

DOTTORATO DI RICERCA IN DIRITTO ED ECONOMIA

XXVI° CICLO

Coordinatore: Chiar.mo Prof. Marcello Clarich

**REGOLAZIONE PUBBLICA E
CONCORRENZA NEL SETTORE POSTALE:
IL CASO POSTE ITALIANE S.P.A.**

Tutor: Chiar.mo Prof. Giuliano Fonderico

Candidato: Dott. Dario Capotorto

Anno Accademico 2014/2015

*Agli occhi curiosi di mia figlia
e ai ricci indomabili di sua madre.*

INDICE-SOMMARIO

<i>Prefazione</i>	7
-------------------------	---

CAPITOLO I

IL PROCESSO NORMATIVO DI APERTURA DEL MERCATO DEI SERVIZI POSTALI E

IL QUADRO ISTITUZIONALE

1. Le direttive UE per la liberalizzazione dei servizi postali e la normativa domestica di recepimento.....	13
1.1. Il perimetro del servizio universale.....	18
1.2. Il sistema delle licenze individuali e delle autorizzazioni generali	33
2. La dubbia compatibilità europea delle riserve sopravvissute: la “cattura” del regolatore nelle aree riservate all’ex monopolista.....	36
3. Le tre autorità indipendenti che svolgono attività di regolazione: AGCM, AGCom e AN.AC. (già AVCP).....	46
4. I mercati contendibili del settore postale e il <i>bundling</i>	54

CAPITOLO II

LE CONDIZIONI CHE FAVORISCONO LA PERMANENZA DELLA POSIZIONE

DOMINANTE DI POSTE ITALIANE

1. L’esenzione IVA sui prodotti postali dell’ex monopolista: agevolazione legittima o aiuto di Stato?	64
2. Le misure di ripianamento dei costi legati agli obblighi gravanti sul fornitore del servizio universale: sono davvero necessarie?	74
3. I sussidi incrociati (legittimi e illegittimi)	95
4. La deroghe “ <i>ad personam</i> ” agli obblighi di separazione societaria	104

CAPITOLO III

LE NUOVE MISURE DI PROMOZIONE DELLA CONCORRENZA

1. L'accesso alla rete del FSU da parte degli altri concorrenti	111
2. Le nuove logiche della regolazione delle tariffe massime (e minime) del FSU	123
2.1. Gli obblighi di trasparenza.....	133
2.2. Gli obblighi asimmetrici di non discriminazione.....	134
3. L'introduzione di obblighi simmetrici: le carte di qualità dei servizi degli operatori privati	140

CAPITOLO IV

LE MISURE PER UN'EFFETTIVA APERTURA DEL MERCATO PUBBLICO DEI

SERVIZI POSTALI

1. Le reti “a macchia di leopardo” degli operatori privati e l'incognita della destinazione della corrispondenza	146
1.1. Le informazioni sui flussi presenti nel bando, il prezzo geograficamente uniforme e il prezzo “flat” (unico anche per aree non coperte dalla rete dell'appaltatore).....	153
1.2. Le distorsioni prodotte dai vincoli che limitano il ricorso al subappalto e la qualificazione del rapporto che sorge con riguardo alla corrispondenza immessa dagli operatori postali privati nella rete del FSU con la cd. “postalizzazione”.....	156
1.3. Le possibili soluzioni <i>de jure condendo</i> e <i>de jure condito</i> : i contratti pubblici a “geometria variabile” (mediante lo scorporo della corrispondenza c.d. “postalizzata” dall'operatore privato).....	163
2. La definizione dei requisiti di partecipazione	169
3. Le associazioni temporanee di imprese (ATI) nella prospettiva antitrust e le difficoltà di recepimento delle segnalazioni AGCM nel settore postale	177
4. La partecipazione di Poste Italiane alle procedure di evidenza pubblica: il Gerione trifronte gioca contro i pulcini e l'arbitro è bendato	185

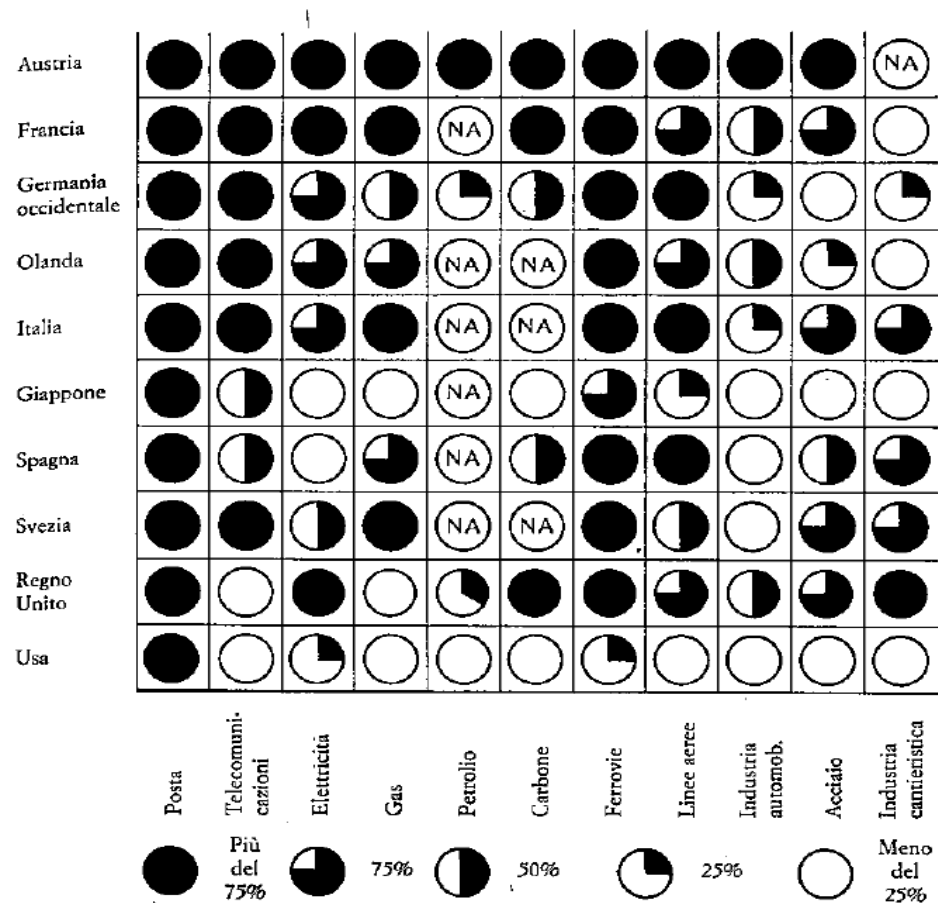
CONCLUSIONI

Gli scenari futuri: il possibile coinvolgimento dei nuovi entranti nell'erogazione del servizio universale e le illusioni della privatizzazione sostanziale	196
BIBLIOGRAFIA.....	202

PREFAZIONE

In meno di tre decenni l'assetto proprietario e le modalità di gestione dei servizi postali hanno conosciuto una vera e propria rivoluzione copernicana.

La diretta presenza dello Stato nell'erogazione dei servizi di pubblica utilità è efficacemente rappresentata da un grafico tratto dal New York Times del 10 ottobre 1986, che "fotografa" i livelli di proprietà pubblica in diverse industrie nei principali Paesi industrializzati e da cui emerge come il servizio postale fosse indubbiamente quello caratterizzato da un maggior gradiente di pubblicità.



Fonte: "Financial Times", 10 ottobre 1986, basato su uno studio apparso in *Amex Bank Review*¹.

¹ Ristampato in J.E. STIGLITZ, *Economics of the Public Sector*, New York, 1988, 18.

Una funzione “inerentemente pubblica”² per tradizione ultrasecolare è stata “strappata” al monopolio statale e offerta al mercato, mettendo sul difficile banco di prova della storia congetture e ipotesi, che apparivano difficilmente sottoponibili nel breve termine a prove di confutabilità³.

In concomitanza con la caduta del Muro di Berlino, Joseph E. Stiglitz scriveva a proposito dei monopoli statali: “sono portato a sostenere che per molte delle attività economiche intraprese dallo Stato sia possibile permettere la concorrenza. Anche se lo Stato volesse mantenere la sua presenza nel settore si perderebbe ben poco se si concedesse libertà di entrata ai privati”⁴.

Nello stesso scritto il Premio Nobel dell’Economia osservava con specifico riferimento ai servizi postali: “c’è un argomento standard che viene

² L’espressione è frutto dell’infelice traduzione della locuzione “*inherently governmental function*” che in alcuni ordinamenti indica le funzioni riservate ai pubblici poteri per le quali vige il divieto di trasferimento a soggetti privati. Sul sistema statunitense cfr. J. R. LUCKEY, V. BAILEY GRASSO, K. M. MANUEL, *Inherently Governmental Functions and Department of Defense Operations: Background, Issues, and Option for Congress*, 2009, CRS Report for Congress, www.crs.gov, 23, che forniscono la seguente definizione: “*inherently governmental functions, or functions that, as a matter of federal law and policy, must be performed by government employees and cannot be contracted out because they are “intimately related to the public interest”*”. Riferiscono G. NAPOLITANO E M. ABBRESCIA, *Analisi economica del diritto pubblico*, Bologna, 2009, 97, che nell’ordinamento inglese è vietato trasferire a soggetti privati lo svolgimento di compiti, che comportino un pregiudizio alla libertà degli individui o l’esercizio di un potere di intrusione nella proprietà privata o, ancora, poteri di legislazione secondaria, in forza di specifiche disposizioni normative che qualificano le stesse come “*inherently governmental functions*”.

³ Cfr. K. R. POPPER, *Conjectures and refutations*, Vol. I, Berkeley. 1962, trad. it. a cura di G. Pancaldi, Bologna, 1972, 66, secondo cui “il criterio dello stato scientifico di una teoria è la sua falsificabilità, confutabilità, o controllabilità”, tant’è che “una teoria che non può essere confutata da alcun evento concepibile, non è scientifica. L’inconfutabilità di una teoria non è (come spesso si crede) un pregio, bensì un difetto”.

⁴ J.E. STIGLITZ, *The Economic Role of the State*, Oxford, 1989, trad. it., a cura di M. Da Rin, Bologna, 1992, 74.

usato contro le proposte di liberalizzazione dell'entrata: l'argomento della «scrematura». Chi entra fornirà, ad esempio, servizi postali per le città più grandi, lasciando senza servizio quelle minori o facendo pagar loro prezzi elevati. Implicito in questo argomento è il riconoscimento dell'esistenza di sussidi incrociati. La reazione della maggior parte degli economisti a questo tipo di sussidi è che, in generale, essi generano delle inefficienze (ad esempio distorsioni nella scelta delle localizzazioni), e che se c'è un interesse della società a che (ad esempio) più individui vivano nelle aree rurali rispetto alla soluzione di libero mercato, tali politiche di sostegno debbano essere rese esplicite, ed i loro costi resi pubblici. Il governo dovrebbe quindi finanziare il sussidio facendo ricorso alle entrate generali, senza imporre una tassa implicita agli utenti del servizio postale”⁵.

Ebbene, nel volgere di qualche decennio la storia sembra aver dato ragione a Stigler.

Osservando l'esperienza di altri paesi si scopre che a seguito della liberalizzazione c'è chi ha avuto il coraggio di procedere alla radicale soppressione degli obblighi di servizio universale, appurando che le forze di

⁵ J.E. STIGLITZ, *The Economic Role of the State*, cit., 75. Stiglitz ricorda inoltre che il confronto concorrenziale crea incentivi che favoriscono il benessere e fornisce al riguardo un esempio paradigmatico: “ci sono incentivi non solo a produrre con efficienza e ad innovare, ma anche a produrre quei beni e servizi che sono domandati dagli individui. Costoro danno molto valore al loro tempo, e le imprese che fanno perdere tempo ai loro clienti tenendoli in coda li perderanno. Essi, infatti, sono disposti a pagare di più se così facendo aspetteranno di meno. Le imprese confronteranno quindi il maggior reddito che potrebbero guadagnare riducendo i tempi di attesa con maggiori costi necessari per assumere nuovo personale. Le burocrazie pubbliche raramente considerano il valore del tempo dei loro clienti: per loro, mentre i maggiori costi per nuovo personale sono evidenti, i benefici non lo sono. D'altro canto, se si concedesse a due uffici concorrenti di concedere patenti di guida, con un prezzo fisso per patente, essi sarebbero molto sensibili al tipo di servizio desiderato dai loro clienti”.

mercato sono in grado di garantire l'erogazione di servizi di altissima qualità a tariffe estremamente contenute (come accaduto in Germania).

L'esperienza domestica è, invece, ben diversa. Il mercato nazionale dei servizi postali non può ancora definirsi pienamente concorrenziale.

Alcuni segmenti di mercato sono interessati da dinamiche competitive, altri restano ancora appannaggio quasi esclusivo del Fornitore del Servizio Universale.

Obiettivo della ricerca è quello di fornire una sintetica descrizione dell'assetto istituzionale e del percorso di liberalizzazione (oggetto del primo capitolo) per concentrare l'attenzione sui principali ostacoli che impediscono l'emersione di dinamiche concorrenziali nei segmenti ancora non esposti alla concorrenza (alcuni oggetto di riserve sopravvissute alla liberalizzazione con norme nazionali di dubbia compatibilità con le direttive europee), distinguendo, da un lato, i privilegi di cui continua a beneficiare l'ex monopolista (oggetto di specifica disamina nel secondo capitolo) e, dall'altro, i limiti e le implementazioni necessarie alle misure di promozione della concorrenza, oggetto del terzo capitolo.

Dall'analisi degli sviluppi regolatori degli ultimi anni emerge un quadro ricco di iniziative, sebbene le stesse non appaiano sempre efficaci. I numerosi interventi registrati a seguito dell'attribuzione in capo all'AGCom delle funzioni di regolazione nel settore postale (prima detenute da organismi privi del requisito dell'indipendenza dall'ex monopolista) hanno sicuramente agevolato l'emersione di dinamiche concorrenziali, ma non sono e non possono essere risolutive, almeno fintanto che permangano privilegi, molti dei quali

direttamente riconosciuti da norme statali di dubbia compatibilità comunitaria e, talvolta, costituzionale.

Significative criticità si sono riscontrate in particolare nel mercato dei servizi postali commissionati dalle amministrazioni pubbliche e dagli organismi di diritto pubblico, oggetto dell'ultimo capitolo, in cui si riprende e sviluppa il lavoro svolto per conto di FISE ARE (Associazione Imprese Servizi di Recapito, aderente a Confindustria) nell'ambito del tavolo tecnico istituito presso l'Autorità di Vigilanza per i Contratti Pubblici di Lavori, Servizi e Forniture (ora A.N.AC.), finalizzato all'elaborazione delle linee guida per l'affidamento dei servizi postali (cfr. A.N.AC. Determina 9 dicembre 2014, n. 3, in G.U. n. 1 del 2 gennaio 2015), pubblicate in concomitanza con la conclusione del presente lavoro.

* * *

Ringrazio per l'attività di indirizzo scientifico il Prof. Roberto Pardolesi, il Prof. Giuliano Fonderico e la Prof.ssa Paola Chirulli; questi ultimi anche per i preziosi consigli redazionali.

Sono profondamente in debito con il Prof. Stefano Vinti che da diversi anni sopporta le mie mancanze senza stancarsi di guidare quotidianamente il mio percorso di ricerca e di crescita non solo scientifica.

Ringrazio, inoltre, l'Avv. Maria Laura Cantarelli (Segretario Nazionale di FISE ARE Confindustria), il Dott. Luca Palermo (Presidente di FISE ARE Confindustria), l'Avv. Maurizio Raffaini (*General Counsel* del Gruppo TNT, ora Nexive S.p.a.) e la mia inseparabile Collega Avv. Manuela Teoli: con tutti ho avuto un confronto assiduo sulle principali tematiche oggetto della ricerca e

preziose indicazioni per il reperimento del materiale e per la comprensione degli “ingranaggi” dell’industria postale (ovviamente le opinioni qui espresse sono puramente personali e non impegnano, né coincidono necessariamente, con le posizioni assunte dall’Associazione).

I vizi del lavoro vanno invece esclusivamente ascritti all’Autore.

CAPITOLO I

IL PROCESSO NORMATIVO DI APERTURA DEL MERCATO DEI SERVIZI POSTALI E IL

QUADRO ISTITUZIONALE

SOMMARIO: *1. Le direttive UE per la liberalizzazione dei servizi postali e la normativa domestica di recepimento – 1.1. Il perimetro del servizio universale – 1.2. Il sistema delle licenze individuali e delle autorizzazioni generali – 2. La dubbia compatibilità europea delle riserve sopravvissute: la “cattura” del regolatore nelle aree riservate all’ex monopolista – 3. Le tre autorità indipendenti che svolgono attività di regolazione: AGCM, AGCom e AN.AC. (già AVCP) – 4. I mercati contendibili del settore postale e il bundling.*

1. Le direttive UE per la liberalizzazione dei servizi postali e la normativa domestica di recepimento

La liberalizzazione del settore postale è avvenuta mediante una progressiva riduzione dei segmenti di mercato in monopolio, individuati con soglie di peso e di prezzo degli invii di corrispondenza riservabili in favore del fornitore del servizio universale e con l’elencazione di taluni specifici prodotti (prodotti editoriali, pacchi, pubblicità indirizzata, etc.) anch’essi riservabili.

Il metodo prescelto è intrinsecamente legato alla struttura di costo che caratterizza le attività: continuando a riconoscere l’esonero dal confronto concorrenziale al gestore del servizio universale⁶ si è consentita la compensazione delle perdite subite sulle tratte strutturalmente deficitarie con gli utili conseguiti sulle tratte remunerative, particolarmente profittevoli proprio in

⁶ Per la distinzione tra servizio universale e servizio pubblico cfr. M. CLARICH, *Servizio pubblico e servizio universale, evoluzione normativa e profili ricostruttivi*, in *Diritto pubblico*, 1998, 181; V. GASPARINI CASARI, *Il servizio universale*, in *Dir. Ec.*, 2000, 265; G.F. CARTEI, *Il servizio universale*, Milano, 2002.

ragione dell'assenza di concorrenza⁷. La gradualità della rimozione del monopolio pubblico è stata quindi giustificata dalla necessità di non interrompere bruscamente le rendite monopolistiche funzionali al finanziamento degli obblighi di servizio universale, consistenti, nel settore postale, nella presenza di un'offerta ubiqua su tutto il territorio unita al vincolo di fissazione di un prezzo geograficamente uniforme⁸.

L'apertura del mercato postale può considerarsi sostanzialmente completata con la cd. terza Direttiva postale (direttiva 2008/6/CE del

⁷ Sul tema cfr. W. BAUMOL, *Having your Cake: How to Preserve Universal Service Cross subsidies while Facilitate Competitive Entry*, trad. it., in *Mercato Concorrenza Regole*, 1999, 1, 65; M. ARMSTRONG, *Access Pricing, Bypass and Universal Service*, in *American Economic Review*, 2001, 297; ID., *Access Pricing, Bypass and Universal Service in Post*, relazione tenuta alla "Fourth Conference in Competition and Universal Service in the Postal Sector", IDEI, Toulouse, 16 marzo 2006. Sul dibattito in merito al carattere naturale o meno della riserva statale di taluni servizi pubblici, collegato alle economie di scala del sistema unico a copertura nazionale ed alla pretesa preclusione alla fornitura in regime concorrenziale, si rinvia a R. PARDOLESI – A. PATRONI GRIFFI, *Monopolio postale e corrieri internazionali. Profili giuridici ed economici*, LUISS, Roma, 1989. Per un'analisi dell'influenza dei processi di liberalizzazione sui settori caratterizzati da obblighi di servizio pubblico, cfr. T. PROSSER, *The Limits of Competition Law. Markets and Public Services*, Oxford, 2005. L'A. affronta anche l'impatto delle direttive europee nel settore postale (200), notando come i processi di liberalizzazione abbiano favorito in molti Stati membri (in particolare nel Regno Unito) l'adozione di interventi normativi che hanno definito con maggiore precisione il concetto di servizio universale.

⁸ In questo senso cfr. S. GORI – M. MARÈ – V. VISCO COMANDINI, *Obblighi di universalità, esternalità economiche e beni pubblici*, in *Economia e regolazione delle reti postali. Globalizzazione, innovazione tecnologica e servizio universale*, a cura di V. Visco Comandini, Roma, 2008, 85. Nota come il servizio universale non sia propriamente uno strumento di correzione dei fallimenti del mercato (se non per taluni degli istituti che lo compongono) bensì uno strumento funzionale al perseguimento di obiettivi sociali che potrebbero non essere forniti neppure da un mercato perfettamente funzionante, G. FONDERICO, *Concorrenza e diritti sociali nei servizi di pubblica utilità*, in *Quaderni dell'Istituto Giuridico della Facoltà d'economia dell'Università degli Studi della Tuscia, Annali 1998 – 1999*, 79; ID., *Il servizio universale, l'elenco abbonati e gli obblighi di cooperazione tra i concorrenti*, in *Giorn. dir. amm.*, 2005, 834, nota 14.

Parlamento Europeo e del Consiglio del 20 febbraio 2008), recepita in Italia con il d.lgs. 31 marzo 2011, n. 58, che ha pressoché azzerato (salve talune eccezioni) le aree di riserva in favore dei fornitori del servizio universale operanti nei Paesi dell'Unione.

In questo come in altri settori si è quindi preferito procedere con un percorso progressivo che può considerarsi avviato nel 1993 con la pubblicazione del Libro Verde sullo sviluppo del mercato unico dei servizi postali⁹, cui hanno fatto seguito la “prima direttiva postale” (direttiva 97/67/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 15 dicembre 1997), recepita in Italia con il decreto legislativo 22 luglio 1999, n. 261, e la “seconda direttiva postale” (direttiva 2002/39/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 10 giugno 2002), recepita con il decreto legislativo 23 dicembre 2003, n. 384.

