con *"la particolare delicatezza dei servizi di notifica degli atti giudiziari e delle violazioni al codice della strada"*, che *"richiede una specifica attenzione per assicurare l'affidabilità e la solidità dell'operatore postale che intenda intraprendere tale attività"* (punto 36 dell'allegato A alla delibera n. 348/17; sottolineatura del Collegio). Come documentato da Poste italiane, alla data del 22.9.2022, gli operatori abilitati in ambito nazionale erano quattro, mentre diciassette erano abilitati in ambito regionale. Nella Regione Puglia potevano, quindi, astrattamente operare, al momento del bando, due imprese munite di licenza nazionale A1 e due imprese munite di licenza regionale, tra cui lo stesso segnalante Fulmine Group (v. doc. n. 9 del fascicolo di primo grado di Poste Italiane, in relazione alla previsione di cui all'art. 5.2 del capitolato tecnico).

6.8. L'Autorità di settore aveva, inoltre, previsto strumenti di aggregazioni per le imprese, volti a facilitare l'ingresso nel mercato di operatori di limitate dimensioni, pur mantenendo saldo il principio di unitarietà del processo di notificazione (v. punti 63 ss., V.31-32 e 35 della delibera n. 77/18, e art. 5, commi 2-5, del Regolamento). Si tratta, quindi, di un principio che – diversamente da quanto dedotto dall'A.G.C.M. nella memoria di replica (v., in particolare, f. 2) – ha permeato la regolazione da parte dell'A.G.Com. ed è stato posto a fondamento di alcune delle previsioni dettate dall'Autorità di settore

6.9. L'A.G.Com. si è, poi, espressa sul tema della c.d. "ripostalizzazione", osservando che: *i*) per *"ripostalizzazione"* s'intende il modello di *business*, da cui deriva la forma di cosiddetta *"concorrenza mista"*, in cui gli operatori alternativi *"offrono i servizi end-to-end in alcune aree del territorio mentre ricorrono all'accesso per le restanti aree, generalmente quelle meno remunerative"*; *ii*) in questo caso, l'operatore alternativo utilizza l'acquisto dei servizi a tariffe speciali come modalità di accesso alla rete dell'*incumbent*; *iii*) le due tipologie di prodotti (servizi postali *retail* a tariffe speciali e accesso *wholesale* alla rete del fornitore del servizio universale) richiedono entrambi un accesso di tipo *downstream* alla rete dell'*incumbent*, ma, tuttavia, differiscono in quanto un servizio a tariffa speciale è immediatamente acquistabile da un operatore postale, essendo un prodotto dell'offerta pubblica *retail* del fornitore del servizio universale mentre un accesso *wholesale* richiede la stipula di un accordo di accesso *ad hoc* con l'*incumbent*; *iv*) inoltre, mentre le condizioni di offerta (prezzo, tempi di consegna, livelli di qualità del servizio garantiti) sono già definite e disponibili a condizioni trasparenti e non discriminatorie, le condizioni di accesso *wholesale* (condizioni tecnico-economiche, SLA) sono negoziate tra *incumbent* e operatore

richiedente; v) in sintesi, la differenza tra utilizzo dei servizi a tariffe speciali e dell'accesso wholesale è che, nel primo caso, l'operatore alternativo "postalizza" attraverso la rete dell'*incumbent* gli invii dei propri clienti.