I Paesi dell'Unione erano comunque liberi di attuare la liberalizzazione dei propri mercati anche anticipando i tempi previsti dalle direttive, come accaduto in Svezia dove la completa liberalizzazione del settore postale è stata realizzata già nel 1993.

L'Italia ha seguito i tempi dell'agenda europea e, grazie alle innovazioni introdotte dal d.lgs. 31 marzo 2011, n. 58, ha concluso il percorso di liberalizzazione del mercato postale tra il 2011 e il 1° giugno 2012¹⁰, con il

⁹ COMMISSIONE EUROPEA, *Linee direttrici per lo sviluppo dei servizi postali comunitari*, COM (93) 247 del 2 giugno 1993.

¹⁰ Sino a quella data veniva inclusa nell'ambito del servizio universale la pubblicità diretta per corrispondenza (c.d. “*direct marketing*” definita dal d.lgs. 58/2011 come ogni comunicazione indirizzata ad un numero significativo di persone, contenente lo stesso messaggio pubblicitario o di *marketing*, ad eccezione del nome, dell'indirizzo e del numero di identificazione del destinatario). La permanenza sino al 1° giugno 2012 del *direct marketing* nel perimetro del servizio universale ha favorito la conservazione di una posizione dominante nel mercato da

superamento di un monopolio che ha accompagnato la storia del Paese sin dalla nascita dello Stato unitario, con la riserva originaria sui servizi postali imposta già dalla legge postale del Regno 5 maggio 1862, n. 604¹¹.

L'ampliamento dell'ambito di estensione dei servizi riservati al monopolista non è stato costante nel tempo: tra la costituzione del Regno d'Italia e gli anni ottanta dello scorso secolo ha conosciuto un andamento di

parte dell'ex monopolista, ostacolando la concorrenza in un settore ritenuto di particolare interesse dagli operatori. La permanenza di questi servizi nel perimetro del servizio universale, infatti, ha assicurato a Poste Italiane S.p.a, da un lato, una compensazione economica (legata ai meccanismi di compensazione previsti a favore del fornitore del servizio universale) e, dall'altro, il beneficio fiscale - dell'esenzione IVA - inaccessibile agli operatori concorrenti. Dal 1° giugno 2012 il *direct marketing* è stato escluso dal servizio universale restituendo omogeneità alle condizioni di confronto concorrenziale.

¹¹ Sulla storia dei servizi postali cfr. V.L. MAGRONE, *Le poste*, in *Trattato di Diritto Amministrativo*, a cura di S. Cassese, III, Milano, 2003, 2323; G. FALCON (a cura di), *Pubblico e privato nel settore postale*, Bologna, 1994; E. MELILLO, *La posta nei secoli*, Napoli, 1985; R. LILLINI, *Posta*, in *Nss. D.I., ad vocem*, Torino, 1980; L. CLAVARI – S. ATTILI, *La vita nella posta nella leggenda e nella storia*, Bari, 1905. Le tappe fondamentali della storia dell'organizzazione postale possono schematizzarsi in quattro fasi. 1) L'istituzione del Ministero delle poste e dei telegrafi avvenuta con il r.d. 10 marzo 1889 cui vengono trasferite le competenze su poste e telegrafi precedentemente appartenenti al Ministero dei lavori pubblici; 2) la soppressione del Ministero delle poste e dei telegrafi e l'istituzione del Ministero delle comunicazioni cui vengono trasferite le competenze relative ai servizi postali con il r.d. 30 aprile 1924, n. 596, cui fa seguito il r.d.l. 25 aprile 1925, convertito nella l. 21 marzo 1927, n. 597, che istituisce all'interno del Ministero l'amministrazione autonoma delle poste e dei telegrafi; 3) la scissione dell'amministrazione autonoma delle poste e telecomunicazioni dal Ministero delle poste e telecomunicazioni e la contestuale trasformazione in ente pubblico economico disposta con il d.l. 1 dicembre 1993, n. 487, convertito con modificazioni nella l. 29 gennaio 1994, n. 71, che ne programma altresì la trasformazione in società per azioni per mezzo di una delibera CIPE; 4) la trasformazione dell'ente Poste in Società per azioni disposta con delibera CIPE del 18 dicembre 1997, con effetto dal 28 febbraio 1998. Sulla trasformazione dell'amministrazione postale in ente pubblico economico e in società per azioni cfr. E. NIZZA, *Trasformazione dell'amministrazione delle Poste e delle telecomunicazioni in ente pubblico economico e riorganizzazione del Ministero*, in *Riv. amm.*, 1994, I, 238.

progressiva estensione territoriale, tipologica e di peso¹²; ai privati per oltre un secolo e mezzo è stata preclusa la possibilità di fornire i servizi oggetto della riserva (prevedendosi l'irrogazione di sanzioni penali per i trasgressori, depenalizzate solo con la l. 24 novembre 1981, n. 680), con l'unica (ma rilevante) eccezione rappresentata dai concessionari privati cui il monopolista poteva concedere in concessione specifiche attività¹³.

Un elemento costante nell'evoluzione del sistema postale, che oggi risulta ancor più accentuato, è la diversa estensione dell'ambito della riserva rispetto al perimetro del servizio universale. I confini dell'insieme dei servizi rientranti nella riserva statale, infatti, non sono mai coincisi con quelli, da

¹² Per un'analitica descrizione delle fasi di estensione e contrazione della riserva nel periodo storico considerato cfr. V.L. MAGRONE, *Le poste*, cit., 2336.

¹³ La figura dei concessionari privati è stata introdotta dalla l. 11 maggio 1913, n. 503 ove si prevedeva la possibilità per l'amministrazione postale di concedere a privati l'autorizzazione a recapitare corrispondenze epistolari entro i confini dei comuni di loro provenienza. Lo strumento concessorio ha poi trovato un'organica disciplina nell'art. 29 del codice postale d.P.R. 29 marzo 1973, n. 156 che attribuiva al direttore provinciale delle poste la facoltà di dare in concessione i seguenti servizi: 1) accettazione e recapito (per espresso) di corrispondenze epistolari entro i confini del comune di loro provenienza; 2) recapito con mezzi propri, da parte di banche, ditte, istituti ed enti in genere e loro agenzie o succursali, delle proprie corrispondenze epistolari entro i confini dei rispettivi comuni nei quali risiedono; 3) recapito delle corrispondenze ordinarie e raccomandate per espresso; 4) esercizio dei casellari, aperti o chiusi, per la distribuzione delle corrispondenze; 5) impianti di comunicazioni dirette pneumatiche con gli uffici postali e telegrafici collegati alla rete di posta pneumatica dello Stato; 6) trasporto di pacchi e colli di peso fino a 20 chilogrammi. Sul ruolo dei concessionari nella storia delle Poste cfr. V.L. MAGRONE, *Le poste*, cit., 2338 che enuclea due fasi. Una prima in cui i concessionari sono parte integrante della rete periferica statale ed una seconda in cui le concessioni vengono attribuite a privati in parallelo con l'attività dell'operatore pubblico, con la finalità di sopperire alle deficienze del servizio pubblico accentuate dall'accrescersi della popolazione nel secondo dopoguerra e alla domanda di servizi differenziati ed efficienti proveniente dal mondo degli affari.

sempre più estesi, dei servizi rientranti negli obblighi gravanti sul fornitore del servizio universale.

L'ampia categoria dei servizi postali (che ricomprende gli invii di corrispondenza, definiti, a loro volta, come le comunicazioni «*in forma scritta, su supporto materiale di qualunque natura che sarà trasportato e consegnato all'indirizzo indicato dal mittente sull'oggetto stesso o sul suo involucro*»)¹⁴ deve essere suddivisa tra i servizi rientranti nel servizio universale (volto a garantire che, per almeno cinque giorni alla settimana, fatte salve zone territoriali particolari, sia effettuata la raccolta e la distribuzione della corrispondenza a prezzi accessibili e orientati ai costi sostenuti) e quelli non rientranti nel servizio universale.

In ogni caso tutti i servizi postali (a prescindere dalla possibilità di ricomprenderli o meno nel perimetro del servizio universale) si espletano mediante le attività di raccolta, trasporto, smistamento e distribuzione.

1.1. Il perimetro del servizio universale

La prima Direttiva 97/67/CE ha stabilito le attività e le tipologie di invii che possono rientrare nel servizio universale (nazionale e transfrontaliero); fino ad oggi lo Stato Italiano ha optato per l'estensione massima del servizio universale consentito dalle Direttive comunitarie, includendovi anche la corrispondenza commerciale, e tale ampiezza è stata confermata in sede di recepimento della terza Direttiva postale 2008/6/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 20 febbraio 2008, effettuato con il D.lgs. n.58/2011.

¹⁴ Cfr. art. 2 Direttiva 97/67/CE e s.m.i., recepita in Italia con D.lgs. n. 261/1999.

La perimetrazione domestica dell'ambito di estensione del servizio universale è contenuta nell'art. 3 del d.lgs. n. 261/1999, che vi ricomprende: 1) la raccolta, il trasporto, lo smistamento e la distribuzione degli invii postali fino a 2 Kg; 2) la raccolta, il trasporto, lo smistamento e la distribuzione dei pacchi postali fino a 20 Kg; 3) i servizi relativi agli invii raccomandati e agli invii assicurati.

Nell'ambito dei servizi rientranti nel servizio universale è rimasta in vigore fino al 31 dicembre 2010 l'area dei servizi postali riservati al FSU (Fornitore del Servizio Universale) per finanziarne l'OSU (obblighi del servizio universale):

- la raccolta, il trasporto, lo smistamento e la distribuzione di invii di corrispondenza interna e transfrontaliera entro il limite di peso di 50 gr, se con prezzo inferiore a 1,50 euro;

- indipendentemente dai limiti di peso e prezzo sopra indicati, gli invii raccomandati attinenti alle procedure amministrative e giudiziarie (ai sensi della legge n. 890/82).

Dal 1° gennaio 2011 la riserva in favore di Poste Italiane S.p.a. è stata limitata ai servizi inerenti le notificazioni di atti giudiziari e i servizi inerenti le notificazioni di atti amministrativi sanzionatori relativi alla violazione del Codice della Strada oggetto della riserva.

Poste Italiane S.p.a. è attualmente il gestore incaricato del servizio universale e già all'atto di conferma della concessione per l'espletamento del servizio postale universale, avvenuto con decreto del 17 aprile 2000, l'affidamento aveva una durata massima di 15 anni ed era prevista l'opzione di

anticiparne la scadenza proprio in ragione della piena attuazione del processo di liberalizzazione, in linea con le direttive comunitarie.

Tale opzione è stata successivamente disattesa dal Legislatore nazionale che, oltre a non aver anticipato la scadenza della durata della concessione, ne ha esteso la durata prevedendo l'affidamento diretto del servizio universale in favore di Poste Italiane S.p.a. per una durata di ulteriori 15 anni dall'entrata in vigore del d.lgs. n. 58/2011, vale a dire fino al 30 aprile 2026. L'affidamento diretto a Poste Italiane del servizio appare, in ogni caso, ammesso anche dall'ultima direttiva 2014/24/UE del 26 febbraio 2014 sugli appalti pubblici, ove si torna a ribadire che gli Stati membri sono liberi di organizzare la prestazione di servizi di interesse economico generale e quelli non economici di interesse generale (oltre alle combinazioni di tali servizi), menzionando, a titolo esemplificativo, proprio i servizi postali e ricordando che la medesima direttiva non dovrebbe trattare la liberalizzazione di servizi di interesse economico generale (riservati a enti pubblici o privati), o la privatizzazione di enti pubblici che forniscono servizi¹⁵.

L'obiettivo del servizio universale, evincibile dalla normativa europea, è quello di garantire a ogni utente, indipendentemente dalla relativa localizzazione geografica, un insieme minimo di servizi di qualità specifica a un prezzo accessibile, assicurando un accesso agevole alla rete postale (mediante un numero sufficiente di punti di accesso) e condizioni soddisfacenti di raccolta (in termini di frequenza) e distribuzione¹⁶.

¹⁵ Cfr. considerando 6 della direttiva 2014/24/UE.

¹⁶ Cfr. considerando 11 e 12 della direttiva 97/67/CE.

La normativa nazionale riprende e sviluppa le indicazioni europee specificando gli elementi di caratterizzazione del servizio universale, stabilendo che: la qualità debba essere definita nell'ambito di ciascun servizio; il servizio debba essere prestato in via continuativa per tutto l'anno; occorra garantire un numero adeguato di punti di accesso sulla base di criteri di ragionevolezza da individuarsi con apposito provvedimento dell'Autorità di regolamentazione che tenga conto delle esigenze dell'utenza¹⁷; l'accessibilità delle tariffe debba comunque prevedere l'orientamento ai costi in riferimento ad un'efficiente gestione aziendale; debba essere garantita per almeno 5 giorni a settimana una

¹⁷ L'AGCom con Delibera n. 49/14/CONS del 30 gennaio 2014 ha avviato una consultazione pubblica su uno schema di provvedimento riportante "Criteri di distribuzione dei punti di accesso alla rete postale", frutto del lavoro di studio e approfondimento attivato con la delibera n. 236/13/CONS del 21 marzo 2013, recante "Avvio del procedimento istruttorio concernente la congruità dei vigenti criteri di distribuzione dei punti di accesso alla rete postale pubblica e l'eventuale modifica degli stessi". Il procedimento si è concluso con la Delibera del 26 giugno 2014, n. 342/14/CONS, che ha modificato e integrato i previgenti criteri di distribuzione dei punti di accesso alla rete postale stabiliti dal decreto del Ministero dello Sviluppo Economico del 7 ottobre 2008 (cd. decreto Scajola), che indica come criterio guida per la distribuzione degli uffici quello della distanza massima di accessibilità al servizio, espressa in chilometri percorsi dall'utente per recarsi al presidio più vicino. È poi prevista una suddivisione in rapporto a tre fasce di popolazione, a ciascuna delle quali il fornitore del servizio universale è tenuto a garantire un punto d'accesso a differenti distanze massime: un punto di accesso entro la distanza massima di 3 km dal luogo di residenza per il 75% della popolazione; un punto di accesso entro la distanza massima di 5 km dal luogo di residenza per il 92,5% della popolazione; un punto di accesso entro la distanza massima di 6 km dal luogo di residenza per il 97,5% della popolazione. Inoltre, nei comuni con un unico presidio postale non è consentita la soppressione di uffici e deve essere garantita l'operatività di almeno un ufficio postale nel 96% dei Comuni. L'AGCom con la citata Delibera n. 342/14/CONS ha inoltre stabilito il divieto di chiusura di uffici postali situati in Comuni rurali che rientrano anche nella categoria dei Comuni montani (art. 2), il divieto di chiusura di uffici postali che sono presidio unico nelle isole minori (art. 3), nonché l'obbligo di Poste Italiane di comunicare ai Comuni interessati con un congruo anticipo (di almeno 60 giorni) gli interventi di chiusura o rimodulazione oraria degli uffici postali situati nel Comune di riferimento.

raccolta e una distribuzione al domicilio di ogni persona fisica o giuridica o, in via di deroga, presso appropriate installazioni alle condizioni stabilite dall'autorità di regolamentazione (cfr. art. 3, co. 5 e 6, del d.lgs. n. 261/1999)¹⁸.

Sono inoltre definiti i principi cui deve essere orientato il servizio universale in modo da garantire il rispetto delle esigenze essenziali, la parità di trattamento nell'erogazione dei servizi verso utenti che versino in condizioni analoghe, l'assenza di discriminazioni nell'erogazione del servizio, la continuità del servizio e l'evoluzione dello stesso in funzione del contesto tecnico, economico e sociale, nonché delle esigenze dell'utenza (cfr. art. 3, comma 8 del d.lgs. n. 261/1999).

I livelli qualitativi delle prestazioni sono ulteriormente dettagliati per tipologia di prodotti postali (e a seconda delle tratte) da una serie di decreti del Ministero dello sviluppo economico (ancora vigenti) che definiscono gli indici che il Fornitore del servizio universale è tenuto a garantire sul piano delle tempistiche del recapito¹⁹.

¹⁸ L'art. 3, comma 7, del d.lgs. n. 261/1999 prevede un'ulteriore deroga, ammettendo la fornitura a giorni alterni, previa autorizzazione dell'autorità di regolamentazione, in presenza di particolari situazioni di natura infrastrutturale o geografica in ambiti territoriali con una densità inferiore a 200 abitanti/kmq e comunque fino ad un massimo di un ottavo della popolazione nazionale.

¹⁹ Per la posta non massiva (prioritaria) gli obiettivi di qualità a livello nazionale, differenziati per tipologia di tratta, sono definiti dal decreto del Ministero dello sviluppo economico 1° ottobre 2009 (così come modificato dall'allegato 1 del Contratto di programma 2009-2011). Per la posta non massiva prioritaria a livello regionale gli obiettivi di qualità sono fissati dal decreto del Ministero dello sviluppo economico del 20 maggio 2011. Per la posta di tipo seriale raccomandata e assicurata gli obiettivi di qualità sono fissati dal decreto del Ministero dello sviluppo economico del 23 novembre 2009. Infine, per i pacchi ordinari gli obiettivi di qualità sono fissati dal decreto del Ministero dello sviluppo economico del 28 luglio 2011. Per una sintesi dei livelli di servizio cfr. POSTE ITALIANE, *Carta della qualità del servizio postale universale* (giugno 2013).

La normativa nazionale fornisce anche indicazioni più specifiche sulle modalità di imputazione dei costi sopportati nell'ambito della gestione del servizio universale così da garantire la separazione contabile tra i diversi servizi erogati dal fornitore, in modo che siano chiaramente distinte le voci afferenti ai servizi e prodotti inclusi nel servizio universale e quelli estranei²⁰; e ciò

²⁰ L'art. 7 del d.lgs. n. 261/1999 stabilisce espressamente che i "sistemi di contabilità imputano i costi a ciascuno dei servizi nel seguente modo: a) imputazione diretta dei costi che possono essere direttamente attribuiti a un servizio o prodotto particolare; b) imputazione dei costi comuni, intendendosi per tali quelli che non possono essere direttamente attribuiti a un servizio o prodotto particolare, come segue: 1) ove possibile, sulla base di un'analisi diretta dell'origine dei costi stessi; 2) se non è possibile un'analisi diretta, le categorie di costi comuni sono imputate per collegamento indiretto con un'altra categoria di costi o gruppo di categorie di costi per i quali è possibile l'imputazione o attribuzione diretta; il collegamento indiretto è basato su strutture di costi comparabili; 3) se non è possibile imputare la categoria dei costi né in modo diretto né in modo indiretto, la categoria dei costi viene attribuita applicando un parametro di assegnazione generale, determinato in base al rapporto fra tutte le spese direttamente o indirettamente attribuite o imputate a ciascuno dei servizi universali, da un lato, e agli altri servizi, dall'altro. 3-bis) I costi comuni necessari per la prestazione di servizi universali e di servizi non universali sono imputati in modo appropriato; ai servizi universali e ai servizi non universali devono essere applicati gli stessi fattori di costo. 3. La conformità del sistema di separazione contabile è verificata da un organismo competente indipendente dal fornitore del servizio universale ed incaricato di certificare il bilancio del fornitore del servizio universale. L'autorità di regolamentazione adotta i provvedimenti ritenuti necessari a seguito del riscontro effettuato ed assicura che sia pubblicata periodicamente una dichiarazione relativa alla conformità. 3-bis. L'autorità di regolamentazione può adottare altri sistemi di contabilità dei costi, compatibili con le previsioni di cui al comma 2. Di tale adozione l'autorità informa la Commissione europea prima della relativa applicazione. 3-ter. L'autorità di regolamentazione tiene a disposizione informazioni, sufficientemente dettagliate, circa i sistemi di contabilità dei costi applicati dal fornitore del servizio universale e trasmette dette informazioni alla Commissione europea, su richiesta. 3-quater. Su richiesta dell'autorità di regolamentazione e della Commissione europea, i fornitori di servizi postali mettono a disposizione, in via riservata, le informazioni dettagliate in materia di contabilità risultanti dai sistemi di cui al presente articolo". L'ultimo comma (3-quinquies) stabilisce inoltre che anche i fornitori di servizi postali che contribuiscono al fondo di compensazione di cui all'articolo 10 del d.lgs. n. 261/1999 sono tenuti ad assicurare la separazione della contabilità al fine di garantire il funzionamento del fondo stesso

nell'ottica del corretto funzionamento dei meccanismi di finanziamento – che possono consistere in trasferimenti posti a carico dello stato e/o nell'attivazione di un fondo di compensazione alimentato dagli operatori privati titolari di licenze individuali e di autorizzazione generale entro la misura massima del dieci per cento degli introiti lordi, relativi a servizi sostitutivi di quelli compresi nel servizio universale, derivanti dall'attività autorizzata – che presuppongono la disponibilità di specifiche informazioni contabili indispensabili per il calcolo del costo netto del servizio universale²¹.

I rapporti tra lo Stato e il Fornitore del servizio universale sono ancora oggi disciplinati dal Contratto di programma concluso tra il Ministero dello sviluppo economico e Poste Italiane in data 11 novembre 2010 per il triennio 2009-2011 ed approvato (ai sensi dell'art. 33, comma 31, della legge 12 novembre 2011, n. 183) in data 14 novembre 2011. L'efficacia del Contratto si è perfezionata con la decisione della Commissione europea del 20 novembre 2012, che ha autorizzato i trasferimenti statali verso Poste Italiane a parziale copertura degli oneri connessi con lo svolgimento degli obblighi di servizio postale universale, giudicandoli compatibili con la normativa europea in materia di aiuti di stato²².

Il Contratto di programma per il triennio 2009-2011 è stato prima prorogato per il triennio 2012-2014 in forza della clausola di ultrattività contenuta nell'art. 16, comma 3 del Contratto e, sul finire del 2014, è stato ulteriormente prorogato *ope legis* con la legge di stabilità 2015, che, oltre a

²¹ Su questi meccanismi e sulle modalità di calcolo degli OSU cfr. infra Capitolo II.