6.9.1. Secondo l'A.G.Com. le considerazioni generali sopra esposte rendevano evidente che quando l'operatore alternativo acquista un servizio *retail* da Poste Italiane - nel caso di specie un servizio di recapito di raccomandata - si assiste ad una segmentazione del servizio di notifica, in quanto l'ultimo tratto, non solo sotto il profilo operativo ma anche contrattuale (con le ovvie conseguenze in materia di responsabilità) è svolto da un operatore postale diverso da quello originariamente contrattualizzato dal mittente. Questa situazione doveva, quindi, ritenersi incoerente e contraddittoria rispetto all'orientamento seguito in merito all'esigenza di garantire l'unicità del processo di lavorazione da parte dell'operatore capogruppo che è l'unico responsabile del servizio dall'inizio alla fine del ciclo di fornitura del servizio. L'A.G.Com. ha, quindi, ritenuto tale modalità operativa non ammissibile, ma ha, altresì, evidenziato che tale divieto non doveva, comunque, creare ostacolo all'accesso del mercato in esame per l'operatore alternativo non in grado di erogare il servizio in determinate aree. Secondo l'A.G.Com. le Linee Guida dell'A.N.A.C. nel settore postale offrivano soluzioni alternative al divieto assoluto di rispotalizzazione (richiesto, in sostanza, da Poste Italiane), prevedendo, ad esempio, la possibilità di suddividere l'appalto in lotti, "in base ad aree omogenee del territorio (nel caso di specie, tra aree *infra* e *extra regionali*)", oppure di valutare l'offerta in base alla capacità dell'operatore di provvedere autonomamente al servizio.

6.10. Con riferimento alle Linee Guida si osserva, inoltre, come il documento del 2022 abbia previsto un'apposita disciplina per le notificazioni a mezzo posta di atti giudiziari e comunicazioni connesse e di violazione al codice della strada. In particolare, la disposizione di cui all'art. 12 ha recepito, in sostanza, i tratti di specialità di questo servizio previsti dalla normativa primaria e della regolazione dell'A.G.Com. prevedendo, *ex aliis*, che: *i*) l'affidamento di tali servizi è effettuato nel rispetto del principio di unitarietà del processo, volto ad assicurare la certezza legale della conoscenza dell'atto da parte del destinatario; inoltre, per l'esecuzione di una specifica fase/tratta di competenza l'aggiudicatario non può ricorrere all'istituto del subappalto né alla postalizzazione tramite il fornitore del servizio universale di parte degli invii, fatto salvo quanto previsto per la postalizzazione al punto 12.6 (art. 12.1); *ii*) il principio di unitarietà del processo può essere assicurato, introducendo apposite garanzie, anche da una pluralità di soggetti aggregati in forma stabile e continuativa, a condizione che la gestione dell'intera fornitura del servizio e la conseguente responsabilità siano ricondotte, sotto ogni profilo, ad un unico soggetto in grado di esercitare effettivi poteri di indirizzo e di controllo sullo svolgimento della prestazione da parte degli operatori aggregati (art. 12.3); *iii*) il servizio di notificazione a mezzo posta di atti giudiziari e di infrazioni al codice della strada deve affidarsi separatamente dagli altri servizi postali, al fine di favorire la massima partecipazione; per analoghe finalità, in un'ottica pro-concorrenziale, le stazioni appaltanti valutano, nell'ambito dei bandi di gara, l'opportunità di suddividere in lotti distinti l'affidamento dei servizi di notificazione a mezzo posta di atti giudiziari e comunicazioni connesse e i servizi di notificazione delle violazioni del codice della strada (art. 12.5); *iv*) le stazioni appaltanti possono suddividere l'oggetto dell'affidamento in più lotti di recapito distinti in base ad aree omogenee di territorio, con estensione massima regionale, al fine di favorire la più ampia partecipazione degli operatori economici; la stazione appaltante provvede alla postalizzazione dell'eventuale quota residuale di invii che ecceda l'ambito territoriale come precedentemente definito, inclusi gli atti da notificare all'estero, anche mediante conferimento di mandato speciale all'affidatario (art. 12.6).

7. Ricostruite le peculiarità del settore, può procedersi ad esaminare le censure articolate dall'A.G.C.M., segnalando, in particolare, le differenze tra la fattispecie oggetto della sentenza n. 3641/2024 e la fattispecie oggetto del presente giudizio, che giustificano il differente esito decisorio.

7.1. Osserva, in primo luogo, il Collegio come le deduzioni dell’Autorità in ordine al differente contesto di mercato che aveva fatto da sfondo alla sentenza n. 4200/2017 di questo Consiglio (richiamata dalla sentenza n. 11164/2022 del T.A.R. per il Lazio, alla quale ha fatto riferimento la pronuncia appellata) siano state, certamente, valorizzate anche dalla sentenza n. 3641/2024 della Sezione che ha preso l’abbrivio proprio da tale differente quadro per giungere ad affermare la mancata di proporzionalità e ragionevolezza della scelta effettuata – in quel caso – dalla stazione appaltante. Tuttavia, questo diverso scenario è stato preso in considerazione, in primo luogo, nel contesto nella disamina delle soglie di copertura diretta previste per il recapito della posta ordinaria (art. 3 delle Linee Guida delibera Anac-A.G.Com.), che non sono state espressamente richiamate nella disposizione relativa alla notificazione di atti giudiziari e contravvenzioni al codice della strada (art. 12 delle medesime Linee Guida). Invero, la disposizione di cui all’art. 12.15 rinvia, per quanto non espressamente previsto, alle disposizioni delle Linee Guida relative agli altri servizi postali, ove applicabili. Tuttavia, se anche si ritenesse la regola idonea a rendere operative le soglie di copertura (postulando, quindi, la possibilità di applicazione dell’art. 3), dovrebbe, in ogni caso, accertarsi in questa sede la congruità della soglia rispetto al caso concreto. Come si esporrà nel prosieguo, non vi sono, tuttavia, evidenze per affermare la mancanza di capacità degli operatori titolari delle licenze richieste (e articolate su base nazionale o regionale) di offrire una copertura integrale del territorio regionale, e, quindi, per ritenere che la sola differenza nella soglia di copertura - meramente indicata, tra l’altro, dalle Linee Guida - sia stata *ex se* idonea ad alterare il confronto competitivo tra le imprese strutturate che possono competere in questo mercato. Del resto, anche il parere reso dall’Autorità di settore nella vicenda all’attenzione del Collegio non ha effettuato una disamina specifica e concreta del mercato e della capacità degli operatori, limitandosi ad evidenziare come la regola di gara suscitasse “qualche perplessità”, e, quindi, senza offrire elementi che consentano di affermare, in modo ragionevole, la sussistenza di una lesione del confronto competitivo.

7.2. In secondo luogo, si osserva che la generale posizione dell’impresa *incumbent* nel mercato dei servizi postali è stata esaminata nella sentenza n. 3641/2024 ai fini della decisione relativa alla legittimità di una gara indetta per il recapito di posta ordinaria. Considerazione che non intende escludere la sussistenza di una posizione di prevalenza di Poste Italiane anche nel settore di mercato in esame, ma, evidenziare la non integrale possibilità di sovrapporre disamine e valutazioni compiute sul generale mercato della posta ordinaria allo specifico settore al quale si ascrive la gara oggetto di esame da parte del Collegio. In sostanza, ciò che difetta nel caso di specie è la sussistenza di una puntuale disamina da parte dell’A.G.C.M. in relazione al settore dei servizi postali relativo alla notificazione degli atti giudiziari e delle contravvenzioni al codice della strada, come correttamente evidenziato al f. 12 della memoria conclusionale di Poste Italiane.