²² Cfr. Commissione europea decisione C(2012)8230 del 20 novembre 2012.

ridisegnare la procedura di approvazione del contratto²³, ha previsto che il vecchio Contratto (per il triennio 2009-2011) resterà efficace sino alla conclusione della procedura di approvazione del nuovo (relativo al quinquennio 2015/2019)²⁴.

Sempre con il medesimo intervento normativo si è previsto, altresì, che il nuovo Contratto di programma, ferme le competenze dell'Autorità di regolamentazione, potrà prevedere l'introduzione di misure di razionalizzazione

²³Cfr. art. 1, co. 275, L. 23 dicembre 2014, n. 190 (legge di stabilità 2015). La nuova procedura per l'approvazione del contratto di programma 2015/2019 prevede che lo stesso venga sottoscritto tra il Ministero dello sviluppo economico e il fornitore del servizio postale entro il 31 marzo 2015 e contestualmente notificato alla Commissione europea per le valutazioni di competenza. A tal fine, il Ministero dello sviluppo economico invia lo schema di contratto al Ministero dell'economia e delle finanze e all'AGCom per l'acquisizione, entro quindici giorni dall'avvenuta ricezione, dei relativi pareri. Il Ministero dello sviluppo economico può procedere al riesame dello schema di contratto in considerazione dei pareri predetti e, entro cinque giorni dall'acquisizione dei predetti pareri, provvede a trasmettere lo schema di contratto alla Camera dei deputati e al Senato della Repubblica, affinché su di esso sia espresso, entro venti giorni dall'avvenuta ricezione dello schema di contratto, il parere non vincolante delle competenti Commissioni parlamentari. Una volta decorso anche questo ultimo termine, il contratto potrà comunque essere validamente sottoscritto.

²⁴ Cfr. art. 1, co. 274, lett. a) L. 23 dicembre 2014 n. 190 (legge di stabilità 2015). Si segnala, tuttavia, che l'*iter* di approvazione del contratto di programma non risulta ancora completato, sebbene il triennio di vigenza sia terminato. La notifica del futuro Contratto alla Commissione europea avverrà quindi successivamente alla scadenza del triennio (come già accaduto per il Contratto relativo al triennio precedente); tanto potrebbe portare all'avvio di una nuova procedura per aiuti di stato con riferimento alle compensazioni, che pur se compatibili con le finalità illustrate nel contratto, potrebbero essere reputate illegittime in quanto stanziare nel bilancio dello Stato antecedentemente alla notifica alla Commissione europea. Si segnalano questi rischi anche da parte della Corte dei Conti, Sezione del controllo sugli enti, Determinazione 6 marzo 2014, n. 13 (recente: Determinazione e relazione della Sezione del controllo sugli enti sul risultato del controllo eseguito sulla gestione finanziaria di Poste Italiane S.p.a. per l'esercizio 2012), ove si evidenzia (116) che l'allungamento del processo di formalizzazione del Contratto potrebbe generare la lievitazione del credito nonché l'insorgenza di rischio di liquidità per la Società che, nel frattempo, ha continuato a fornire il servizio universale non percependo alcun compenso.

del servizio e la rimodulazione della frequenza settimanale di raccolta e recapito sull'intero territorio nazionale²⁵.

Il Contratto di programma mira a soddisfare due contrapposte esigenze oggetto di un delicato temperamento: da un lato, introdurre misure di contenimento dell'onere del servizio universale per garantirne la sostenibilità nel medio e lungo periodo; dall'altro, tutelare l'erogazione dei servizi verso gli utenti "marginali"²⁶, quindi nelle zone remote e scarsamente popolate, laddove la fornitura delle prestazioni avviene, per definizione, in condizioni di squilibrio economico, in ragione degli scarsi livelli di domanda e dei maggiori costi di offerta.

Nella prospettiva del contenimento dei costi si prevede che Poste Italiane presenti ogni anno all'Autorità di regolazione un piano degli interventi per la razionalizzazione degli uffici postali e delle strutture di recapito che non garantiscano l'equilibrio economico (cfr. art. 2, comma 6, del citato contratto di programma).

I tentativi di razionalizzazione trovano, tuttavia, forti resistenze nelle comunità locali, come testimoniato dal significativo contenzioso generato dalla soppressione degli uffici postali.

Solo nel 2013 sono state depositate quarantanove sentenze dai TAR delle Regioni maggiormente interessate dalle misure di razionalizzazione:

²⁵Cfr. art. 1, co. 277, lett. a) L. 23 dicembre 2014 n. 190 (legge di stabilità 2015)

²⁶ Incentra la definizione del servizio universale attorno all'utente marginale anche F. MERUSI, *La legalità amministrativa. Altri sentieri interrotti*, Bologna, 2012, 99, definendolo come l'insieme delle prestazioni che nessuna impresa concorrenziale presterebbe "se non costretta dai pubblici poteri per soddisfare l'utente marginale e il cui costo deve essere assunto dalla pubblica amministrazione oppure ripartito *pro quota* fra le imprese concorrenti in modo da ristabilirne la *par condicio* quando è imposto ad una soltanto di esse".

trentadue sono state emesse dal TAR Campania, dodici dal TAR Basilicata e una dal TAR Umbria (l'unica, peraltro, che ha accolto l'eccezione di difetto di giurisdizione del giudice amministrativo sollevata dalla difesa di Poste Italiane S.p.a.)²⁷ e in venticinque casi si è disposto l'annullamento delle determinazioni di Poste Italiane, così determinandosi la permanenza degli uffici *iussu iudicis*²⁸.

In due recenti sentenze il Consiglio di Stato, oltre a ribadire la sussistenza della giurisdizione del giudice amministrativo su queste peculiari controversie (rigettando gli appelli proposti da Poste Italiane), ha invitato l'Autorità Garante delle Comunicazione a definire quanto prima il procedimento di regolazione avviato per la riscrittura dei criteri di individuazione dei punti di accesso della rete postale, tenendo conto della natura delle aree geografiche interessate e della disponibilità di servizi alternativi validamente fruibili dalla popolazione, specie da quella più anziana e con minori possibilità di

²⁷ Cfr. TAR Umbria, Sez. I, 29 agosto 2013, n. 453, che ha negato la giurisdizione del giudice amministrativo, da un lato, in ragione della natura formalmente privatistica di Poste italiane (che eserciterebbe la propria libertà di impresa piuttosto che un potere amministrativo propriamente inteso), dall'altro, in ragione dell'assenza di un atto impugnabile, assumendo che gli istanti dovrebbero rivolgersi "in prima battuta" all'Autorità di regolamentazione, fatta salva la possibilità di impugnarne, in un secondo momento, i relativi atti dinanzi al giudice amministrativo in sede di giurisdizione esclusiva, secondo quanto previsto dall'art. 133, co. 1, lett. z-bis del codice del processo amministrativo (analogamente cfr. TAR Umbria, Sez. I, 26 marzo 2003, n. 223).

²⁸ I dati sono il frutto di una rielaborazione e affinamento dei dati riferiti dall'AGCom nell'allegato A alla delibera n. 49/14/CONS. Sempre nell'allegato si riferisce che negli anni 2012/2013 sono pervenute presso l'AGCom centottantuno segnalazioni da enti locali e comitati cittadini riguardanti i disagi arrecati alla popolazione locale dall'adozione da parte di Poste Italiane di misure di razionalizzazione della propria rete consistenti nella chiusura o nella rimodulazione degli orari di apertura degli uffici postali.

movimento²⁹. Invito poi raccolto dall'AGCom³⁰ che ha provveduto a fissare alcuni criteri integrativi, tra cui il divieto di chiusura di uffici postali situati in Comuni rurali che rientrano anche nella categoria dei Comuni montani, il divieto di chiusura di uffici postali che sono presidio unico nelle isole minori, nonché l'obbligo di Poste Italiane di comunicare ai Comuni interessati con un

²⁹ Cfr. Cons. Stato, Sez. III, 27 maggio 2014, n. 2720; Cons. Stato, Sez. III, 6 giugno 2014 n. 2873. La sussistenza della giurisdizione del giudice amministrativo sulle controversie *de quibus* in entrambi i casi è stata motivata sulla base di una lettura ampia ed in chiave oggettiva della nozione di servizio pubblico e sulla considerazione che le fattispecie concernenti la soppressione di uffici postali non sono riconducibili a un semplice e isolato rapporto di utenza, dal momento che la condotta di Poste Italiane determina effetti di carattere generale su un'intera popolazione locale, violando in tesi quegli obblighi di servizio universale che, per il diritto comunitario, gravano innanzi tutto sugli Stati, cui spetta adottare e far rispettare le misure occorrenti affinché le correlate prestazioni siano assicurate nel rispettivo territorio. Inoltre si è evidenziato che i reclami che gli utenti, singolarmente o collettivamente, possono rivolgere all'Autorità di regolamentazione, lamentando disservizi di vario genere imputabili agli operatori, non precludono né condizionano, sul piano della procedibilità, la tutela giurisdizionale, anche in forma immediata. Sul tema della soppressione degli uffici postali e sulla legittimità delle determinazioni con cui viene disposta la chiusura a giorni alterni degli stessi si vedano anche le recenti decisioni: Cons. Stato, Sez. III, 10 giugno 2014, n. 2976 (relativa alla chiusura a giorni alterni dell'ufficio postale nella frazione di Pergola nel Comune di Marsiconuovo); Cons. Stato, Sez. VI, 10 dicembre 2014, n. 6051 (che ha ritenuto legittima la chiusura dell'unico ufficio postale nel Comune di Ceraso); Cons. Stato, Sez. VI, 11 marzo 2015, n. 1262 (che, all'esito dell'espletamento di un'apposita verifica sul rispetto dei criteri del D.M. ha annullato la determinazione con cui Poste Italiane aveva soppresso l'ufficio postale della frazione di Castelruggero nel Comune di Torre Orsaia, evidenziando la necessità di applicare metodi di calcolo delle distanze tra gli uffici postali che considerino l'effettiva percorribilità delle strade di collegamento e la fruibilità di mezzi pubblici di trasporto, in maniera che l'accesso non sia condizionato dalla disponibilità di mezzi privati); Cons. Stato, Sez. VI, 9 febbraio 2015, n. 635 (che ha annullato l'atto di soppressione dell'ufficio postale del Comune di Ispani sempre sulla base di considerazioni in merito all'effettiva percorribilità delle strade di collegamento tra gli uffici, accertate mediante apposita verifica).

³⁰ Con l'adozione della Delibera 26 giugno 2014, n. 342/14/CONS.

congruo anticipo (di almeno 60 giorni) gli interventi di chiusura o rimodulazione oraria degli uffici postali situati nel Comune di riferimento³¹.

Le modalità di erogazione del servizio universale sono, inoltre, definite nelle *Condizioni generali di servizio per l'espletamento del servizio universale postale* predisposte da Poste Italiane e approvate dall'Autorità di regolamentazione competente ai sensi dell'art. 22, comma 2, del d.lgs. 261/99. Le citate Condizioni generali di servizio sono state inizialmente approvate con decreto del Ministero dello Sviluppo Economico del 1° ottobre 2008³² e successivamente modificate con la delibera AGCom n. 385/13/CONS del 20 giugno 2013, al fine di risolvere diversi problemi operativi emersi a seguito della conclusione del percorso di liberalizzazione.

Infine, con riguardo alle interferenze tra la gestione del servizio universale e l'attività di recapito svolta da altri operatori concorrenti merita specifica segnalazione la soluzione della tematica relativa alle modalità con cui Poste Italiane ha gestito la restituzione degli invii di corrispondenza privi di affrancatura affidati dai mittenti ad altri operatori postali ma rinvenuti nella rete di Poste Italiane.

Su questo profilo si sono registrati molteplici interventi di regolazione, che solo recentemente hanno trovato una compiuta definizione. La tematica fu

³¹ Al fine del soddisfacimento delle garanzie partecipative è stata ritenuta sufficiente la comunicazione a mezzo fax trasmessa da Poste Italiane ai Sindaci dei Comuni interessati dagli interventi di riorganizzazione degli uffici postali. Cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 10 dicembre 2014, n. 6051, riferita, tuttavia, a una fattispecie configuratasi in data anteriore all'entrata in vigore della delibera AGCom n. 342/14/CONS.

³² Le competenze relative alla regolazione del settore postale sono state trasferite prima all'Agenzia nazionale di regolamentazione del settore postale con il d.lgs. n. 58/2011 e successivamente all'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni con l'articolo 21, comma 14, del decreto legge 6 dicembre 2011, n. 201, convertito in legge 22 dicembre 2011, n. 214.

innanzitutto portata in evidenza dall'AGCM che nel 2011 attivò un primo procedimento istruttorio (A/413) su segnalazione dell'operatore TNT S.p.a. (ora Nexive S.p.a.), che lamentava la sussistenza di una serie di pregiudizi commerciali legati alla prassi di Poste Italiane di procedere alla diretta restituzione dell'invio al mittente (previo pagamento di un corrispettivo) e non all'operatore postale alternativo.

Secondo Poste Italiane tale prassi era da ritenersi legittimata dall'art. 17 delle Condizioni generali di servizio (nella versione previgente)³³ ove si prevedeva la restituzione al mittente degli invii rinvenuti nella rete di Poste senza la dovuta affrancatura.

L'Autorità antitrust ha concluso il procedimento con provvedimento del 14 dicembre 2011 irrogando una sanzione pecuniaria di 39 milioni di euro per abuso di posizione dominante nei comportamenti commerciali posti in essere da Poste Italiane con riferimento alla prassi appena descritta (e in riferimento all'offerta Posta Time e alla partecipazione ad alcune gare), affermando che la formulazione dell'art. 17 delle Condizioni generali di servizio aveva come presupposto sostanziale la presenza di un solo fornitore di servizi postali e conseguentemente andava interpretato come finalizzato esclusivamente a regolare il rapporto tra Poste Italiane e gli utenti del servizio universale. Per contro, secondo l'AGCM, la restituzione al mittente degli invii affidati ad altri operatori finiva per determinare un'indebita interferenza nel rapporto

³³ Nonché dal combinato disposto delle norme contenute nell'art. 927 del codice civile (a norma del quale “chi trova una cosa mobile deve restituirla al proprietario e, se non lo conosce, deve consegnarla senza ritardo al sindaco del luogo in cui l'ha trovata, indicando le circostanze del ritrovamento”) e dell'art. 20 del d.lgs. n. 261/99, ove si stabilisce che “indipendentemente dalla natura del soggetto che espleta il servizio, la proprietà degli invii postali è del mittente sino al momento della consegna al destinatario”.

contrattuale in essere tra il mittente e l'operatore postale prescelto. Il provvedimento AGCM è stato impugnato da Poste Italiane dinanzi al TAR competente che ha annullato il provvedimento sanzionatorio ritenendo che la normativa vigente "potrebbe bensì risentire del preesistente sistema monopolistico ma non era per questo implicitamente abrogata"³⁴.

³⁴ Cfr. TAR Lazio, 25 giugno 2012, n. 5769. La sentenza del TAR è stata poi confermata in grado di appello. Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 6 maggio 2014, n. 8134. Per delle attente analisi del caso cfr. L. VASQUES, *Le poste tra servizio universale e concorrenza. Una recente sentenza del Tar del Lazio*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2013, 1, 197; V. VISCO COMANDINI, *I convitati di pietra del caso TNT Post Italia/Pi. Il perimetro del servizio universale, il mercato rilevante, la definizione di rete postale*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2013, 1, 215. Quest'ultimo evidenzia peraltro che la casistica dei rinvenimenti degli invii nella rete postale è varia e possono distinguersi almeno tre casi diversi cui possono riconnettersi diverse forme di responsabilità. L'A. descrive puntualmente la fenomenologia dei rinvenimenti e fornisce indicazioni che meritano di essere trascritte: "Se gli invii vengono trovati nei luoghi fisici di lavorazione della posta, come centri di smistamento o mezzi di trasporto, il ritrovamento è probabile indizio di comportamento intenzionale finalizzato alla frode, ovvero l'immissione non registrata di invii da parte di concorrenti al fine di farli lavorare e infine recapitare senza pagarne il servizio. Tale fenomeno patologico è illegale e da lungo tempo noto a Poste Italiane, e risale fin dagli anni Ottanta, quando si sviluppa il servizio della posta *bulk* in cui grandi clienti o consolidatori consegnano i loro invii direttamente presso i centri di accettazione preposti allo scopo. La *ratio* della norma è finalizzata a reprimere questa tipologia di comportamenti di rilevanza penale: la penalizzazione indiretta, in cui si fa pagare non l'impresa che ha illegalmente immesso gli invii ma i suoi clienti, è un efficace deterrente. Una seconda fattispecie riguarda gli invii ritrovati dentro le cassette postali poste in strada: si tratta indubabilmente di una parte della rete di Poste Italiane, in cui per errori materiali del portalettere concorrente oppure dei condomini o portieri degli stabili, l'invio non è stato introdotto, per i più svariati motivi, nella cassetta del destinatario bensì nella cassetta postale nella pubblica via. Qui esiste una responsabilità da parte dell'impresa concorrente, ma non dolosa, perché, a differenza della prima fattispecie, i concorrenti non hanno in realtà interesse economico ad immettere i propri invii nelle cassette postali pubbliche. L'applicazione rigida della norma a questa fattispecie è forse eccessiva, ma non certo illegittima. Infine una terza fattispecie, quella quantitativamente più rilevante alla luce delle risultanze dell'AGCM, riguarda il rinvenimento di invii derivanti da autonoma decisione dei portalettere di Poste Italiane di prelevarli dagli stabili o di farseli consegnare dai portieri. Qui va osservato che i portalettere di Poste non avevano alcun titolo per riceverli o prelevarli, ma adempivano ad un'ordinanza aziendale interna del 2007 modificata nel

In ragione della lacuna regolamentare e dei dubbi interpretativi, dipanati in modo diametralmente opposto dal giudice amministrativo e dell’Autorità Antitrust, è infine intervenuta l’AGCom, che, in sede di ridefinizione delle nuove Condizioni generali di servizio per l’espletamento del servizio universale, ha introdotto l’obbligo per Poste Italiane di restituire all’operatore postale alternativo gli invii ad esso affidati e rinvenuti nella rete di Poste Italiane, lasciando alla libera contrattazione delle parti la definizione delle condizioni e dei termini di tale restituzione e riservandosi di intervenire in caso di mancato raggiungimento dell’accordo (cfr. art. 18 delle nuove Condizioni generali di servizio per l’espletamento del servizio universale postale di Poste Italiane, allegato A alla delibera AGCom n. 385/13/CONS del 20 giugno 2013).

È facile prevedere che il meccanismo congegnato faciliterà l’insorgere di controversie tra il FSU e gli operatori privati per la definizione dei compensi spettanti all’ex monopolista, come può già evincersi dalla prima prassi applicativa³⁵.

2008, che interpretava in senso estensivo la norma, chiedendo loro di attivarsi nella raccolta degli invii. Un corretto comportamento avrebbe dovuto, al contrario, ordinare ai portalettere di lasciare gli invii dove erano, in quanto non immessi in rete, o restituirli a chi li aveva erroneamente loro consegnati. L’AGCM ha accertato che tale attività di raccolta di invii, in luoghi dove Poste non aveva in realtà alcuna competenza a svolgerla, era esplicitamente promossa al fine di raggiungere un determinato numero di pezzi come prova di un ipotetico illecito. In questa terza fattispecie l’abuso, se ne è provato l’intento escludente, è invece a mio giudizio reale”.

³⁵ Per un primo procedimento paracontenzioso attivato a seguito del mancato raggiungimento di un accordo sulle modalità di restituzione degli invii di un altro operatore postale (Global Postal Service) rinvenuti nella rete di Poste Italiane cfr. AGCom, Delibera 31 Ottobre 2014, n. 564/14/CONS. Con la citata delibera si è attivato un procedimento istruttorio per la definizione degli obblighi reciproci e si è ordinata, nelle more della definizione dei compensi eventualmente spettanti a Poste Italiane, l’immediata restituzione degli invii all’operatore postale privato.

1.2. Il sistema delle licenze individuali e delle autorizzazioni generali

Il regime autorizzativo dell'attività postale viene diversificato in ragione della tipologia di servizio e della inclusione dello stesso nell'ambito del perimetro del servizio universale. Per i servizi ricadenti nel campo di applicazione del servizio universale è prevista l'acquisizione della "licenza individuale", rilasciata dal Ministero dello sviluppo economico mediante provvedimento espresso e previa verifica dei requisiti prescritti dall'Autorità di regolazione³⁶. Per i servizi non rientranti nel perimetro del servizio universale è invece sufficiente il conseguimento di un'autorizzazione generale³⁷ che assume i caratteri della segnalazione certificata di inizio di attività (SCIA). L'attività postale, in questi casi, può essere avviata dopo quarantacinque giorni dalla ricezione da parte del Ministero dello sviluppo economico della segnalazione trasmessa dall'interessato³⁸. Inoltre, per l'espletamento del servizio di casellario privato (caselle postali per la distribuzione della corrispondenza) è previsto il rilascio di una "autorizzazione generale ad effetto immediato", che permette di

³⁶ Cfr. art. 5 del d.lgs. 22 luglio 1999, n. 261. Il regolamento per il rilascio delle licenze individuali è stato adottato dal Ministero delle comunicazioni (all'epoca individuato quale Autorità di regolazione del settore postale) con d.M. 4 febbraio 2000, n. 73. In merito ai requisiti il regolamento si limita a prevedere (cfr. art. 2) che la licenza individuale non può essere rilasciata se gli amministratori della società richiedente risultano condannati a pena detentiva per delitto non colposo superiore ai sei mesi o sottoposti a misure di sicurezza e di prevenzione.

³⁷ Cfr. art. 6 del d.lgs. 22 luglio 1999, n. 261. Il regolamento per il rilascio delle autorizzazioni generali è stato adottato dal Ministero delle comunicazioni (all'epoca individuato quale Autorità di regolazione del settore postale) con d.M. 4 febbraio 2000, n. 75. Ai sensi dell'art. 3 del regolamento citato anche l'autorizzazione generale non può essere conseguita se gli amministratori dell'impresa richiedente sono stati condannati a pena detentiva per delitto non colposo superiore ai sei mesi o sono sottoposti a misure di sicurezza e di prevenzione.

³⁸ Da inviarsi mediante posta elettronica certificata o raccomandata con avviso di ricevimento.

avviare l'attività contestualmente all'invio al Ministero dello sviluppo economico della SCIA³⁹.

I regolamenti che hanno disciplinato i predetti titoli abilitativi hanno fissato dei requisiti di tipo esclusivamente "morale" (stabilendosi che gli amministratori dell'impresa richiedente non devono essere stati condannati a pena detentiva per delitto non colposo superiore ai sei mesi), senza fissare altri requisiti tecnico organizzativi o economico finanziario, oltre ad imporre taluni limitati obblighi cui adempiere in fase di esercizio dell'attività, quali, *e.g.*, l'obbligo di contabilità separata per i titolari di licenze individuali (che distingue i ricavi del servizio reso in base alla licenza individuale dai ricavi ottenuti per effetto delle altre attività non soggette a licenza) e l'obbligo di contribuzione al fondo di compensazione (ove ritenuto necessario dall'Autorità di regolamentazione a valle della disamina del costo netto del servizio universale)⁴⁰.

L'assenza di barriere di ingresso ha indubbiamente favorito il proliferare di micro operatori (imprese individuali e società di persone) privi di un'organizzazione di mezzi adeguata a dar vita a reti postali anche solo locali. Dai dati forniti dal Ministero dello sviluppo economico, aggiornati al 10 luglio 2014, risultano titolari di un titolo autorizzativo che abilita lo svolgimento di servizi postali ben tremilanovecentocinquanta imprese (includendo sia i titolari di autorizzazioni generali sia i titolari di licenze individuali), presenti "virtualmente" nel settore postale, ma che in realtà occupano quote minimali del mercato, operando su scala locale (o come subappaltatori) con reti di recapito

³⁹ Cfr. art. 1 e art. 3, co. 4, del d.M. 4 febbraio 2000, n. 75.

⁴⁰ Cfr. art. 3 d.M. 4 febbraio 2000, n. 73.

del tutto marginali. Da quanto emerso in sede regolatoria, infatti, oltre Poste Italiane vi sono solo altri due operatori (sulle circa quattromila imprese che popolano il mercato postale) che possono vantare reti di recapito in grado di raggiungere il 70% della popolazione⁴¹.

Il sovraffollamento del mercato determinato dalla presenza di operatori privi di organizzazioni adeguate allo svolgimento dei servizi ha indotto l'AGCom ad avviare un procedimento per l'adozione di un nuovo regolamento in materia di titoli abilitativi nel settore postale⁴² attivando una consultazione pubblica.

Nello schema di regolamento, attualmente soggetto a consultazione, si ipotizza opportunamente l'introduzione di nuovi requisiti di ammissione legati: alla disponibilità di minime dotazioni tecniche e operative, al possesso di specifiche certificazioni di qualità e alla dimostrazione dell'effettivo rispetto delle condizioni di lavoro⁴³. Problematica quest'ultima particolarmente accentuata in un settore *labour intensive*, esposto al rischio di forme di concorrenza non basate sull'innovazione e sull'efficienza organizzativa, bensì su pratiche di *dumping* sociale, agevolate sia dalla molteplicità di CCNL

⁴¹ AGCom, Delibera 29 luglio 2014, n. 412/14/CONS, recante "Servizio postale universale: analisi e applicabilità del meccanismo di ripartizione e valutazione dell'eventuale costo netto per gli anni 2011 e 2012, par. V77, dove si legge: "Fulmine e Nexive hanno dichiarato di offrire il servizio con una copertura nazionale superiore al 70% della popolazione e di adottare una frequenza media di recapito superiore a 2 giorni a settimana, con frequenze di recapito al livello locale in nessun caso pari a 1 giorno a settimana".

⁴² Cfr. AGCom, delibera 28 novembre 2013, n. 667/13/CONS, recante "Avvio del procedimento per l'adozione del regolamento in materia di titoli abilitativi nel settore postale (licenze individuali e autorizzazioni generali)".

⁴³ Cfr. AGCom, delibera 23 settembre 2014, n. 485/14/CONS, recante "Consultazione pubblica concernente il regolamento in materia di titoli abilitativi nel settore postale", Allegato A, contenente lo schema di regolamento.

applicabili, sia dal proliferare di Contratti Collettivi Nazionali cc.dd. “gialli” o “pirata”, conclusi da rappresentanze sindacali di comodo con condizioni retributive e contributive sensibilmente inferiori a quelle previste dalla contrattazione siglata dalle associazioni datoriali e dei lavoratori comparativamente più rappresentative⁴⁴.

2. La dubbia compatibilità europea delle riserve sopravvissute: la “cattura” del regolatore nelle aree riservate all’ex monopolista

La terza direttiva postale permette agli Stati membri di conservare delle aree di riserva in regime di monopolio esclusivamente in presenza di esigenze di ordine pubblico, in presenza delle quali sono ammesse deroghe (da ritenersi eccezionali e di stretta interpretazione) al generale divieto di mantenere in vigore diritti esclusivi o speciali per l’instaurazione di servizi postali, espressamente sancito dall’art. 7 della direttiva 97/67 CE così come modificata dalla direttiva 2008/7/CE.

Il legislatore domestico ha ritenuto di ossequiare i principi europei restringendo l’area della riserva in favore del Fornitore del servizio universale; come già accennato, l’attuale formulazione dell’art. 4 del decreto legislativo 22 luglio 1999 n. 261 (Attuazione della direttiva 97/67/CE concernente regole comuni per lo sviluppo del mercato interno dei servizi postali comunitari e per il miglioramento della qualità del servizio), nel testo risultante a seguito delle modifiche apportate dall’art. 1, D.Lgs. 31 marzo 2011, n. 58, prevede che “per

⁴⁴ Sulla problematica dei CCNL “gialli” o “pirata”, cfr. di recente TAR Brescia, sez. II, 21 dicembre 2014, n. 1141, che ha sancito la validità di un CCNL “giallo” con livelli retributivi inferiori di oltre il 15% rispetto al CCNL *leader*, invocando il principio di libertà sindacale.

esigenze di ordine pubblico” devono essere riservate in via esclusiva al fornitore del servizio universale:

a) i servizi inerenti le notificazioni di atti a mezzo posta e di comunicazioni a mezzo posta connesse con la notificazione di atti giudiziari di cui alla legge 20 novembre 1982, n. 890;

b) i servizi inerenti le notificazioni a mezzo posta di cui all’articolo 201 del decreto legislativo 30 aprile 1992, n. 285 (i.e.: la notificazione a mezzo posta delle infrazioni al Codice della Strada).

I servizi di notifica delle infrazioni del codice della strada costituiscono un mercato di grande interesse per gli operatori postali sia per la significativa consistenza dei volumi generati sia per l’elevata remuneratività delle tariffe praticate da Poste Italiane. Molti comuni hanno sfruttato sistemi alternativi di notifica delle contravvenzioni per ridurre i propri costi, con l’effetto di sottrarre delle porzioni di mercato alla riserva postale sugli atti giudiziari.

La quota di mercato sottratta alla riserva attiene ai servizi di notifica delle contravvenzioni del codice della strada da recapitarsi all’interno del territorio comunale del comune che irroga la sanzione. Molti enti locali, infatti, si avvalgono dell’opportunità offerta dall’art. 201 del Codice della Strada ove si prevede, che alla notificazione possa provvedersi non solo a mezzo posta (*rectius*: mediante affidamento diretto a Poste Italiane S.p.a.) ma anche mediante messi comunali⁴⁵. I comuni però, sempre più frequentemente,

⁴⁵ L’art. 201 del Codice della Strada prevede espressamente: “alla notificazione si provvede a mezzo degli organi indicati nell’art. 12, dei messi comunali o di un funzionario dell’amministrazione che ha accertato la violazione, con le modalità previste dal codice di procedura civile, ovvero a mezzo posta, secondo le norme sulle notificazioni a mezzo del servizio postale”.

esternalizzano l'attività di notifica mediante messi, bandendo gare aperte agli operatori postali privati (oltre a Poste Italiane) e provvedendo – successivamente all'aggiudicazione – alla nomina dei dipendenti della società aggiudicataria quali messi comunali, permettendo loro di acquisire la legittimazione ad espletare i servizi di notifica nell'ambito del territorio di spettanza del Comune che ha bandito la gara e ha provveduto alla nomina. La prassi appena descritta è stata avallata dalla giurisprudenza che ha enucleato un vero e proprio obbligo per gli enti locali di procedere all'affidamento con gara dei servizi di notifica delle contravvenzioni al codice della strada da effettuarsi all'interno del territorio comunale, sancendo, di converso, l'illegittimità dell'affidamento diretto a Poste Italiane S.p.a. dei servizi di notifica infracomunali⁴⁶.

Il quadro che si è così delineato fa sì che le notifiche delle contravvenzioni del codice della strada risultino attratte o meno nella riserva in favore di Poste Italiane a seconda del luogo di residenza del trasgressore: per le notifiche intracomunali si è affermato, in via di fatto, un regime di libera concorrenza (sull'assunto che il dipendente dell'aggiudicatario, autorizzato dal Sindaco, acquisisca la qualifica di messo comunale); per quelle extracomunali invece i comuni sono “costretti” a rivolgersi al monopolista.

⁴⁶ Cfr. CGA, 2 marzo 2009, n. 96; CGA, 16 dicembre 2013, n. 941. Con le pronunce richiamate sono stati annullati i bandi degli enti comunali che obbligavano i concorrenti a formulare un'offerta necessariamente vincolata all'utilizzo del servizio postale (per il tramite di Poste Italiane S.p.a.) quale unica modalità consentita per ogni tipo di notificazione e si è sancito il principio per cui preconditione di legittimità dei bandi di gara con cui si affidano i servizi di notifica delle contravvenzioni del codice della strada è che essi non operino una pregiudiziale ed immotivata opzione definitiva per l'una o per l'altra modalità di effettuazione delle notificazioni, tra quelle consentite dalla legge, che impedisca il confronto concorrenziale tra le offerte che gli operatori del settore.

L'assenza di concorrenza nell'ambito della seconda porzione di servizi (notifiche extracomunali), peraltro, si riverbera solo parzialmente in danno dell'ente committente, sussistendo una scissione tra il soggetto che chiede l'erogazione del servizio e il soggetto tenuto a sopportarne i costi.

Il costo della notifica, infatti, viene anticipato dal comune e riversato sul trasgressore, che, oltre a pagare la sanzione prevista dal Codice della Strada, è tenuto a rimborsare all'ente quanto corrisposto per l'espletamento dei servizi di notifica sulla base di tariffe non soggette ad alcuna pressione competitiva e oggetto di interventi di regolazione che non appaiono del tutto risolutivi.

L'AGCom, infatti, nell'ultimo intervento di definizione delle tariffe massime dei servizi postali rientranti nel servizio universale⁴⁷, non ha disposto delle sensibili riduzioni delle tariffe sebbene abbia rilevato che i servizi di invio degli atti giudiziari abbiano generato rilevanti extraprofitti per il fornitore del servizio universale, constatando che i soggetti che hanno richiesto tale servizio hanno corrisposto (o, in molti casi, caricato sul destinatario) un prezzo più elevato di quello orientato ai costi, senza avere la possibilità di rivolgere le proprie preferenze a favore di altri fornitori concorrenti⁴⁸.

La quota più significativa di extraprofitti proviene presumibilmente dalle notifiche commissionate dagli enti locali. Dalle informazioni fornite da Poste Italiane all'Autorità di regolazione in merito alla distribuzione della composizione della domanda attesa degli atti giudiziari⁴⁹ risulta che la maggior

⁴⁷ Cfr. AGCom, delibera 19 dicembre 2013, n. 728/13/CONS recante “determinazione delle tariffe massime dei servizi postali rientranti nel servizio universale”.

⁴⁸ Cfr. AGCom, delibera n. 728/13, cit., par. 230 (pag. 71).

⁴⁹ Le informazioni specifiche sulla composizione della domanda non sono state pubblicate dall'AGCom.

parte degli atti giudiziari sono inviati sotto forma di invii multipli per la notifica delle contravvenzioni al codice della strada.

Invero nello schema di provvedimento inizialmente adottato dall'AGCom⁵⁰, l'Autorità aveva proposto di disporre una riduzione dei prezzi degli atti giudiziari offerti in esclusiva da Poste Italiane (oltre a una differenziazione delle tariffe in base al livello di accesso). Tuttavia, le obiezioni di Poste Italiane hanno indotto l'AGCom a rivedere solo marginalmente i livelli tariffari.

Poste Italiane si è opposta alla proposta riduzione evidenziando che un abbassamento dei prezzi delle notifiche degli atti giudiziari rischierebbe di compromettere l'equilibrio finanziario del fornitore del servizio universale, in quanto l'obiettivo di pareggio tra costi e ricavi sarebbe applicato ad un solo sottoinsieme di prodotti e non all'insieme di servizi rientranti nel perimetro del servizio universale e, dall'altro, non terrebbe conto dell'esistenza di servizi sostitutivi non postali, quali ad esempio messo notificatore e PEC, che stempererebbero il monopolio legale di PI.

Entrambe le obiezioni risultano però decisamente poco convincenti considerato che i meccanismi di finanziamento del servizio universale non contemplano la previsione di sussidi incrociati all'interno dei servizi ricadenti nel perimetro del servizio universale, bensì l'attivazione del fondo di compensazione e/o di trasferimenti statali, ferma restando la necessità di aderenza ai costi delle tariffe dei servizi ricadenti nel servizio universale, viepiù ove si tratti di servizi ancora ricadenti in un'area di riserva. Quanto alla sussistenza di servizi sostitutivi occorre invece evidenziare che la normativa di

⁵⁰ Cfr. delibera 384/13/CONS.

settore non prevede l'impiego della PEC per le notifiche delle contravvenzioni del codice della strada e che l'impiego del mezzo comunale è possibile solo per le notifiche intracomunali, mentre per quelle extracomunali permane il monopolio legale di Poste Italiane.

V'è anche da dire che la consultazione propedeutica alla nuova manovra tariffaria ha registrato una totale assenza di contraddittorio sul punto⁵¹, dovuta, probabilmente, al mancato coinvolgimento dei consumatori (*rectius* dei "trasgressori abituali"), che appaiono, all'evidenza, gli unici titolari di un interesse diretto a far valere l'esigenza di riduzione delle tariffe in un segmento non esposto alla concorrenza e che, quindi, avrebbero potuto ostacolare fenomeni di "cattura"⁵².

La stessa AGCom ha peraltro giustamente rilevato che Poste Italiane avrebbe dovuto adottare tariffe per i servizi di notifica simili a quelle previste per i servizi di posta registrata⁵³, vista l'omogeneità di costi tra i due insiemi di servizi ed ha pertanto imposto al fornitore del servizio universale di ancorare i prezzi degli atti giudiziari (costituiti, in sostanza, da due raccomandate) ai prezzi

⁵¹ Cfr. AGCom, delibera n. 728/13, par. 235 (p. 71), dove si rileva che "dalla consultazione pubblica è emerso un sostanziale disinteresse della concorrenza verso i prezzi degli atti giudiziari offerti in regime di esclusiva da Poste Italiane" constatando che "gli unici contributi in merito agli atti giudiziari sono pervenuti dalla stessa Poste Italiane".

⁵² Sulla tendenza delle autorità di regolamentazione ad essere "catturate" dall'industria che devono regolamentare più che a proteggere i consumatori cfr. il celebre scritto di G. STIGLER, *Theory of regulation*, in *Bell Journal of Economics*, 1971, 3, che individuò tale tendenza osservando il modo di operare dei regolatori pubblici statunitensi.

⁵³ La posta registrata prevede, infatti, l'accettazione espressa della corrispondenza da parte del destinatario al momento del recapito; nella posta registrata si ricomprendono la posta raccomandata e analoghi prodotti postali che forniscono al mittente una prova della consegna al destinatario.

della raccomandata Pro⁵⁴ piuttosto che ai prezzi della raccomandata singola. Ciò anche in considerazione del fatto che gli utilizzatori del servizio sono prevalentemente utenti *business*⁵⁵.

L'AGCom, a fronte delle criticità riscontrate, ha poi stabilito che i livelli dei prezzi massimi non potranno eccedere i livelli attuali fino al termine del 2016. V'è però da osservare che in un periodo connotato da livelli di inflazione estremamente ridotti (tendenti alla deflazione) la conservazione dei medesimi livelli tariffari implica, in sostanza, il mantenimento di extraprofitti in favore del monopolista.

L'Autorità di regolazione ha poi omesso di verificare la compatibilità delle norme nazionali con le norme europee, che, come detto in apertura, ammettevano la permanenza di diritti speciali o esclusivi solo in presenza di specifiche esigenze di ordine pubblico.

Il mantenimento del monopolio di Poste sugli invii raccomandati aventi ad oggetto atti giudiziari e “multe” appare, infatti, incompatibile con le direttive postali non rinvenendosi traccia alcuna dei motivi di ordine pubblico che possano giustificare la conservazione della riserva, in particolare con riferimento alle contravvenzioni del codice della strada già gestite dagli operatori privati nell'ambito delle notifiche intracomunali.

A ciò aggiungasi che né nel d.lgs. n. 261/1999, né nella relazione illustrativa vengono descritte le presunte ragioni di ordine pubblico che hanno

⁵⁴ La “raccomandata pro” rispetta particolari criteri di affrancatura e beneficia di una tariffa leggermente più bassa rispetto alla raccomandata *retail*.

⁵⁵ Cfr. AGCom, delibera n. 728/13, par. 237 (pag. 72). All'art. 10 della delibera n.728/13 si stabilisce pertanto che “i prezzi praticabili dal fornitore del servizio universale agli invii degli atti giudiziari sono i medesimi dei prezzi della Posta Raccomandata Pro”.

indotto il legislatore nazionale a conservare il monopolio di Poste Italiane in questo segmento di mercato.

Peraltro, l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ha segnalato come il mantenimento della predetta riserva per gli invii raccomandati attinenti alle procedure giudiziarie e per i servizi inerenti le notificazioni a mezzo posta delle infrazioni del Codice della strada, oltre a impedire l'ampliamento del mercato contendibile, precludendo l'ingresso di nuovi operatori, si ponga "in contrasto con la fonte comunitaria che espressamente prevede, all'articolo 7 della direttiva 97/67 CE così come modificata dalla direttiva 2008/7/CE, il divieto di mantenere in vigore diritti esclusivi o speciali per l'instaurazione di servizi postali", atteso che "tale riserva non appare fondata su motivazioni di carattere pubblicistico o di sicurezza delle notifiche stesse"⁵⁶.

Nonostante la sussistenza di un chiaro contrasto tra la normativa nazionale e la normativa europea le pubbliche amministrazioni continuano ad affidare in via diretta a Poste Italiane S.p.a. i servizi di notifica delle infrazioni del Codice della Strada, ad eccezione dei comuni più attenti alle esigenze di contenimento della spesa pubblica che, come detto in precedenza, bandiscono gare per l'espletamento dei servizi di notifica intracomunale (mediante l'attribuzione ai dipendenti delle società aggiudicatarie della qualifica di messi comunali), affidando sempre a Poste Italiane il recapito degli atti giudiziari da eseguirsi al di fuori del perimetro comunale.

⁵⁶ Cfr. segnalazione al Governo AS988 del 2012, recante: "Proposte di riforma concorrenziale ai fini della Legge annuale per il mercato e la concorrenza anno 2013".

Le amministrazioni, disattendendo l'obbligo di disapplicazione delle norme nazionali incompatibili con le direttive europee, finiscono per garantire la conservazione del monopolio di Poste per la notifica delle infrazioni del Codice della strada e sopportano (o fanno sopportare ai trasgressori) tariffe superiori a quelle reperibili sul mercato per servizi analoghi sia sotto il profilo tecnico, sia sotto il profilo dei costi sottostanti.

La prassi appena descritta merita di essere superata, in ragione della sussistenza dell'obbligo di disapplicazione della normativa nazionale in contrasto con il diritto europeo, che, come noto, ricade, secondo quanto affermato in più occasioni dalla Corte di Giustizia, non solo sul giudice nazionale, ma anche su tutti gli organi dello Stato, comprese le autorità amministrative, il che implica, ove necessario, l'obbligo di adottare tutti i provvedimenti necessari per agevolare la piena efficacia del diritto comunitario⁵⁷.

In questo senso, va ancora menzionata tutta la giurisprudenza formatasi nel solco della linea interpretativa inaugurata dalla sentenza Fratelli Costanzo⁵⁸, granitica nel ribadire che sono tenuti alla disapplicazione “tutti gli organi dell'amministrazione, compresi quelli degli enti territoriali, come i comuni, tenuto altresì conto che anche gli organi amministrativi, oltre a quelli

⁵⁷ Cfr. CGCE, 13 luglio 1972, causa 48/71, Commissione/Italia; nonché Corte di Giustizia, 9 settembre 2003, causa C – 198/01, caso Consorzio Industrie Fiammiferi.

⁵⁸ Al riguardo giova anche ricordare altra giurisprudenza della Corte di Giustizia: sentenza 13 luglio 1972, Commissione c. Italia, causa 48/71, Racc. p. 529, sentenza 19 gennaio 1993, Commissione c. Italia, causa C-101/91; 29 aprile 1999, Ciola, causa C-224/97; 28 giugno 2001, Larsy, causa C-118/00; 4 ottobre 2001, Melgar, causa C-438/99.

giurisdizionali, sono tenuti alla disapplicazione delle norme interne incompatibili con norme comunitarie direttamente applicabili»⁵⁹.