7.3. Inoltre, la sentenza n. 3641/2024 ha stigmatizzato l’omessa valutazione da parte della stazione appaltante delle c.d. aree EU2, in particolare in ragione della previsione di soglie di copertura dirette identiche (e tutte pari al 100 per cento) per i vari lotti in cui era stato suddiviso l’appalto, coincidenti con il territorio delle Regioni italiane. La sentenza ha, infatti, evidenziato come vi fosse soltanto in alcune Regioni – e, in particolare, in Campania, Calabria, Puglia, Sicilia e Toscana (sottolineatura del Collegio, sulla quale v. *infra*) – un numero congruo di operatori postali locali infrastrutturati capaci di offrire una copertura aggregata prossima al 100% della popolazione. In sostanza, la Sezione ha evidenziato la carenza di una disamina puntuale dei vari mercati di riferimento per i lotti. Infatti, in alcune Regioni vi era un congruo numero di operatori postali locali infrastrutturati, capaci di offrire una copertura aggregata prossima al 100% della popolazione. Al contrario, nelle altre Regioni, simile situazione non si verificava, con conseguente difetto di istruttoria, proporzionalità e aderenza alle situazioni dei mercati nella decisione di pretendere, in tutti i casi, una soglia di copertura diretta pari al 100 per cento. Le situazioni strutturalmente differenziate nelle varie aree ricomprese nei lotti non erano, inoltre, suscettibile di “compensazione” – secondo la Sezione – mediante la possibilità di costituire un r.t.i., di ricorrere al subappalto, o ai contratti continuativi di cooperazione, servizio e/o fornitura sottoscritti in epoca anteriore alla indizione della

procedura finalizzata alla aggiudicazione dell'appalto. E ciò sia in ragione della presenza delle aree EU2 che della natura negoziale di questi strumenti, che, come tali, non potevano ritenersi “*dei succedanei integralmente equivalenti alla strutturazione della gara in modo conforme ai principi a tutela della concorrenza*” (punto 24.6 della sentenza).

7.4. Lo scenario di mercato di riferimento e le specifiche disposizioni (anche di natura regolatoria) esaminate dalla Sezione nella sentenza n. 3641/2024 sono, tuttavia, diverse dal peculiare settore in esame, come conferma la disamina in precedenza svolta. Infatti, in questo settore si sono dovuti bilanciare l'esigenza di apertura di un nuovo mercato con la necessità di assicurare particolare attenzione in termini di affidabilità e solidità dell'operatore, unicità del procedimento notificatorio, e certezza nella consegna di atti di particolare rilevanza, come sono, sicuramente, gli atti giudiziari e, seppur in misura minore, le contravvenzioni al codice della strada. In questo specifico settore, i titoli abilitativi all'attività sono stati differenziati in ambiti regionali e nazionali, proprio al fine di garantire un'apertura al mercato ma, al contempo, mantenendo fermo il principio di unitarietà del processo notificatorio e le garanzie di affidabilità, sicurezza e solidità delle imprese destinate ad operare.

7.5. Queste esigenze sono state coniugate anche in relazione all'estensione territoriale delle licenze, calibrate su base regionale e su base nazionale. In relazione al tema della copertura territoriale deve poi osservarsi come se è, in astratto, corretto l'assunto dell'Autorità che distingue tra copertura diretta della licenza e effettiva capacità di svolgere in via diretta il servizio, non può non evidenziarsi, tuttavia, come la stessa A.G.C.M. abbia omesso di effettuare una specifica disamina del mercato *sub observatione* e della capacità dei vari operatori, non fornendo, inoltre, evidenze puntuali e concrete circa l'impossibilità anche per i titolari di tali licenze su base regionale e nazionale di svolgere direttamente il servizio, coprendo, quindi, l'intero territorio regionale considerato. In sostanza, la deduzione secondo la quale il sistema della licenza su base regionale non sarebbe stato sinonimo della capacità di esecuzione integrale e diretta del servizio non è stata supportata da alcuna evidenza che consenta di decretare l'impossibilità di partecipazione di operatori diversi da Poste Italiane, tenuto conto dei requisiti di capacità e solidità imposti dal quadro regolatorio di riferimento per il mercato in esame.