Ancor più di recente il principio è stato avvalorato dalla giurisprudenza amministrativa, che ha nuovamente ricordato che «il primato del diritto comunitario, nell'imporre la disapplicazione di qualsiasi disposizione della legislazione nazionale in contrasto con una norma comunitaria, indipendentemente dal fatto che sia anteriore o posteriore a quest'ultima, fa sì che tale obbligo di disapplicazione della normativa nazionale in contrasto con il diritto comunitario incomba, quindi, non solo sul giudice nazionale, ma anche su tutti gli organi dello Stato, comprese le autorità amministrative»⁶⁰.

Alla luce di quanto sopra si ritiene che i comuni, anche compulsati dalle Autorità di regolazione (che finora si sono astenute dal fornire indicazioni di questo tipo), debbano autonomamente disapplicare la normativa nazionale (laddove mantiene in favore di Poste Italiane un'indebita riserva), procedendo all'espletamento di procedure di evidenza pubblica per l'affidamento dei servizi di notifica (extracomunali e intracomunali indifferentemente) delle infrazioni del Codice della Strada, rispetto ai quali non si ravvede alcuna esigenza pubblicistica che possa giustificare la conservazione dell'attuale assetto monopolistico.

In questo modo potrebbero anticiparsi gli effetti della misura ventilata nello schema di disegno di legge sulla concorrenza (approvato dal Consiglio dei Ministri il 20 febbraio 2015 e attualmente sottoposto al dibattito parlamentare),

⁵⁹ Principio, come noto, ribadito sul piano interno a partire dalle sentenze della Corte Costituzionale del 11 luglio 1989, n. 389 e del 18 aprile 1991, n.168.

⁶⁰ In termini, TAR Lazio, Sez. I, 9 gennaio 2013, n. 125 e TAR Lazio, Roma, Sez. I, 11 luglio 2011 n. 6172.

con la soppressione della riserva di Poste Italiane sulle notifiche delle infrazioni del Codice della strada nella prospettiva di allineare l'Italia al restante panorama europeo dei servizi postali.

3. *Le tre autorità indipendenti che svolgono attività di regolazione: AGCom, AGCM, AN.AC. (già AVCP)*

Nel settore postale, come in altri settori, si registra una coesistenza di diverse autorità amministrative indipendenti⁶¹ - o, più correttamente, autorità indipendenti in ragione dell'aporia segnalata in dottrina tra la natura amministrativa di un ente e la sua pretesa indipendenza⁶² - con funzioni diversificate.

⁶¹ La letteratura nazionale sulle Autorità amministrative indipendenti è ormai ricchissima. Senza pretese di completezza si segnalano i lavori di M. CLARICH, *L'Autorità garante della concorrenza e del mercato come autorità pubblica indipendente*, in *Venti anni dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, a cura di C. Rabitti Bedogni – P. Barucci, Torino, 2010, 239; ID., *Autorità indipendenti, Bilancio e prospettive di un modello*, Bologna, 2005; ID., *Per uno studio sui poteri dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, in *Dir. amm.*, 1993, 77; S. CASSESE - C. FRANCHINI, *I garanti delle regole*, Bologna, 1996; C. FRANCHINI, *Le autorità amministrative indipendenti*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1988, 549; F. MERUSI, *Democrazia e autorità indipendenti*, Bologna, 2000; A. LA SPINA – S. CAVATORTO, *Le autorità indipendenti*, Bologna, 2008; M. D'ALBERTI, voce *Autorità indipendenti (dir. amm.)*, in *Enc. giur.*, Treccani, 1995; G. AMATO, *Autorità semi-indipendenti ed autorità di garanzia*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1997, 653.

⁶² Appaiono convincenti le notazioni di R. PEREZ, *Autorità indipendenti e tutela dei diritti*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1996, 115, che nota come la definizione di autorità amministrative indipendenti contenga un'intrinseca contraddizione. L'Autrice, riprendendo le osservazioni di G. BRAIBANT, citato in J.P. COSTA, *Le Médiateur est-il autre chose qu'une autorité administrative?*, in *AJDA*, 1987, 341, evidenzia come l'indipendenza possa essere definita come una posizione derogatoria che sottrae un soggetto al rispetto di regole vigenti nell'ambito dell'organizzazione in cui opera. Al contrario, se un corpo è amministrativo significa che lo stesso è sottoposto alle leggi dell'amministrazione, costituite innanzitutto dalla gerarchia, dall'attività di direzione e dalla sottoposizione a controlli sicché non può, per definizione, essere

Seguendo l'ordine logico delle opzioni di intervento nei meccanismi di mercato occorre preliminarmente menzionare l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (in raccordo con la Commissione Europea)⁶³ che esercita i propri poteri di segnalazione, vigilanza e repressione sugli illeciti *antitrust* anche nel settore postale, in parallelo con l'autorità di regolazione del settore, cui la normativa nazionale attribuisce compiti di promozione della concorrenza.

considerato indipendente. L'A., quindi, conclude che l'indipendenza sia la caratteristica principale per escludere la natura amministrativa. Analogamente anche altri Autori sottolineano l'estraneità delle autorità amministrative indipendenti dall'amministrazione. In questo senso cfr. S. CASSESE, *La nuova costituzione economica*, Bari, 1995, 56 che riprende le tesi di S. KATZEN, *Independent agencies, independent from whom?*, in *Administrative law review*, Fall, 1989, 491. Se poi si dubita anche della effettiva indipendenza e dell'auspicabilità della stessa sarebbe meglio chiamarle, ancor più semplicemente, Autorità. Sull'idea per cui le Autorità aventi funzioni di regolazione non abbisognano e forse neppure possono essere corredate di garanzie forti di indipendenza dal potere politico, essendo chiamate a gestire interessi pubblici che sconsigliano di estraniarle dal circuito più squisitamente politico-rappresentativo si vedano le interessanti notazioni di D. SORACE, *La desiderabile indipendenza della regolazione dei servizi di interessi economico generale*, in *Mercato concorrenza regole*, 2003, 337.

⁶³ Cfr. M. CLARICH, *Per uno studio sui poteri dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, in *Dir. Amm.*, 2003, 82 che nota come vi sia «una priorità logica tra disciplina *antitrust* e forme di intervento più penetranti da parte dei pubblici poteri: la sua funzione è di rendere funzionanti in modo corretto i mercati non assoggettati a disciplina amministrativa di settore. Solo nel caso in cui essa non basti ad assicurare il corretto funzionamento del mercato, appaiono giustificati, alternativamente (e talora anche congiuntamente, come nel caso italiano), due tipi di interventi: l'introduzione di un sistema di regole di tipo amministrativo che corregga quelli che, con brutto termine, vengono chiamati i “fallimento del mercato” (*market failures*); il ricorso alle forme dirette e indirette di proprietà pubblica. Disciplina *antitrust* e regolamentazione amministrativa sono dunque strumenti alternativi. Le regole poste dalla prima attengono alla struttura stessa del mercato, sono interne e coesenziali al concetto stesso di mercato correttamente funzionante. Gli strumenti amministrativi di intervento fungono invece da correttivi esterni alle strutture e alla dinamica evolutiva del mercato... La diversità di fondo sulla quale ci siamo soffermati si riflette anche sulla struttura delle prescrizioni poste rispettivamente dalla disciplina *antitrust* e dalle leggi amministrative di settore».

La prima direttiva postale ha imposto agli Stati membri di designare una (o più) autorità di regolazione del settore cui demandare i compiti discendenti dalla normativa europea, prevedendo al contempo la facoltà degli Stati di attribuire alla medesima autorità anche il compito di garantire il rispetto delle norme in materia di concorrenza nel settore postale⁶⁴.

Il legislatore domestico ha optato per una soluzione di compromesso, lasciando all'AGCM la competenza ad esercitare i poteri funzionali alla salvaguardia dei divieti tipici della disciplina *antitrust*⁶⁵ e attribuendo all'autorità di regolazione (inizialmente individuata nel Ministro delle Comunicazioni e poi nell'AGCom) la competenza complementare in materia di "promozione della concorrenza"⁶⁶.

Nel settore postale, almeno finora, non si sono registrati conflitti di competenza positivi o negativi tra le due autorità, ma la forte contiguità tra le funzioni di tutela della concorrenza e di promozione della stessa potrebbe porre problemi analoghi a quelli emersi nel settore delle telecomunicazioni

⁶⁴ Cfr. art. 22 dir. 97/67/CE.

⁶⁵ Sulla *summa divisio* tra la disciplina *antitrust* (negativi) e la regolazione in senso stretto (che si attua con prescrizioni di tipo positivo) cfr., ancora, M. CLARICH, *Per uno studio sui poteri dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, cit., 82, che nota come la disciplina *antitrust*, in tutti i principali paesi, si componga di «poche prescrizioni generali di tipo negativo (divieti) che sanzionano comportamenti di imprese ritenuti non compatibili con un mercato aperto alla concorrenza: divieto di abusare della propria posizione dominante, divieto di raggiungere con altre imprese intese restrittive della concorrenza, divieto di operare concentrazioni che portino alla creazione di oligopoli o monopoli. La disciplina *antitrust* opera dunque come una cornice all'interno della quale le scelte imprenditoriali di ciascun operatore economico restano in massima parte libere. Non altrettanto avviene nel caso delle leggi amministrative di settore. Esse, di norma, contengono prescrizioni di tipo positivo (limiti positivi, che si sostanziano in obblighi di *facere*) che danno origine a una rete più o meno fitta di regole che condizionano in modo molto più diretto e rigido l'autonomia imprenditoriale».

⁶⁶ Cfr. art. 2, co. 4, lett. d, del D.Lgs. 22 luglio 1999, n. 261.

(soprattutto in relazione ai procedimenti a tutela dei consumatori)⁶⁷. Per prevenire tali rischi sarebbe sicuramente opportuno un rafforzamento dei meccanismi di cooperazione (anche nelle forme dei reciproci pareri) per evitare sovrapposizioni e coordinare le attività di studio e ricerca nei mercati oggetto di indagine.

L'autorità di regolazione del settore postale, pur essendo di recente istituzione, ha avuto una genesi e ben due palingenesi.

Nella versione originaria del d.lgs. n. 261/99 l'autorità di regolamentazione del settore postale è stata individuata in una direzione del Ministro delle comunicazioni (poi assorbita dal Ministero dello Sviluppo Economico).

Tuttavia, si è notato ben presto che l'Autorità così individuata risultava priva del fondamentale requisito di indipendenza, richiesto dall'art. 22, co. 1, della direttiva 97/67/CE (ove si prevede che qualora lo Stato abbia la proprietà o il controllo di fornitori del servizio universale vi sia piena ed effettiva separazione strutturale delle funzioni di regolamentazione dalle attività inerenti alla proprietà o al controllo) anche considerato che il Ministero dell'Economia e delle Finanze esercita i diritti di socio su Poste Italiane S.p.a. di intesa con il

⁶⁷ Che hanno trovato una parziale sistemazione con gli interventi dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato da n. 11 a n. 16 dell'11 maggio 2012. Per un'analitica disamina dei problemi posti dalle sovrapposizioni tra le competenze spettanti all'AGCM e all'AGCom nel settore delle telecomunicazioni cfr. R. CAPONIGRO, *L'actio finium regundorum tra l'Autorità antitrust e le altre autorità indipendenti*, Relazione al Convegno Nazionale di Studi "Le Autorità amministrative indipendenti. Realtà attuali e prospettive future", svolto a Napoli, presso il TAR Campania, il 22 marzo 2013. Sul tema della concorrenza tra autorità di regolazione cfr. G. DELLA CANANEA, *Complementarità e competizione tra le autorità indipendenti*, in *Venti anni dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, a cura di C. Rabitti Bedogni – P. Barucci, Torino, 2010, 309.

Ministero delle Comunicazioni, che risulta quindi direttamente coinvolto nella gestione societaria dell'ex monopolista.

A seguito dell'attivazione di un procedimento d'infrazione da parte della Commissione UE⁶⁸, il legislatore nazionale ha inizialmente provveduto a creare una nuova Autorità (che potesse dirsi realmente indipendente) istituendo (nel 2011) l'Agenzia nazionale di regolamentazione del settore postale⁶⁹, per poi sopprimerla dopo pochi mesi⁷⁰ per ragioni di contenimento della spesa pubblica. Le competenze della poco longeva Agenzia (che, di fatto, non è mai divenuta concretamente operativa) sono state contestualmente trasferite all'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, che ha conseguentemente istituito tra il 2011 e il 2012 la direzione "servizi postali".

In capo all'AGCom, oltre ai compiti di promozione della concorrenza cui si è fatto cenno, sono transitate tutte le funzioni di regolazione del mercato postale, con poteri diversificati a seconda dei destinatari.

Il fornitore del servizio universale è soggetto a interventi di regolazione indubbiamente più pervasivi, innanzitutto con riguardo alle politiche tariffarie.

Le tariffe dei servizi resi dal fornitore del servizio universale, infatti, sono determinate autoritativamente mediante la fissazione di tetti massimi, mentre i prezzi dei servizi offerti dagli operatori privati si formano secondo meccanismi di mercato, pur essendo sottoposti a un'attività di analisi e monitoraggio da parte dell'Autorità. I prodotti postali ricadenti nel servizio

⁶⁸ Procedimento di infrazione n. 2009/2149. Una seconda procedura di infrazione è stata poi avviata sempre contro l'Italia per il mancato recepimento nei tempi previsti dalla terza direttiva postale.

⁶⁹ Istituita con l'art. 1 comma 2, del d.lgs. n. 58/2011.

⁷⁰ Con l'articolo 21 del decreto-legge 6 dicembre 2011, n. 201 (recante disposizioni urgenti per la crescita, l'equità e il consolidamento dei conti pubblici).

universale sono oggetto di specifiche funzioni di regolazione attuate con provvedimenti che determinano i tempi di istradamento e di recapito, nonché la regolarità ed affidabilità degli stessi (oltre a determinare i criteri per l'individuazione dei punti di accesso alla rete postale), fissati mediante procedure di consultazione che mirano a garantire l'adeguatezza dei livelli del servizio rispetto agli standard europei⁷¹. Anche le funzioni di vigilanza e controllo sono diversificate. L'AGCom è tenuta a svolgere penetranti attività di verifica sul rispetto degli standard di qualità del servizio universale ed è all'uopo autorizzata a rivolgersi a soggetti esterni per l'espletamento delle verifiche su base campionaria.

In realtà, le verifiche vengono condotte con un sistema ibrido che garantisce la terzietà del soggetto controllante solo parzialmente.

L'AGCom affida con gara a società esterne l'attività di espletamento delle verifiche su base campionaria per la raccolta dei dati concernenti la posta non massiva (prioritaria), mentre per la posta di tipo seriale, i dati sono raccolti dalla stessa Poste Italiane (quindi dallo stesso soggetto controllato e dai suoi incaricati) attraverso una procedura di tracciatura degli invii condotta sulla base dei dati reali di traffico.

Poste Italiane, per prassi, affida le attività di controllo interno sulla posta di tipo seriale a società esterne scelte con gara dalla stessa Poste Italiane⁷².

⁷¹ Cfr. art. 12 del d.lgs. n. 58/2011, ove si prevede, altresì, che i livelli fissati autoritativamente siano recepiti nella carta della qualità del servizio pubblico postale.

⁷² Cfr., da ultimo, il bando di gara (ai sensi della direttiva 17/2014) trasmesso alla GUUE in data 4 febbraio 2014, con cui Poste Italiane ha indetto una procedura aperta per l'affidamento del servizio di "monitoraggio interno delle performance dei nodi della catena logistica J+1 della corrispondenza". Reperibile *on line* http://www.poste.it/resources/editoriali/azienda/pdf/bandi_gara/2014/bando_servizi_monitoraggio.pdf

Tuttavia, la scelta di legare il soggetto controllato e il controllante mediante un contratto di appalto (in cui il controllato assume le vesti del committente e il controllante assume le vesti dell'appaltatore) non sembra, per molti versi, opportuna, anche per i molteplici poteri di ingerenza spettanti al committente sull'appaltatore (ulteriormente accentuati nella disciplina della contrattualistica pubblica).

Tra le criticità che potrebbero potenzialmente ostacolare l'indipendenza del soggetto esterno incaricato delle verifiche deve segnalarsi la disciplina delle proroghe del servizio⁷³. Il committente, infatti, si riserva la facoltà di prorogare il contratto di appalto di monitoraggio per delle annualità aggiuntive rispetto a quelle oggetto del primo affidamento. Tale previsione potrebbe indurre l'appaltatore ad assecondare le esigenze della committenza per assicurarsi le proroghe dell'affidamento, con un potenziale conflitto di interessi.

Non esiste inoltre un divieto di rinnovo, che viceversa favorirebbe l'indipendenza di giudizio dell'appaltatore, neutralizzando in radice il rischio che il controllore sia condizionato dal proprio interesse alla riaggiudicazione dell'appalto per le annualità successive.

Sinora l'Autorità di regolazione ha comminato solo in un caso una penale (dell'importo di euro 400.000) al Fornitore del Servizio Universale⁷⁴, disposta, nella specie, per il mancato raggiungimento nella Regione Campania, nell'anno 2012, dell'obiettivo di qualità che impone di garantire che l'85% degli invii di corrispondenza non massiva vengano recapitati al destinatario entro il

⁷³ Cfr. art. 2.2.II. del bando di gara sopra citato.

⁷⁴ Cfr. AGCom Delibera, 21 gennaio 2014, n. 18/14/CONS.

tempo “J+1” (in cui J rappresenta il giorno di deposito e 1 è il numero di giorni entro cui deve essere effettuato il recapito)⁷⁵.

La società incaricata dall’AGCom delle verifiche su base campionaria (IZI S.p.a.) ha infatti verificato nella Regione Campania il conseguimento di un risultato pari al 76,75%, con uno scostamento di 8,25 punti dallo *standard* minimo imposto in sede regolatoria.

Completa il quadro delle funzioni attribuite all’AGCom nel settore postale l’attività di cooperazione con le altre istituzioni internazionali ed europee per la regolamentazione della posta transfrontaliera e per facilitare la creazione di un mercato comune⁷⁶.

La terza Autorità indipendente che, pur non avendo poteri specifici nel settore postale, sta assumendo un ruolo di regolazione è, infine, l’Autorità Nazionale Anticorruzione (già Autorità per la Vigilanza sui contratti pubblici di

⁷⁵ L’obiettivo è così fissato dall’art. 4 del decreto del Ministero dello Sviluppo economico del 1° ottobre 2008, recante “Obiettivi di qualità del servizio di corrispondenza non massiva per il triennio 2009-2011”. La legge di stabilità 2015 (L. 23 dicembre 2014, n. 190) è intervenuta sulla materia modificando i tempi di recapito, con un significativo alleggerimento degli oneri gravanti sul FSU. L’art. 1, co. 279, della l. n. 190/2014 ha previsto che gli obiettivi percentuali medi di recapito dei servizi postali universali sono riferiti al recapito entro il quarto giorno lavorativo successivo a quello di inoltro nella rete pubblica postale, salvo quanto previsto per gli invii di posta prioritaria, per i quali il l’art. 1, co. 278 della l. n. 190/2014, conferma la fissazione di obiettivi medi per il recapito da effettuare entro il giorno lavorativo successivo a quello di inoltro nella rete pubblica postale”. L’art. 1, co. 280, della l. n. 190/2014, infine, prevede che l’AGCom, anche al fine di assicurare la sostenibilità dell’onere del servizio universale, provvede (su proposta del FSU) a “deliberare nuovi obiettivi statistici di qualità e una nuova determinazione delle tariffe degli invii di posta prioritaria e degli altri servizi universali, individuando soluzioni che consentano la maggiore flessibilità nello stabilire le tariffe in correlazione all’andamento dei volumi di traffico”.

⁷⁶ Cfr. art. 2 del d.lgs. n. 261/99.

lavori, servizi e forniture)⁷⁷, che, avendo constatato la sussistenza di diverse disfunzioni (prevalentemente legate alla peculiarità delle regole disciplinanti le procedure di evidenza pubblica), ha aperto una consultazione pubblica sulle problematiche afferenti l'affidamento degli appalti pubblici di servizi postali, finalizzata ad agevolare lo sviluppo delle dinamiche concorrenziali in un segmento di grande interesse per gli operatori commerciali. La domanda generata da enti pubblici rappresenta, infatti, una fetta relevantissima della domanda complessiva di taluni prodotti (come la posta raccomandata, dove, la pubblica amministrazione genera oltre il 50% dei volumi) e in un caso esaurisce un segmento mercato a sé stante (ci si riferisce al mercato “parzialmente negato”, dei servizi di notifica delle violazioni del codice della strada). Delle diverse opzioni di intervento nel settore della contrattualistica pubblica si darà atto nel quarto capitolo.

4. I mercati contendibili del settore postale e il bundling

Fatta salva l'area dei servizi di notifica degli atti giudiziari e delle violazioni del codice della strada, l'intera gamma dei servizi rientranti nel

⁷⁷ Sui poteri dell'AVCP e sulla possibilità di ascriverli tra i poteri regolatori cfr. P. CHIRULLI, *Regolazione e concorrenza nel mercato degli appalti pubblici*, in *Contratti della pubblica amministrazione e politiche di liberalizzazione*, Napoli, 2014, 25, che dubita della possibilità di qualificare le misure adottabili dall'AVCP alla stregua di veri e propri provvedimenti, emanati nell'esercizio di poteri di regolazione, segnalando tuttavia che “il potere di regolazione è ampiamente riconosciuto dall'Autorità [La quale lo dà per scontato e ad esempio nel 2011 si è dotata di un regolamento che disciplina la partecipazione ai procedimenti di regolazione, anche se lo definisce essa stessa di *soft regulation*] ma non è ad essa formalmente assegnato dalla legge, anche se ad es. l'art. 8 del d.lgs. n. 163/2006 contempla delibere che riguardano «questioni di interesse generale» e prevede in relazione alle medesime l'obbligo di pubblicità [...] D'altra parte, è noto quanto avviene con riferimento ai poteri esercitati – e non di rado autoattribuiti – da altre autorità di regolazione, a proposito dei quali non a caso si è invocata spesso la teoria dei poteri impliciti”.

settore postale può considerarsi liberalizzata e astrattamente esposta, già dall'inizio del 2011, alla concorrenza delle migliaia di operatori munitisi dei necessari titoli autorizzativi.