7.6. Considerazione che risulta, *a fortiori*, decisiva in ragione di quanto accertato dalla Sezione con la sentenza n. 3641/2024 (v. *supra*, punto 7.3), ove si è affermato che, in alcune Regioni, tra cui proprio la Puglia, vi era la presenza di un congruo numero di operatori capaci di offrire una copertura aggregata prossima al 100 per cento. Su questo punto l'Autorità ha sottolineato, in memoria di replica, come la Sezione avesse fatto riferimento ad una copertura “*aggregata*” e “*prossima*”, e, quindi, non a una capacità di copertura diretta sicuramente pari a tale percentuale. Tuttavia, dinanzi ad un dato di sicuro rilievo come quello esposto, l'Autorità ha omesso di allegare evidenze dalle quali desumere che, nonostante tale dato e la particolare strutturazione richiesta per gli operatori abilitati alla notificazione degli atti giudiziari e delle contravvenzioni, non vi fossero garanzie di un serio ed effettivo confronto concorrenziale tra i vari operatori nella gara censurata dall'A.G.C.M. E ciò anche in ragione di quanto è stato, invece, documentato da Poste Italiane, la quale ha evidenziato che: *i*) Post&Service si era aggiudicata, partecipando in forma singola, due lotti regionali, (tra cui proprio quelli relativi alla Puglia) della gara indetta da I.N.P.S., oggetto della sentenza n. 3641/2024, nonché altra gara indetta sempre da I.N.P.S. per la notificazione di atti giudiziari; *ii*) Post&Service aveva dichiarato, in sede di partecipazione ad altre gare, di disporre di una propria rete di recapito in grado di coprire direttamente tutti i c.a.p. del territorio nazionale; *iii*) la segnalante Fulmine Group aveva dichiarato di essere in grado di garantire il servizio di notifica di atti giudiziari e contravvenzioni sull'intero territorio nazionale. In sostanza, tra i soggetti muniti della necessaria struttura operativa richiesta per il rilascio della licenza, vi erano soggetti che avrebbero potuto partecipare alla gara, garantendo la copertura diretta del territorio regionale. Questo dato non è stato contestato dall'Autorità, che non ha, inoltre, offerto evidenze contrarie. L'Autorità si è limitata ad osservare che queste procedure di gara non avevano previsto il divieto di postalizzazione, ma si tratta di un aspetto diverso da quello per il quale questa

documentazione è stata allegata da Poste, che ha, invece, inteso enfatizzare le dichiarazioni di capacità degli operatori di coprire direttamente l'ambito territoriale, senza, quindi, il ricorso alla postalizzazione.

7.7. Una disamina peculiare deve, poi, svolgersi proprio con riferimento al divieto di ripostalizzazione che, nella logica dell'A.G.C.M., concorrerebbe a determinare la sostanziale limitazione alla concorrenza della gara in esame. Diversamente dal caso esaminato dalla sentenza n. 3641/2024 della Sezione, questo divieto è stato, però, posto, dall'Autorità di settore, a tutela del principio di unitarietà della notificazione, e, quindi, per evitare una frammentazione del servizio di notifica. La stessa Autorità di settore ha evidenziato come il divieto non dovesse creare ostacoli all'accesso al mercato, ma, per evitare tale effetto, ha suggerito di far riferimento a quanto previsto dalle Linee Guida A.N.A.C., e, in particolare, alla possibilità di suddividere l'appalto in lotti, "*in base ad aree omogenee del territorio (nel caso di specie, tra aree infra e extra regionali)*" (sottolineatura del Collegio). Pertanto, proprio la restrizione del lotto su base regionale è parsa all'Autorità di settore una misura idonea a scongiurare restrizioni alla concorrenza in un settore del tutto peculiare come quello esaminato, nel quale è stata la stessa regolazione ad imporre strutture aziendali solide e articolate, in ragione della delicatezza dei compiti affidati.