Esaminando la composizione del mercato dei diversi prodotti postali emerge, però, come la liberalizzazione non abbia ancora prodotto l'emersione di significative dinamiche concorrenziali nella stragrande maggioranza dei segmenti.

I dati forniti dall'AGCM descrivono un mercato con una struttura oligopolistica⁷⁸ ancora ampiamente dominata dal Fornitore del servizio universale, che detiene circa l'80% del mercato, sia in termini di numero di invii e di volumi, sia in termini di valore⁷⁹.

L'AGCM ha notato come la posizione dominante di Poste Italiane sussista anche con riferimento alla clientela *business* (imprese e pubbliche amministrazioni)⁸⁰, che pur rappresenta la fascia di mercato più esposta alla concorrenza. Molti mercati, invece, sono tutt'ora di esclusivo appannaggio dell'ex monopolista.

L'AGCom e l'AGCM, nei diversi interventi che hanno interessato il settore, individuano una serie di mercati, "isolati" in ragione della natura

⁷⁸ La relazione annuale al Parlamento dell'AGCM del 2013 evidenzia che l'unico concorrente di un certo rilievo di Poste Italiane è TNT Post S.p.a. (ora Nexive S.p.a.), che nel 2012 ha raggiunto una quota del 10% del mercato, con il rimanente 7% gestito da una pluralità di imprese di piccola e piccolissima dimensione.

⁷⁹ Cfr. AGCM, deliberazione A441 n. 24293 ove si rileva che "considerando l'insieme dei servizi postali rientranti nel servizio universale, resi su tutto il territorio nazionale, Poste Italiane detiene una posizione particolarmente significativa che si attesta intorno all'80% sia in termini di numero che di valore degli invii" e si nota che anche considerando i singoli mercati rilevanti la posizione di Poste Italiane è sempre qualificabile come dominante.

⁸⁰ Cfr. AGCM, deliberazione A441 n. 24293, cit.

dell'invio, del contesto regolamentare, del luogo di destinazione della corrispondenza, dei tempi di consegna e di altri parametri in grado di individuare caratteristiche specifiche del prodotto che soddisfano esigenze diverse della domanda⁸¹, giungendo a conclusioni tendenzialmente coincidenti (ferme le ovvie differenze di analisi legate anche alle diverse finalità cui mirano i rispettivi interventi di regolazione).

Si è rilevato come i mercati degli invii singoli di posta ordinaria⁸² e di posta registrata⁸³, ancora oggi, non siano soggetti ad alcuna sostanziale pressione competitiva⁸⁴.

A differenza degli invii multipli, gli invii singoli richiedono una struttura capillare di raccolta della corrispondenza difficilmente replicabile per gli operatori privati. Poste Italiane offre il servizio, in condizioni di sostanziale monopolio, potendo contare su una rete che consente anche alle persone fisiche di consegnare la corrispondenza in partenza in uno dei circa 14.000 uffici postali oppure in una delle circa 70.000 cassette di impostazione (più comunemente “cassette delle lettere”) di PI. La necessità di raggiungere notevoli economie di scala nella fase di raccolta della corrispondenza ostacola la concorrenza nei mercati degli invii singoli, sebbene in sede regolatoria diversi operatori privati abbiano manifestato il proprio interesse anche verso il mercato

⁸¹ Cfr. AGCM, deliberazione A441 n. 24293, cit.

⁸² Nella posta ordinaria si ricomprendono gli invii che non necessitano di un'accettazione espressa della corrispondenza da parte del destinatario.

⁸³ Nella posta registrata si ricomprendono, viceversa, gli invii caratterizzati dall'accettazione espressa della corrispondenza da parte del destinatario al momento del recapito; si pensi alla posta raccomandata o analoghi prodotti postali che forniscano al mittente una prova della consegna al destinatario.

⁸⁴ Come testimoniato dalle analisi condotte dall'AGCom, delibera 19 dicembre 2013, n. 728/13/CONS.

degli invii singoli di posta ordinaria e registrata dichiarando di disporre di alternative tecniche alle cassette di impostazione, quali le cosiddette reti di prossimità (es. tabaccai). L'AGCom, tuttavia, ha rilevato che la sostituibilità dal lato dell'offerta sembra limitata solo ad operatori locali, oppure ad operatori che dispongono di un numero limitato di agenzie territoriali o cassette di impostazione comunque insufficienti a garantire i servizi di posta ordinaria su larga scala e in modo capillare sul territorio nazionale⁸⁵.

Gli invii multipli di corrispondenza (registrata e non registrata) presentano invece delle più vivaci dinamiche competitive sia per la minore onerosità dell'attività di raccolta (il *pick up* presso i clienti *business* risulta economicamente sostenibile in ragione dei grandi quantitativi di corrispondenza immessi nella rete dell'operatore postale), sia grazie all'elevata concentrazione della domanda, distribuita in quattro categorie di soggetti: clienti *business* di piccole e medie dimensioni; clienti *business* di grandi dimensioni (imprese e P.A.); consolidatori⁸⁶; operatori postali che dispongono di una rete (di trasporto e/o di recapito) non in grado di coprire l'intero territorio nazionale⁸⁷.

Nell'ambito degli invii multipli sono stati poi identificati quattro categorie di prodotto, ciascuna configurabile come mercato rilevante: 1) la posta massiva⁸⁸; 2) la posta raccomandata; 3) la posta assicurata; 4) la pubblicità

⁸⁵ Cfr. AGCom, delibera 19 dicembre 2013, n. 728/13/CONS.

⁸⁶ Si intendono per "consolidatori" i soggetti che realizzano prodotti postali, provvedono alla pre-lavorazione della corrispondenza propedeutica all'invio multiplo e consegnano la corrispondenza prelaborata ai punti di accettazione di un operatore postale ai fini del recapito.

⁸⁷ Cfr. AGCom, delibera 19 dicembre 2013, n. 728/13/CONS.

⁸⁸ La definizione della posta massiva si rinviene nel decreto del Ministero delle comunicazioni del 12 maggio 2006 ove si chiarisce che gli invii *de quibus* sono "invii di corrispondenza non raccomandata [...], consegnati in grandi quantità al fornitore del servizio universale presso i

diretta per corrispondenza (posta target). Ciascuno di tali servizi, per la natura dell'attività e la domanda servita, è stato identificato quale un mercato distinto fornito a livello nazionale⁸⁹.

L'AGCom ha constatato che gli operatori offrono tipologie di invii multipli di corrispondenza ordinaria che si differenziano dagli invii singoli per quantità di invii pre-lavorati (consentendo uno smistamento meccanizzato che riduce costi e livelli tariffari), per velocità di recapito, e per tracciatura del trasporto (finalizzata a fornire certezza dei tempi delle varie fasi del recapito)⁹⁰.

Inoltre, sempre dalle analisi condotte dall'AGCom, è emerso che il mercato degli invii multipli di posta ordinaria sia costituito da tre sotto-mercati distinti, caratterizzati dal recapito rapido, dal recapito tracciato e dal recapito massivo, pur registrandosi una certa pressione competitiva esercitata dalla posta certificata sulla posta massiva⁹¹.

Con riguardo alla posta raccomandata, l'AGCM ha invece distinto, sulla base dell'analisi della domanda, il segmento *retail* dal segmento *business* evidenziando come i volumi si dividano quasi equamente tra i due segmenti. Nel primo i volumi sono generati da persone fisiche, liberi professionisti e

punti di accesso individuati dal fornitore". Per essere configurati come posta massiva ed essere accettati presso i punti di accesso della rete di Poste Italiane, gli invii devono soddisfare precisi requisiti di formato e superare il cd. "test massiva", che si applica a campione su ogni singola spedizione presentata in accettazione dal cliente. Le condizioni tecniche attuative del servizio di posta massiva offerte da Poste Italiane sono state oggetto di un recente intervento di ridefinizione, cfr. AGCom, delibera 6 febbraio 2013, n. 92/13/CONS.

⁸⁹ Cfr. AGCM, deliberazione A441 n. 24293, cit

⁹⁰ Cfr. AGCom, delibera 19 dicembre 2013, n. 728/13/CONS. Gli invii multipli sono offerti da Poste Italiane attraverso i servizi di Posta Prioritaria Pro, Posta Massiva, Posta Time mentre gli operatori privati concorrenti offrono i servizi di posta consegnata in data e ora certa (posta certificata).

⁹¹ Cfr. AGCom, delibera 384/13/CONS.

piccole imprese, nel secondo la domanda è invece prodotta da imprese di medie e grandi dimensioni (tra cui consolidatori e altri operatori postali) e dalla pubblica amministrazione, che genera oltre la metà dei volumi rientranti nel segmento *business*⁹².

Il mercato della posta assicurata (che consente al mittente di spedire oggetti di valore, inclusi documenti, denaro e titoli, assicurandoli contro lo smarrimento, il furto e il danneggiamento) non sembra invece suscitare un particolare interesse da parte degli operatori postali, costituendo una quota marginale del più ampio mercato nell'offerta di servizi di trasferimento di denaro e valori (su cui operano altri operatori estranei al mercato postale); e ciò ha indotto l'AGCom a dubitare dell'opportunità di mantenere il servizio di posta assicurata all'interno del perimetro degli obblighi di servizio universale⁹³.

Anche con riguardo alla pubblicità diretta per corrispondenza⁹⁴, l'AGCM ha rilevato una scarsissima pressione competitiva che permette a Poste Italiane di detenere una quota prossima al 100% del mercato corrispondente⁹⁵,

La sintetica descrizione dei principali prodotti e dei mercati rientranti nel settore postale deve essere completata con i servizi accessori all'attività di recapito e alle fasi di cui questo si compone: raccolta > smistamento in uscita > trasporto > smistamento in entrata > consegna.

A “monte” della raccolta degli invii si collocano i servizi di stampa e imbustamento, mentre “a valle” della consegna possono collocarsi servizi

⁹² Cfr. AGCM, deliberazione A441 n. 24293, cit.

⁹³ Cfr. AGCom, delibera 384/13/CONS.

⁹⁴ Offerta da Poste Italiane con il prodotto *posta target*.

⁹⁵ È emerso in sede regolatoria che l'unico operatore che offre un prodotto corrispondente al Posta Target Basic è TNT Post Italia S.p.a. (ora Nexive S.p.a.), con quote di mercato inferiori all'1%.

accessori quali quelli di archiviazione e/o conservazione sostitutiva, nonché la creazione e gestione della “sala posta”, ovverosia la gestione della posta in entrata e/o in uscita per i grandi speditori.

I servizi appena descritti e in particolare quelli “a monte” di stampa e imbustamento richiedono mezzi e tecnologie totalmente estranee a quelle richieste per l’attività postale e vengono prevalentemente forniti da soggetti (cosiddetti stampatori) che operano esclusivamente sul segmento di mercato della stampa e dell’imbustamento.

Qualora vengano commissionati dal cliente i servizi *upstream* congiuntamente all’attività di recapito possono crearsi effetti distorsivi in grado di restringere il confronto concorrenziale.

Il *bundling*, infatti, favorisce l’estensione del potere di mercato dei pochi operatori postali muniti di una rete di recapito nazionale anche nel settore *upstream*, dove decine e decine di operatori si contendono il mercato della stampa e l’imbustamento dei grandi volumi di corrispondenza sempre a livello nazionale. Nel mercato nazionale solo due operatori postali hanno strutture verticalmente integrate (Poste Italiane per il tramite di Postel e Nexive, già TNT) e sono in grado di gestire autonomamente le fasi “a monte” del recapito.

Il tema del *bundling* nei servizi postali è stato oggetto di una specifica segnalazione dell’AGCM con riferimento ai servizi commissionati dalle pubbliche amministrazioni. È stata stigmatizzata la prassi di bandire gare aventi ad oggetto servizi integrati di acquisizione, elaborazione, stampa, imbustamento e recapito, perché ritenuta suscettibile di restringere il novero dei potenziali partecipanti alla procedura di gara, attribuendo, al contempo, un ingiustificato vantaggio concorrenziale agli operatori verticalmente integrati, in contrasto con

i principi a tutela della concorrenza e con gli obiettivi di liberalizzazione dei servizi postali⁹⁶.

Per evitare il prodursi di fenomeni distorsivi i bandi di gara non dovrebbero essere strutturati con un unico lotto (composto dai servizi integrati: recapito più servizi *upstream*), occorrendo viceversa procedere a una suddivisione in lotti funzionali con cui affidare separatamente (sulla base di requisiti di ammissione distinti), da un lato, il servizio di recapito, dall'altro, i servizi a monte, così da favorire l'accesso al mercato delle piccole e medie imprese operanti nel settore della stampa e dell'imbustamento.

Anche la giurisprudenza amministrativa si è recentemente espressa in questo senso valorizzando le indicazioni contenute nell'art. 2, comma 1 *bis*, del Codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 163/2006)⁹⁷, che impone alle stazioni appaltanti, nei casi in cui sia tecnicamente possibile ed economicamente conveniente, di suddividere gli appalti in lotti funzionali al fine di favorire l'accesso delle piccole e medie imprese⁹⁸.

⁹⁶ Cfr. AGCM, segnalazione del 16 aprile 2012.

⁹⁷ Così come modificato in attuazione delle linee programmatiche dettate dallo Statuto delle imprese con l'art. 44, comma 7, D.L. 6 dicembre 2011, n. 201, convertito dalla L. 22 dicembre 2011, n. 214, poi modificato dalla l. n. 135 del 2012 e, infine, dalla legge n. 98 del 2013.

⁹⁸ TAR Lazio, Sez. III, 21 marzo 2014, n. 3206, che, in attuazione dei suesposti principi, ha annullato un bando di gara che aveva previsto un lotto unico per stampa e recapito. Nella motivazione della sentenza si è evidenziato che il *bundling* rafforza la posizione dei grandi recapitisti interessati a partecipare alla gara, i quali sono posti in condizione di sviluppare comportamenti escludenti nei confronti gli operatori del segmento dell'imbustamento, potendo svolgere agevolmente in un servizio come quello oggetto di gara sia l'attività a monte (preparazione e imbustamento), sia quella a valle (recapito). Si è quindi ritenuto illegittimo e irrazionale l'accorpamento di prestazioni disomogenee anche in considerazione degli effetti limitativi che esso produce in ordine alla partecipazione dei possibili concorrenti.

Indicazioni conformi provengono, infine, dalla nuova direttiva europea sugli appalti (settori ordinari) 2014/24⁹⁹, ove si ribadisce la necessità di incoraggiare le amministrazioni aggiudicatrici a suddividere in lotti i grandi appalti al fine di agevolare la partecipazione delle PMI e di rafforzare la concorrenza e si suggerisce, altresì, di procedere alla suddivisione su base quantitativa, facendo in modo che l'entità dei singoli appalti corrisponda meglio alla capacità delle PMI, o su base qualitativa, in conformità alle varie categorie e specializzazioni presenti, per adattare meglio il contenuto dei singoli appalti ai settori specializzati delle PMI¹⁰⁰.

Nell'ambito dei servizi commissionati da speditori privati la scelta del confezionamento di servizi integrati affidati a un unico operatore è invece affidata alle libere scelte imprenditoriali dei grandi speditori, che talvolta preferiscono affidarsi a operatori integrati per ridurre i costi di transazione e per semplificare l'accertamento delle responsabilità in caso di inadempimento. Occorre al riguardo considerare che le modalità di stampa e imbustamento possono pregiudicare il corretto espletamento dell'attività di recapito qualora non vengano rispettati gli *standard* tecnici per l'inserimento della corrispondenza nella rete del recapitista e, in questi casi, l'individuazione delle

⁹⁹ Direttiva 2014/24 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014 sugli appalti pubblici, che abroga la direttiva 2004/18/CE.

¹⁰⁰ Cfr. considerando 78 Direttiva 2014/24. Inoltre all'art. 46 della citata direttiva si prevede altresì che le amministrazioni aggiudicatrici possono decidere di aggiudicare un appalto sotto forma di lotti separati e possono determinare le dimensioni e l'oggetto di tali lotti, indicando i motivi principali della loro decisione di non suddividere l'appalto in lotti. Il comma 4 del citato art. 46 prevede, infine, che gli Stati membri possano rendere obbligatorio aggiudicare un appalto sotto forma di lotti separati, a condizioni da definire conformemente al rispettivo diritto nazionale e nel rispetto del diritto dell'Unione.

rispettive responsabilità (qualora lo stampatore sia un'impresa diversa da quella recapitista) può risultare estremamente complessa.

CAPITOLO II

LE CONDIZIONI CHE FAVORISCONO LA PERMANENZA DELLA POSIZIONE

DOMINANTE DI POSTE ITALIANE

SOMMARIO: *1. L'esenzione IVA sui prodotti postali dell'ex monopolista: agevolazione legittima o aiuto di Stato? - 2. Le misure di ripianamento dei costi legati agli obblighi gravanti sul fornitore del servizio universale: sono davvero necessarie? - 3. I sussidi incrociati (legittimi e illegittimi) - 4. La deroghe "ad personam" agli obblighi di separazione societaria.*

1. L'esenzione IVA sui prodotti postali dell'ex monopolista: agevolazione legittima o aiuto di Stato?

Come si è visto in precedenza i segmenti di mercato potenzialmente più esposti alla concorrenza sono quelli degli invii multipli di prodotti postali generati da grandi speditori, che non richiedono la disponibilità di una rete capillare per l'espletamento dell'attività di raccolta. Tra i più importanti clienti di servizi postali figurano innanzitutto banche, assicurazioni e pubbliche amministrazioni (oltre alle ONLUS), che generano circa il 50% dei volumi del segmento degli invii multipli¹⁰¹.

Queste categorie sono accumulate non solo dall'essere "grandi speditori", ma anche dall'essere soggetti per i quali l'Imposta sul Valore Aggiunto rappresenta un puro costo, non scaricabile a valle; al pari dei consumatori, possono pertanto definirsi soggetti "sensibili all'IVA" (diversamente dalle altre imprese e dai liberi professionisti per i quali il costo

¹⁰¹ La stima dell'incidenza dei volumi è tratta da AGCom, Delibera 29 luglio 2014, n. 412/14/CONS recante "Servizio postale universale: analisi e applicabilità del meccanismo di ripartizione e valutazione dell'eventuale costo netto per gli anni 2011 e 2012", par. 484, nonché AGCom delibera n. 728/13/CONS, sulla base delle indicazioni offerte da Poste Italiane S.p.a.

dell'IVA si traduce in una anticipazione finanziaria) risentendo nell'acquisto di beni e servizi del peso economico legato all'eventuale applicazione dell'imposta.

I servizi postali forniti dagli operatori privati, compresi quelli rientranti nel servizio universale (la cui erogazione presuppone il possesso della licenza individuale), sono invece tutti soggetti all'applicazione dell'IVA (attualmente al 22%), diversamente da quanto previsto per i medesimi servizi resi dal Fornitore del Servizio Universale, che gode, tutt'ora (salve le precisazioni che verranno fatte nel prosieguo), di un'esenzione IVA su tutti i prodotti postali, nonché sulle cessioni di beni e sulle prestazioni di servizi a queste accessorie¹⁰².

In sostanza, l'esenzione consente a Poste Italiane S.p.a. di offrire servizi che risultano “scontati” del 22% (per i clienti “sensibili all'IVA”) rispetto ai prezzi offerti dagli altri concorrenti, così beneficiando di un ulteriore e relevantissimo vantaggio concorrenziale che rende ancora più arduo l'ingresso nel mercato da parte di altri operatori, già ostacolato dagli imponenti costi fissi che un fornitore deve affrontare per entrare nel mercato con una rete di recapito alternativa a quella dell'ex monopolista. Gli operatori privati, pertanto, per entrare nel mercato dovrebbero conseguire, all'interno del proprio processo

¹⁰² È stato osservato che anche i clienti “non sensibili” all'IVA possono comunque avere un vantaggio commerciale nell'acquistare prodotti postali esenti dall'IVA. Un'azienda mittente che possa scaricare l'IVA sul cliente finale non è comunque completamente neutra all'applicazione dell'IVA sui prezzi finali dei prodotti postali, giacché introducendo l'IVA ai clienti finali questi potrebbero ridurre la domanda. Qualora, invece, i clienti finali già paghino l'IVA su un prodotto postale, l'IVA eventualmente introdotta sui servizi di Poste Italiane sarebbe una nuova voce di costo per l'azienda mittente. Cfr. AGCom, Delibera n. 412/14/CONS, cit. par. V229.

produttivo, guadagni di efficienza sui costi superiori al 22% rispetto a quelli sostenuti da Poste Italiane.

Il vantaggio competitivo di cui gode l'ex Monopolista ha peraltro un significativo impatto in termini di minor gettito per l'Erario.

Il minor gettito IVA teorico (senza considerare la contrazione dei volumi che deriverebbe dall'incremento dei livelli delle tariffe) potrebbe essere stimato, in linea di prima approssimazione, in circa 660 milioni di euro l'anno, considerato che il fatturato realizzato da Poste Italiane nel 2013 è stato di circa 9 miliardi di euro (mentre il Gruppo Poste Italiane ha maturato nello stesso anno ricavi per oltre 22,8 miliardi di euro), di cui circa 3 miliardi di euro relativi al settore dei servizi postali¹⁰³. Per una stima realistica delle maggiori entrate effettive per l'Erario derivanti da un eventuale abolizione dell'esenzione IVA occorrerebbe inoltre depurare questo dato dai maggiori costi, non agevolmente quantificabili, sopportati dalle P.A. per l'approvvigionamento dei servizi postali e dal minor gettito legato all'aumento dell'IVA detraibile sugli acquisti effettuati a monte da Poste Italiane S.p.a.

Al netto degli approfondimenti indispensabili per giungere a delle stime attendibili, l'esenzione IVA sui prodotti postali di Poste Italiane sottrae sicuramente importanti risorse alla fiscalità generale, con un beneficio sociale, in termini di riduzione dei prezzi per i consumatori, scarsissimo rispetto alle risorse impiegate, di cui si avvantaggiano prevalentemente gli operatori professionali (in particolare Banche e Assicurazioni che come detto sopra sono soggetti sensibili all'IVA), considerato che la stragrande maggioranza della

¹⁰³ Dati tratti da POSTE ITALIANE, *Relazione finanziaria annuale 2013*, in www.poste.it.

domanda di servizi postali è generata da imprese¹⁰⁴; mentre la domanda dei consumatori individuali è marginale e decrescente in ragione degli effetti sostitutivi generati dallo sviluppo delle comunicazioni elettroniche (cd. *e-substitution*)¹⁰⁵, che stanno determinando una progressiva erosione dei volumi e dei ricavi¹⁰⁶.

L'esenzione, invece, nasce come misura di contenimento delle tariffe postali per finalità di coesione sociale ed è stata introdotta con queste finalità dalla normativa europea relativa al sistema comune d'imposta sul valore aggiunto¹⁰⁷, che ammette che gli Stati membri esentino le operazioni effettuate dai servizi pubblici postali, in deroga al principio di neutralità fiscale, il cui

¹⁰⁴ Cfr. V. VISCO COMANDINI, *Il settore postale: liberalizzazione e servizio universale*, in *I nodi delle reti*, a cura di A. Manacorda, Firenze, 2010, 431, che stima la quota degli invii generati dalle aziende in circa l'85% degli invii totali, con il residuo 15% di invii generati da clienti residenziali.

¹⁰⁵ Nei Paesi OCSE si stima che l'85%-95% delle lettere sia generato da imprese e istituzioni. Cfr. UPU, *Post 2005 – Core Business Scenarios*, 1997, UPU, Bern. Sugli effetti di sostituzione e sulla maggiore incidenza degli stessi nella contrazione della domanda generata dai consumatori cfr. V. VISCO COMANDINI, *Servizi postali e di telecomunicazione: identità e differenze*, in *Economia e regolazione delle reti postali*, a cura di V. Visco Comandini, Bari, 2006, 108.

¹⁰⁶ Il *trend* è stato confermato anche nell'ultima relazione semestrale del Gruppo Poste Italiane. Cfr. POSTE ITALIANE, *Relazione Finanziaria Semestrale al 30 giugno 2014*, in www.poste.it, ove si legge che in ragione del *trend* negativo: "Poste Italiane ha avviato un dialogo per condividere con il Governo e le Istituzioni la revisione del sistema delle regole che garantiscano la sostenibilità del servizio postale universale in un contesto di contrazione strutturale dei volumi e di nuovi bisogni dei Clienti da soddisfare. La definizione di un quadro di regole certe e prevedibili è una condizione necessaria per finalizzare il piano aziendale di medio periodo e definire le prospettive economico-finanziarie dell'Azienda nel percorso della privatizzazione".

¹⁰⁷ L'art. 132, lettera a), della Direttiva 2006/112/CE del Consiglio del 28 novembre 2006, ammette che gli Stati esentino le operazioni "quando sono effettuate dai servizi pubblici postali, le prestazioni di servizi e le cessioni di beni accessori a dette prestazioni, esclusi il trasporto di persone e le telecomunicazioni". La norma ricalca il previgente art. 13, n. 1, lett. a, della direttiva 77/388/CEE del Consiglio 17 maggio 1977.

ossequio imporrebbe di trattare allo stesso modo sotto il profilo del regime IVA le merci e le prestazioni di servizi simili che si trovino in concorrenza tra loro¹⁰⁸.

Proprio in ragione della natura eccezionale dell'esenzione (e dei potenziali effetti distorsivi) la Corte di Giustizia ha fornito un'interpretazione restrittiva della stessa, chiarendo, con una sentenza risalente al 2009, che le prestazioni di servizi rientranti nell'esenzione sono esclusivamente quelle rese dai fornitori del servizio universale nell'espletamento della loro funzione di interesse pubblico, senza potersi estendere ai servizi rispondenti ad esigenze specifiche di singoli clienti, specificando espressamente che l'esenzione non può trovare applicazione rispetto alle "prestazioni le cui condizioni siano state negoziate individualmente"¹⁰⁹, per tali intendendosi tutte quelle prestazioni non rivolte alla generalità degli utenti e come tali scindibili dal servizio di interesse pubblico su cui si fonda l'esenzione.

La normativa nazionale, fino alle modifiche intervenute nell'Agosto 2014 (che verranno descritte *infra*), prevedeva un ambito di estensione dell'esenzione estremamente ampio, che non teneva conto delle indicazioni provenienti dalla Corte di Giustizia. L'art. 10, comma 1, n. 6, del d.P.R. 26 ottobre 1972, n. 633 (così come riformulato dall'art. 2, comma 4 – bis, D.L. 25 marzo 2010, n. 40, convertito in legge 22 maggio 2010, n. 73) prevedeva infatti che l'esenzione dall'IVA si applicasse a tutte "le prestazioni del servizio postale universale, nonché le cessioni di beni e le prestazioni di servizi a queste accessorie, effettuate dai soggetti obbligati ad assicurarne l'esecuzione", senza

¹⁰⁸ Il principio di neutralità fiscale è stato enucleato dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia. Cfr., da ultimo, Corte di Giustizia, 15 novembre 2012, causa C – 174/11.

¹⁰⁹ Cfr. Corte di Giustizia, 23 aprile 2009, causa C – 357/07.

scorporare le prestazioni oggetto di accordi negoziati individualmente da Poste Italiane S.p.a. con specifici clienti, in deroga alle condizioni qualitative o tariffarie previste per la generalità degli utenti.

Questa discrasia tra le norme nazionali e le norme europee è stata rilevata dall'AGCM che ha aperto un procedimento istruttorio (caso A441), conclusosi il 27 marzo 2013, con l'accertamento a carico di Poste Italiane S.p.a. di un abuso di posizione dominante (*ex art. 102 TFUE*) di tipo escludente per aver offerto prestazioni del servizio universale a condizioni negoziate individualmente, senza procedere all'applicazione dell'IVA; assicurandosi con questa condotta la possibilità di formulare ai grandi clienti offerte non replicabili, in virtù di un privilegio conferito da norme nazionali (disapplicate dall'AGCM) in contrasto con le normativa europea (nell'interpretazione offertane dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia)¹¹⁰.

L'AGCM, nel provvedimento citato, ha quindi imposto a Poste Italiane di porre fine ai comportamenti abusivi, applicando l'IVA alle prestazioni del servizio universale in tutti i casi in cui sia applicata una tariffa inferiore a quella regolamentata (anche quando vi sia una riduzione implicita, ad esempio con meccanismi di conguaglio a consuntivo collegati al raggiungimento di

¹¹⁰ Cfr. AGCM deliberazione A441 n. 24293, pubblicata nel bollettino n. 16 del 29 aprile 2013. All'accertamento dell'abuso non è seguita l'applicazione di alcuna sanzione a carico di Poste Italiane, in quanto l'AGCM ha ritenuto che il comportamento del Fornitore del Servizio Universale fosse imposto dalla normativa nazionale; ciò anche in ragione delle informazioni fornite nel corso dell'istruttoria dall'Agenzia delle Entrate, che ha riferito che il regime di esenzione IVA non sarebbe opzionale e non sarebbe legato ad un'autonoma scelta del contribuente. L'AGCM ha pertanto applicato il principio espresso nel caso CIF. Cfr. Corte di Giustizia, 9 settembre 2003, C- 198/01- CIF ove si è affermato che le autorità preposte non possono infliggere sanzioni alle imprese interessate per comportamenti pregressi qualora questi siano stati loro imposti dalla normativa nazionale.

determinati obiettivi funzionali) e/o quando siano applicate condizioni differenti rispetto alle condizioni generali di fornitura del servizio universale e a quelle previste dalle disposizioni che regolano il predetto servizio, ivi compresa la fornitura in abbinamento di più servizi postali e/o postali e accessori. L'ultima precisazione si è resa necessaria essendo emerso nel corso del procedimento come Poste abbia utilizzato sconti sul prezzo dei servizi accessori come leva concorrenziale nell'offerta di altri servizi in alcuni contesti in cui la competizione si concentra anche sulla gratuità dei servizi complementari.

L'AGCM, nel medesimo provvedimento, ha poi fissato un termine di 180 giorni entro cui Poste Italiane avrebbe dovuto porre in essere gli adempimenti contabili necessari per l'applicazione dell'IVA; termine che risulta scaduto nel novembre 2013.

Poste Italiane, nelle more della decorrenza del termine per adeguarsi alle nuove prescrizioni impartite dall'AGCM, ha impugnato il provvedimento *de quo* dinanzi al TAR Lazio, che, con sentenza del febbraio 2014, ha respinto il ricorso ritenendo infondate le varie doglianze articolate dalla ricorrente¹¹¹.

Nel Giugno 2014 è però intervenuto il Governo in “soccorso” dell'ex monopolista, stabilendo con decreto legge una sanatoria dei comportamenti posti in essere da Poste Italiane S.p.a. sino alla conversione in legge (intervenuta ad Agosto) sulla base della disciplina normativa previgente.

L'intervento normativo è contenuto nell'art. 32 – *bis* del d.l. 24 giugno 2014, n. 91, convertito con modificazioni nella legge 11 agosto 2014, n. 116, che ha disposto due misure contestuali. Da un lato, sono state recepite le

¹¹¹ Cfr. TAR Lazio, sez. I, 7 febbraio 2014, n. 1525. Allo stato risulta ancora pendente l'appello proposto da Poste Italiane avverso la predetta sentenza.

indicazioni provenienti dal diritto europeo modificando il numero 16 del primo comma dell'articolo 10 del d.P.R. 26 ottobre 1972, n. 633, che continua a ricomprendere nell'esenzione IVA le prestazioni del servizio postale universale, precisando tuttavia che sono escluse dall'esenzione le "prestazioni di servizi e le cessioni di beni ad esse accessorie, le cui condizioni siano state negoziate individualmente" (con una specificazione ormai vana viste le misure già adottate in sede regolatoria); dall'altro lato, si è stabilito che: "la disposizione di cui al comma 1 si applica a decorrere dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto. Sono fatti salvi i comportamenti posti in essere fino a tale data dal soggetto obbligato a fornire il servizio postale universale in applicazione della norma di esenzione previgente".

In sintesi, eventuali violazioni che Poste Italiane dovesse aver perpetrato tra la scadenza del termine fissato dall'AGCM per porre in essere gli adeguamenti contabili propedeutici all'applicazione dell'IVA sino alla data di entrata in vigore della legge 11 agosto 2014 n. 116 non sarebbero sanzionabili. Acclarata l'insanzionabilità dei comportamenti tenuti da Poste Italiane sino alla data indicata, resta da chiedersi se non sia il comportamento del legislatore domestico a essere censurabile per violazione dell'art. 107 TFUE.

L'estensione dell'esenzione IVA per un periodo addirittura successivo alla decisione dell'AGCM ha garantito l'immunità di condotte la cui incompatibilità con il diritto europeo risulta acclarata già dal 2009.

Per ben cinque anni (dal 2009 al 2014) è stata concessa un'agevolazione indiretta (di cui beneficiano direttamente i committenti dei servizi)¹¹² che ha

¹¹² Sulla possibilità di qualificare come aiuti di stato anche le agevolazioni indirette, cfr. da ultimo, Tribunale della Funzione Pubblica dell'Unione Europea, 15 giugno 2010, caso

consentito all'ex monopolista di praticare prezzi non replicabili nei segmenti di mercato più esposti alla pressione concorrenziale e che occupano una parte rilevantissima dell'intero mercato dei servizi postali¹¹³.

Del resto, che la misura produca effetti distorsivi è stato già accertato dall'AGCM in seno al procedimento per abuso di posizione dominante ed è indubitabile che le risorse oggetto dell'aiuto siano erariali, essendo identificabili

Mediaset, T-177/07, sent., Racc. p. II,-02341, punto 76, ove si sono qualificati come aiuti le misure che danno un vantaggio ai consumatori ma che indirettamente vanno a beneficio di talune imprese. In dottrina evidenziano l'ascrivibilità delle agevolazioni indirette tra gli aiuti di stato anche A. BIONDI, *Gli aiuti di Stato*, in A. Frignani e R. Pardolesi (a cura di), *La concorrenza*, Torino, 2006, 447, nonché G. TESAURO, *Diritto dell'Unione Europea*, Padova, 2012, 813, che peraltro ricorda come la nozione rilevante di aiuto sia molto ampia, includendo "ogni vantaggio economicamente apprezzabile attribuito ad un'impresa attraverso un intervento pubblico, vantaggio che altrimenti non si sarebbe realizzato. Ne consegue che non soltanto le sovvenzioni palesi rientrano nella nozione di aiuto rilevante per la disciplina dell'Unione, ma qualsiasi misura che direttamente o indirettamente produce per l'impresa un beneficio economico, incluse le agevolazioni fiscali".

¹¹³ Si riporta qui di seguito la tabella tratta dallo studio condotto da *Copenhagen Economics* sui mercati postali di dieci Stati membri dell'Unione Europea.

Relative size of different postal services segments, 10 EU countries, 2009

<i>Product</i>	<i>Share of total postal service</i>
<i>Addressed advertising mail (direct mail), domestic, total</i>	0,26
<i>Transactional bulk mail, sorted and unsorted, domestic, total</i>	0,32
<i>Bulk parcels, domestic, total</i>	0,06
<i>Single (stamped) letter mail, domestic, first and second class, total</i>	0,34
<i>Single (stamped) letter mail, intra – EU first and second class, total</i>	0,01
<i>Single parcels, domestic, total</i>	0,01
<i>Total</i>	1

Fonte: *Copenhagen Economics (2010): Main development in the postal sector*

*Tesi di dottorato in Diritto ed Economia, Dott. Dario Capotorto.
Discussa presso l'Università LUISS Guido Carli, A.A. 2014/2015.
Soggetta a copyright.*

nel minor gettito IVA connesso all'esenzione applicata dal 2009 sino ad agosto 2014 anche ai contratti negoziati individualmente da Poste Italiane.

Sembrano ricorrere pertanto tutti presupposti per sussumere gli interventi del legislatore domestico nel novero degli aiuti di Stato.

La rimozione dell'esenzione IVA nei contratti negoziati individualmente dal Fornitore del Servizio Universale rappresenta un obiettivo appena consolidato in Italia, mentre in Europa si discute da tempo dell'opportunità di seguire il modello Svedese, dove tutti i servizi postali vengono erogati dal Fornitore del Servizio Universale senza alcuna esenzione IVA.

Secondo uno studio di *Copenhagen Economics* l'applicazione dell'imposta ai servizi postali erogati dai Fornitori dei Servizi Universali produrrebbe due effetti virtuosi: in primo luogo l'eliminazione del diverso trattamento tra operatori pubblici e privati indurrebbe i clienti a fare scelte di consumo non distorte dall'IVA, facilitando l'ingresso di nuovi operatori nel mercato postale¹¹⁴, in secondo luogo, si eliminerebbero gli incentivi all'autoproduzione di beni e servizi da parte dei fornitori del Servizio Universale¹¹⁵.

L'esenzione IVA, infatti, oltre a creare distorsioni nel mercato dei servizi postali, induce gli enti pubblici a internalizzare la produzione di beni e

¹¹⁴ Cfr. COPENHAGEN ECONOMICS, *Vat in the public sector and exemptions in the public interest*, Final Report for TAXUD/2011/DE/334, 10 Gennaio 2013, 173, "These distortions arise when differences in VAT treatment allows some postal services operators to be able to sell their services cheaper than other postal services operators. One such output distortion is in the individual mail market. The Universal Service Provider (USP) can offer certain mail services without adding VAT, which makes the USP's services cheaper than those of its competitors".

¹¹⁵ Cfr. COPENHAGEN ECONOMICS, *Vat in the public sector and exemptions in the public interest*, cit., 212.

servizi piuttosto che acquisire gli stessi sul mercato da soggetti che erogano prestazioni soggette all'applicazione dell'IVA (non scaricabile a valle per l'ente che, a sua volta, beneficia dell'esenzione).

Sempre nello studio citato sono stati comparati i livelli di esternalizzazione dei beni e servizi del Fornitore del Servizio Universale Svedese (che come detto eroga tutti i servizi postali con l'applicazione dell'IVA) con un altro FSU europeo (nella specie Post Danmark) i cui prodotti beneficiano dell'esenzione IVA. Dalla comparazione è emerso come il Fornitore del Servizio Universale svedese tenda a esternalizzare la produzione di beni e servizi molto più di quanto di quanto non faccia l'omologo danese¹¹⁶.

Peraltro, altri studi, confermano come l'*outsourcing* garantisca maggiori livelli di specializzazione delle imprese e il miglioramento della qualità dei servizi acquisiti (considerato peraltro che raramente le aziende risultano specializzate anche nell'erogazione dei servizi di supporto), con un incremento dei livelli di efficienza che viene stimato in un *range* tra il 5% e il 30%¹¹⁷.

2. Le misure di ripianamento dei costi legati agli obblighi gravanti sul fornitore del servizio universale: sono davvero necessarie?

Come visto in precedenza, gli obblighi gravanti sul fornitore del servizio universale afferiscono a diverse fasi in cui si articola l'attività postale,

¹¹⁶ Cfr. COPENHAGEN ECONOMICS, *Vat in the public sector and exemptions in the public interest*, cit., 174.

¹¹⁷ Cfr. COPENHAGEN ECONOMICS, *Vat in the public sector and exemptions in the public interest*, cit., 178, ove si riportano i risultati degli studi di: ZEW, (2009), *Productivity Effects of Business Process Outsourcing A Firm-level Investigation Based in Panel Data Discussion Paper No. 09-088* e UDBUDSRADET (2010), *Erfaringer med Konkurrence om Offentlige Opgaver – overblik over eksisterende dokumentation af effekterne*.

vincolando le scelte organizzative e imponendo l'assunzione di costi cui non sono soggetti gli altri operatori privati.

Le fasi di raccolta (da garantire mediante la rete degli uffici postali) e di distribuzione (assolta mediante la rete di recapito) sono quelle che più risentono dei vincoli regolamentari che disciplinano la frequenza settimanale del recapito del Fornitore del Servizio Universale (almeno cinque volte la settimana), i tempi di consegna, il grado di capillarità delle reti di raccolta e impongono la fornitura del servizio di recapito in tutte le aree geografiche del territorio nazionale.

Gli operatori privati, invece, servono solo le aree del territorio nazionale più profittevoli (con rischi di *cream skimming*)¹¹⁸, possono distribuire la posta con la frequenza settimanale che ritengono più confacente alle loro esigenze organizzative, scegliere i tempi di consegna sulla base delle contrattazioni che svolgono con i mittenti, oltre a poter organizzare l'attività di raccolta senza alcun vincolo di universalità.

Per garantire l'espletamento del servizio universale la disciplina europea abilita gli Stati membri a scegliere tra diverse opzioni¹¹⁹: i) l'asta pubblica per l'affidamento del servizio universale a uno o più fornitori (mettendo a base di gara l'importo del costo netto del servizio universale e scegliendo il fornitore o i

¹¹⁸ Su questo genere di strategie di mercato cfr. R. H. COHEN – W. W. FERGUSON – J. D. WALLER - S. S. XENAKIS, *An Analysis of the Potential for Cream Skimming in the Residential Delivery Market*, in *Emerging Competition in Postal and Delivery Systems*, M.A. Crew and P.R. Kleindorfer, Kluwer Academic Publishers, 1999. Si legge in proposito: “*Cream skimmers take advantage of an incumbent's price when it is based on an average of heterogeneous costs. They serve the low cost portion of the market and price below the incumbent. Conceptually cream skimming has two basic dimensions: product and geography. Product cream skimming is where a competitor tries to capture the most profitable portion of the market for a product with heterogeneous costs. Geographic cream skimming is where a competitor tries to provide a service only to selected, low cost areas*”.

¹¹⁹ Cfr. art. 7 della direttiva 15 dicembre 1997, n. 97/67/CE.

fornitori sulla base dei ribassi offerti); qualora il costo netto per lo svolgimento del servizio universale sia reputato dallo Stato membro (e dalle relative autorità di regolazione) come un onere finanziario iniquo (sulla base dei criteri di determinazione fissati nell'allegato I della Direttiva postale) provvedere *ii*) con trasferimenti diretti di risorse pubbliche; oppure *iii*) istituire un meccanismo che consenta di distribuire il costo netto del servizio universale tra i fornitori che operano nel mercato e/o tra gli utenti, anche mediante la creazione di un fondo di compensazione da finanziarsi mediante diritti a carico dei fornitori dei servizi e/o degli utenti e amministrato da un organismo indipendente.

Il legislatore nazionale ha optato, come si è detto, per l'affidamento sino al 30 aprile 2026 dell'intero servizio a Poste Italiane S.p.a. riconoscendole dei trasferimenti diretti posti a carico dello Stato, oltre alla possibilità di attivare un fondo di compensazione ripartendo l'onere tra i titolari di licenze individuali e di autorizzazione generale entro la misura massima del dieci per cento degli introiti lordi, relativi a servizi sostitutivi di quelli compresi nel servizio universale, derivanti dall'attività autorizzata¹²⁰.

Di fatto gli obblighi di servizio universale sono stati finanziati mediante trasferimenti diretti.

L'Italia ha subito diverse procedure d'infrazione per aiuti di Stato risolte senza alcuna sanzione.

All'esito della procedura per le compensazioni relative agli anni 2006-2008¹²¹ la Commissione, pur considerando legittimo l'aiuto di Stato concesso a

¹²⁰ Cfr. artt. 3 e 10 del D. Lgs., 22 luglio 1999, n. 261.

¹²¹ Aiuto di Stato NN 51/2006 – Italia - Poste Italiane S.p.a. Compensazione statale dell'onere del servizio universale 2000-2005 Bruxelles, C (2006) 4206 def 26.IX.2006.