7.8. La previsione di cui all'art. 12.1 delle Linee Guida ha, quindi, escluso la possibilità di ricorrere alla postalizzazione, ponendo una regola che, nel caso esaminato dalla sentenza n. 3641/2024, era stata – invece – posta dalla stazione appaltante, con una previsione che è stata stigmatizzata in quanto non coerente con la struttura del mercato e idonea a limitare il confronto concorrenziale in un ambito che, diversamente da quello in esame, ha requisiti di accesso per gli operatori meno stringenti. In secondo luogo, le Linee Guida hanno escluso l'operatività del divieto solo in relazione all'eventuale quota residuale di invii eccedente l'ambito territoriale da definirsi in base ad aree omogenee, con estensione massima regionale. In memoria di replica, l'A.G.C.M. ha evidenziato come l'estensione massima regionale non coincide, necessariamente, con l'ambito territoriale omogeneo. Assunto che è, in astratto, condivisibile ma che, tuttavia, non è stato sorretto da evidenze nel caso di specie, difettando prove in ordine al fatto che, per le peculiarità del mercato dei servizi postali in questione in Puglia, quest'ambito omogeneo non potesse, invece, coincidere, anche alla luce di quanto esposto in precedenza, con l'intero territorio regionale. Pertanto, anche in relazione a questo aspetto vi sono, da un lato, significative differenze con la situazione esaminata dalla sentenza n. 3641/2024 della Sezione, e, dall'altro, non possono ritenersi fornire da parte dell'Autorità evidenze in ordine alla possibilità di riscontrare – anche in questa diversa situazione di fatto (regolata da un apposito regime regolatorio) – criticità sotto il profilo della tutela della concorrenza, tali da imporre un diverso assetto della gara.

8. Alla luce delle dirimenti considerazioni sin qui esposte il ricorso in appello dell'Autorità non può essere accolto, seppur per motivazioni diverse da quelle affermate dal Giudice di primo grado che sono state, erroneamente, calibrate (almeno in parte) sul sistema di consegna della posta ordinaria, per il quale valgono, invece, le considerazioni della sentenza n. 3641/20024 della Sezione.

9. Le questioni esaminate e decise esauriscono la disamina dei motivi, essendo stati toccati tutti gli aspetti rilevanti a norma dell'art. 112 c.p.c., in aderenza al principio sostanziale di corrispondenza tra il chiesto e pronunciato (come chiarito dalla giurisprudenza costante; *cf.*, *ex plurimis*, Consiglio di Stato, Sez. VI, 2 settembre 2021, n. 6209; *id.*, 13 settembre 2022, n. 7949), con la conseguenza che gli argomenti di doglianza non espressamente esaminati sono stati dal Collegio ritenuti non rilevanti ai fini della decisione e comunque inidonei a supportare una conclusione di tipo diverso.

Ne consegue anche che non vi è luogo a pronunciare sull'eccezione di inammissibilità, per difetto di interesse, del primo motivo dell'appello, sollevata da Poste Italiane s.p.a.

10. Le spese di lite del grado di giudizio possono essere compensate ai sensi degli articoli 26 del codice del processo amministrativo e 92 del codice di procedura civile, come risultante dalla sentenza della Corte

Costituzionale 19 aprile 2018, n. 77, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale di quest'ultima disposizione nella parte in cui non prevede che il giudice possa compensare le spese tra le parti, parzialmente o per intero, anche qualora sussistano altre analoghe gravi ed eccezionali ragioni, da individuarsi nella indubbia complessità delle questioni esaminate.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge per le ragioni indicate in motivazione. Compensa tra le parti le spese di lite del presente grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 30 maggio 2024 con l'intervento dei magistrati:

Carmine Volpe, Presidente

Giordano Lamberti, Consigliere

Davide Ponte, Consigliere

Lorenzo Cordi', Consigliere, Estensore

Marco Poppi, Consigliere

L'ESTENSORE

Lorenzo Cordi'

IL PRESIDENTE

Carmine Volpe

IL SEGRETARIO