Poste Italiane, ha ritenuto che il quarto criterio della sentenza *Altmark*¹²² non fosse stato soddisfatto: “Il servizio pubblico non è stato affidato con pubblico appalto, le autorità italiane non hanno fornito informazioni comprovanti che la compensazione a favore di Poste Italiane è funzione dei costi che un’impresa media dovrebbe sopportare in quale settore. Di conseguenza, la misura in esame conferisce un vantaggio a Poste Italiane, qualificabile come vantaggio economico ai sensi dell’articolo 87, par. 1, del Trattato”, pur trattandosi di un aiuto compatibile¹²³. Secondo lo studio *PriceWaterhouseCoopers*¹²⁴, la

¹²² Corte di Giustizia, 24 luglio 2003, C-280/00, *Altmark Trans GmbH e Regierungspräsidium Magdeburg* contro *Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH*, che come noto ha definito i presupposti affinché una compensazione con fondi pubblici assegnata per l’espletamento di un servizio universale non venga considerata come aiuto di Stato. In estrema sintesi i requisiti possono così riassumersi: 1) l’impresa beneficiaria deve essere effettivamente incaricata di obblighi di servizio universale; 2) i parametri di calcolo della compensazione debbono essere definiti *ex ante* in modo trasparente ed obiettivo; 3) la compensazione non può eccedere i costi netti originati dall’adempimento degli obblighi di servizio pubblico; 4) la compensazione che non venga assegnata con procedura di appalto pubblico deve essere determinata sulla base dei costi che un’impresa media efficiente sopporterebbe se avesse gli stessi obblighi in condizioni simili; 5) trasparenza dei meccanismi e della ripartizione dei costi e dei benefici tra i diversi *stakeholder*; 6) praticabilità del meccanismo che deve avere bassi costi di transazione; 7) proporzionalità rispetto alle attività e alla scala di produzione. Con particolare riferimento alla quarta condizione, il *favor* per la procedura di gara appare giustificato dalla capacità delle procedure di evidenza pubblica di affidare il servizio pubblico con il minor costo per la collettività. Solo in difetto di tale procedura è previsto che l’efficienza possa essere perseguita applicando al settore degli aiuti il principio del c.d. investitore privato in un’economia di mercato. Il parametro di riferimento non è perciò rappresentato dall’analisi dei costi sostenuti dall’impresa incaricata della missione affidatele, bensì dai costi che un’impresa ipotetica, di media grandezza e gestita in modo efficiente, dovrebbe sopportare per il raggiungimento degli obiettivi di interesse generale.

¹²³ Cfr. Commissione, Aiuto di Stato NN 51/2006 – Italia - Poste Italiane S.p.a., ove si aggiunge che la compatibilità è legata alla circostanza che “il contratto di programma 2003-2005 ha stabilito che la compensazione sia qualificata applicando il meccanismo di *subsidy cap*, che anticipa l’incremento programmato di produttività (3,62% annui) e tiene anche conto dell’inflazione. Il *subsidy cap* permette di calcolare l’importo secondo la seguente formula: $S_n =$

compensazione non è quindi soltanto identificata e connessa agli specifici costi netti supplementari dell'onere del servizio universale, ma è anche contenuta in modo da promuovere l'innovazione e l'efficienza del fornitore del servizio universale". La Commissione, pur ravvisando il mancato soddisfacimento del quarto criterio della sentenza *Altmark*, ha comunque riconosciuto che la compensazione accordata è stata connessa ai costi legati agli obblighi del servizio universale e correttamente contenuta secondo un meccanismo in grado di promuovere l'efficienza.

Per i trasferimenti concessi a Poste Italiane per il biennio 2009 – 2011 la Commissione europea ha evidenziato altre criticità. Si legge al paragrafo 50 della decisione¹²⁵: “gli studi cui le autorità italiane fanno riferimento sono imperniati su modelli che stimano i costi medi di un fornitore di servizi postali in funzione dei volumi postali e della popolazione. Le autorità nazionali sostengono che i costi di PI per la fornitura del servizio universale siano inferiori a quelli previsti da questi modelli e che quindi PI sia relativamente più efficiente della media degli altri operatori postali. Si fa però presente che questi modelli sono costruiti su dati riguardanti altri operatori nazionali di servizio universale non necessariamente efficienti (e gli studi omettono di esaminare il livello di efficienza). In una serie di decisioni riguardanti aiuti di Stato concessi a questi operatori, la Commissione stessa ha concluso che non operavano secondo efficienza. Ma pur accettando che PI sia più efficiente della media di

$S_n - 1(1+X-Y)$ dove: S_n è il trasferimento accordato per l'esercizio n ; S_{n-1} è il trasferimento accordato per l'esercizio precedente; X è il tasso programmato di produttività risultante dal Piano di impresa”.

¹²⁴ PRICEWATERHOUSECOOPERS, *The Impact on Universal Service of the Full Market Accomplishment of the Postal Internal Market*, 2009.

¹²⁵ Commissione europea, decisione C(2012)8230 *final* del 20 novembre 2012.

questi fornitori, tale condizione non basterebbe a provare che PI è un operatore efficiente e a soddisfare il quarto criterio *Altmark*. A questo fine servirebbero prove solide e specifiche, che dimostrino ad esempio, che rispetto a ogni categoria di costo di un operatore postale (manodopera, costi di approvvigionamento, ecc.) i costi di PI siano in linea con il mercato”.

Da ultimo le stime del costo netto del servizio universale sono state svolte dall'AGCom, che nel luglio 2014 ha definito la quantificazione dei trasferimenti statali in favore di Poste Italiane per gli anni 2011 e 2012, indicandoli in 380,6 milioni di euro per la prima annualità e in 327,3 milioni di euro per la seconda¹²⁶.

È chiaro come la corretta valutazione delle compensazioni connesse agli obblighi di servizio universale costituisca un elemento indispensabile per evitare il prodursi di distorsioni.

È anche evidente che il grado di complessità delle metodologie impiegate, ma soprattutto la imprevedibilità degli impatti delle molteplici variabili legate agli scenari fattuali e controfattuali ipotizzati per la stima dei costi imputabili agli obblighi del servizio universale rende estremamente elevato il rischio di errori.

I meccanismi di calcolo del costo netto del servizio universale più diffusi nella letteratura scientifica (e seguiti dalle autorità di regolazione europee) sono tre¹²⁷: la prima cd. “*Deficit Approach with Fully Allocated Costs*” (DA), viene

¹²⁶ Cfr. AGCom, Delibera 29 luglio 2014, n. 412/14/CONS recante “Servizio postale universale: analisi e applicabilità del meccanismo di ripartizione e valutazione dell’eventuale costo netto per gli anni 2011 e 2012”.

¹²⁷ FRONTIER ECONOMICS, *Study on the principles used to calculate the net costs of the postal USO*, A report prepared for the European Commission, 2013; FRONTIER ECONOMICS,

definita come “*The sum of loss making USO products netted off by the profits of profitable USO products, as reported in the USP accounts*”; la seconda cd. “*The Net Avoidable Cost Approach*” (NAC), definita come “*The sum of the loss-making USO products, where a product in this context is broken down in elements of products along a number of dimensions (e.g. format, delivery zone, type of sender, class). This approach put emphasis on the fact that the net cost arises from the joint obligation of charging a product at a geographically uniform price*”; la terza “*The Profitability Cost*” (PC), definita come “*The net cost of the USO is measured as the difference between a USP’s profit level with and without USO in a liberalized market. The Profitability Cost can also be*

Contextualised study for costing and financing postal universal services in the absence of a reserved area. Report, 2009; ERGP, Net Cost Calculation and Evaluation of a Reference Scenario, 2012; COPENHAGEN ECONOMICS, Manual for calculating the net cost of the USO, Report prepared for FICORA, 2011; CERP, Guidelines for Calculating the Net Cost of the Universal Service Obligations. Report, 2008; C. JAAG, Entry Deterrence and the Calculation of the Net Cost of Universal Service Obligations, in Review of Network Economics, 2011, Volume 10, Issue 1, Article 4; V. VISCO COMANDINI - F. MAZZARELLA, Measuring the cost of the universal service in declining postal markets: what is the correct counterfactual scenario?, Paper submitted for the 19th Conference on Postal and Delivery Economics in St. Helier, Jersey, June 1-4, 2011; C. JAAG - U. TRINKNER, Tendering Universal Service Obligations in Liberalized Network Industries, in Competition and Regulation in Network Industries 10, 313; C. JAAG, - M. KOLLER – U. TRINKNER, (2009), Calculating the cost of the universal service obligation: the need for a global approach, in: M. Crew and P. Kleindorfer, Progress in the Competitive Agenda in the postal and delivery sector, Edward Elgar, 2009; J. PANZAR, A Methodology for Measuring the Costs of Universal Service Obligations, in Information Economics and Policy, 2000, 12. Evidenzia la complessità dei metodi di calcolo per il costo netto dei servizi universali in vari settori, da ultimo, P. NICOLAIDES, Compensation for the Net Extra Costs of Public Service Obligations: Complexity and Pitfalls, in European Competition Law Review, 2014, v. 35, 525.

*expressed as the net avoidable costs – given by the sum of the charge in incremental costs and the change in revenues*¹²⁸.

Secondo le ricerche di *Frontier Economics*, applicando le medesime informazioni contabili la metodologia NAC (*Net Avoidable Cost Approach*) determina delle stime più alte del costo netto degli OSU rispetto alla metodologia DA (*Deficit Approach*).¹²⁹

L'AGCom, nell'ultima delibera 412/14/CONS, ha dichiarato di applicare la terza metodologia (PC), affermando tuttavia che i risultati all'esito della verifica non appaiono divergere anche applicando la metodologia NAC (*Net Avoidabile Cost*)¹³⁰.

Tutte le metodologie cercano di ricostruire in via prognostica gli effetti economici sulla gestione del FSU degli obblighi connessi allo svolgimento del servizio universale, confrontando la situazione fattuale con la situazione controfattuale prefigurata ipoteticamente (senza alcun possibile confronto con dati empirici) qualora il medesimo operatore fosse svincolato dagli obblighi di servizio universale (NFSU).

¹²⁸ Le definizioni riportate sono tratte da FRONTIER ECONOMICS, *Study on the principles used to calculate the net costs of the postal USO, A report prepared for the European Commission*, 2013, 4, che esamina le modalità di calcolo dell'OSU in tredici paesi, suddividendoli anche rispetto alle distinte metodologie di calcolo impiegate, tra cui figurano, oltre l'Italia, il Belgio (*Deficit Approach*), la Norvegia (*Net Avoidable Cost Approach/Profitability Cost*), il Regno Unito (PC), la Spagna (NAC), l'Irlanda (NAC), l'Estonia (DA), la Bulgaria (NAC), la Slovacchia (PC), la Danimarca (DAC/PC), i Paesi Bassi (PC/DA), oltre ad altri due paesi non indicati per ragioni di riservatezza.

¹²⁹ Cfr. FRONTIER ECONOMICS, *Study on the principles used to calculate the net costs of the postal USO, A report prepared for the European Commission*, 2013, 9, ove si legge: “*subject to the use of the same accounting information, the NAC approach would therefore be expected to produce higher estimates of the net cost of the USO*”.

¹³⁰ Cfr. AGCom, Delibera n. 412/14/CONS, cit. par. 89.

Le metodologie non si occupano di un'opzione fondamentale del confronto tra i due scenari che è quella relativa alla necessità (o meno) di considerare tutti i costi dello scenario in presenza di OSU, oppure solo i costi efficienti.

Si è segnalato che nella pratica concreta i metodi DA e NAC vengono applicati impiegando i costi attuali del FSU che possono riflettere inefficienze¹³¹.

L'AGCom, nella più recente applicazione del meccanismo, ha optato per una scomputazione *ex ante* dei costi reputati inefficienti, senza includerli quindi tra i costi oggetto di calcolo per la determinazione del costo netto del servizio universale, non condividendo i rilievi di Poste Italiane che in sede regolatoria ha sostenuto che applicando lo stesso livello di efficienza ai due scenari – fattuale (FSU) e contro fattuale (NFSU) – le eventuali inefficienze tenderebbero comunque a elidersi¹³². È, infatti, emerso con delle esemplificazioni empiriche che la mancata scomputazione nello scenario fattuale dei costi inefficienti (determinando un incremento dei costi OSU) provoca un incremento del differenziale tra i costi FSU e i costi dello scenario contro fattuale (NFSU).

¹³¹ Cfr. FRONTIER ECONOMICS, *Study on the principles used to calculate the net costs of the postal USO, A report prepared for the European Commission*, 2013, 15, dove si segnala che “*In practice among the 13 calculations of the net cost of the USO, seven have explicitly considered cost efficiency incentives. It is more considered under the PC approach than DA and NAC. Cost efficiency adjustments have been made often after the calculation of the net cost of the USO*”. A conclusioni simili sembra giungere anche uno studio dell'*European Regulators Group for Postal Services*. Cfr. ERGP, *Report on Exploration of challenges to overcome when implementing a net cost calculation methodology based on a reference scenario – Benchmark of experiences*, 2014, in cui si sottolinea come qualsiasi inefficienza non dovrebbe far parte del costo netto del servizio universale, e che il calcolo del costo netto debba neutralizzare i costi inefficienti del FSU, in modo da evitarne la compensazione.

¹³² Cfr. AGCom, Delibera n. 412/14/CONS, cit. par. V19.

Del resto, l'allegato I alla direttiva 2008/6/CE (cui rinvia l'art. 13, co. 13, del d.lgs. n. 261/1999) nel determinare i criteri di calcolo del costo netto del servizio universale fa espresso riferimento alla necessità che le Autorità di regolamentazione prendano in considerazione “tutti i mezzi atti ad incoraggiare adeguatamente i fornitori di servizi postali (designati o meno) ad assolvere gli obblighi di servizio universale in modo efficiente rispetto ai costi”.

La stessa fonte normativa definisce le modalità di calcolo del costo netto degli obblighi di servizio universale come “la differenza tra il costo netto delle operazioni di un fornitore del servizio universale designato quando è soggetto ad obblighi di servizio universale e il costo netto delle operazioni in assenza di tali obblighi”, precisando che “nel calcolo si terrà conto di tutti gli altri elementi, compresi i vantaggi intangibili e commerciali di cui beneficiano i fornitori di servizi postali designati per fornire il servizio universale, il diritto a realizzare profitti ragionevoli e gli incentivi per una maggiore efficienza economica”.

Da quanto detto si evince chiaramente come il costo netto OSU sia strettamente correlato all'ampiezza degli obblighi di servizio universale imposti in sede normativa e regolatoria al FSU.

Nel contesto domestico lo scenario controfattuale ipotizzato dal regolatore, sulla base delle prospettazioni di Poste Italiane, si è tradotto in una serie di modifiche del processo produttivo, che possono così sintetizzarsi:

- riduzione della frequenza di recapito (da cinque giorni a settimana a un numero inferiore differenziato a seconda del tipo di zona di recapito, segnatamente cinque giorni a settimana ad almeno il 60% della popolazione

nazionale e un servizio di recapito a giorni alterni, non inferiore a tre giorni a settimana, nei restanti comuni italiani)¹³³;

- riduzione della struttura di smistamento (composta da Centri di Meccanizzazione Postale, da Centri Prioritari e da centri secondari) in ragione della possibilità di rinunciare al raggiungimento dello SLA J + 1 (J indica il giorno di accettazione + i giorni lavorativi entro i quali deve pervenire l'invio al destinatario) imposto dagli OSU;

- riduzione della struttura di trasporto, con la soppressione dell'impiego di vettori aerei indispensabili per il raggiungimento dello SLA J + 1;

- drastica riduzione della struttura di raccolta (uffici postali e cassette di impostazione), che dagli attuali 14.000 uffici postali¹³⁴ passerebbe a una rete di

¹³³ L'AGCom nel determinare il livello ottimale di frequenza del recapito in assenza di obblighi di servizio universale ha ritenuto attendibili le indicazioni provenienti da uno studio di B. ROY – C. BORSENBURGER – D. JORAM – C. MAGRE, *Cross-country comparisons of optimal mail delivery frequency*, in *Heightening Competition in the Postal and Delivery Sector*, M.A. Crew und P.R. Kleindorfer, Edwar Elgar, 2010, 235, ove si è sostenuto che in Italia la frequenza ottimale a livello nazionale del recapito sarebbe compresa tra le tre e le cinque volte alla settimana. Anche da un'analisi comparata condotta dall'ERGP, *Net Cost Calculation and Evaluation of a Reference Scenario*, 2012, risulta che i Paesi europei che hanno adottato uno scenario controfattuale per il calcolo del costo netto del servizio universale hanno ipotizzato una riduzione della frequenza di recapito dell'operatore NFSU comunque non inferiore alle due/tre volte a settimana anche nelle aree geografiche marginali. Si segnala, inoltre, che nello studio COPENHAGEN ECONOMICS, *Costo e ambito di applicazione dell'OSU italiano, 2010*, si è evidenziato che "attualmente in Italia l'OSU richiede solo cinque giorni di consegna, ma Poste Italiane consegna sei giorni a settimana in gran parte del Paese (COPENHAGEN ECONOMICS, (2010), *Main Developments in the Postal Sector 2008-2010*). Questo indica come Poste Italiane riceva un incentivo per mantenere la distribuzione a sei giorni la settimana per ragioni commerciali, almeno per alcune zone".

¹³⁴ In verità sovrabbondanti rispetto al conseguimento degli standard imposti dal D.M. del Ministero dello Sviluppo Economico 7 ottobre 2008 (c.d. decreto Scajola). Secondo quanto riferito dalla stessa Poste Italiane in sede regolatoria gli obblighi di Servizio Universale potrebbero essere assolti anche con una rete di 11.800 uffici postali. Sulla base di queste

circa 4.500 uffici, identificata quale rete efficiente (prendendo come modello di riferimento la rete di un operatore di servizi bancari e finanziari);

- cessazione dei servizi di consegna dei pacchi ordinari (offerti da P.I. a un prezzo inferiore sia rispetto ai prodotti a portafoglio non universali, sia rispetto all'offerta dei principali *competitor*).

Una volta definito lo scenario controfattuale si sono analizzati i costi dello scenario fattuale al fine di depurare le analisi dai costi inefficienti e da quelli comunque non imputabili all'adempimento degli obblighi di servizio universale. In tale sede è emerso che ogni singolo addetto di Poste Italiane recapita circa la metà della corrispondenza di un addetto di *Deutsche Post* e *Royal Mail* e circa tre volte di meno di un addetto di *PostNL*¹³⁵, con la conseguenza che il costo unitario dell'invio di una lettera di Poste Italiane risulta significativamente più elevato rispetto agli altri operatori, con una

evidenze sembra potersi dubitare dell'imputabilità dei relativi costi agli OSU. Il dimensionamento delle rete, proprio per la sua sovrabbondanza, appare infatti il frutto di scelte imprenditoriali non condizionate da vincoli regolatori. Del resto, non può dimenticarsi che la rete *de qua* viene impiegata da Poste Italiane anche per finalità estranee al settore postale. Negli uffici postali vengono commercializzati, infatti, prodotti bancari, assicurativi, telefonici, nonché altri prodotti postali non ricadenti nel servizio universale. Sicché il mantenimento della rete dei 14.000 uffici postali potrebbe risultare una scelta efficiente pur in assenza di OSU, anche grazie alle economie di gamma. In senso analogo cfr. anche COPENHAGEN ECONOMICS, *Costo e ambito di applicazione dell'OSU italiano, 2010*, ove si è evidenziato che "è da ritenere improbabile che Poste Italiane rinunci alla maggior parte degli uffici postali in perdita in assenza dell'OSU. Le principali osservazioni a sostegno di questo giudizio sono due: primo, ad oggi non esistono richieste formali circa l'averne un certo numero di uffici postali all'interno dell'OSU. Per questo motivo è probabile che Poste Italiane prediliga il numero attuale di uffici soprattutto per ragioni commerciali, ossia perché il numero complessivo degli uffici è vantaggioso. Secondo, gli uffici postali offrono altri servizi oltre a quelli postali, in particolar modo bancari e assicurativi. Chiudere un ufficio postale implicherebbe la perdita delle entrate degli altri servizi, oltre a perdite più pesanti nei servizi postali. Ne consegue che il costo netto degli uffici postali è probabilmente molto inferiore rispetto al costo lordo, forse persino nullo".

¹³⁵ Cfr. AGCom, Delibera n. 412/14/CONS, cit. par. 357.

differenza tale da non poter essere giustificata dalle differenze demografiche e territoriali dell'Italia rispetto alla Germania, al Regno Unito e all'Olanda¹³⁶. A fronte di livelli di produttività modesti è, altresì, emerso che il costo del lavoro degli addetti al recapito di Poste Italiane si colloca ai livelli più alti tra quelli previsti dalle tabelle ministeriali sul costo del lavoro, redatte sulla base dei contratti collettivi conclusi tra le associazioni sindacali comparativamente più rappresentative. I maggiori livelli retributivi degli addetti al servizio postale sono risultati pertanto il frutto di libere scelte aziendali di Poste Italiane e non in linea con i costi di un operatore efficiente soggetto a costi del lavoro più contenuti¹³⁷.

Sembra quindi empiricamente confermato il teorema di Stiglitz, secondo cui i dirigenti di industrie con poca concorrenza sono più compiacenti verso le rivendicazioni salariali dei dipendenti e ciò non perché gli aumenti siano giustificati da una maggiore produttività dei lavoratori, ma perché la minor conflittualità sindacale rende più facile il loro compito¹³⁸.

L'impatto di questi costi inefficienti (come tali non imputabili agli obblighi di servizio universale) non è stato esplicitato dal Regolatore, ma appaiono di rilievo sicuramente significativo considerata l'elevata incidenza del costo del lavoro sui costi totali (Poste Italiane dichiara che nel proprio processo produttivo l'incidenza del costo del lavoro rispetto ai costi totali sia pari al 63%)¹³⁹.

¹³⁶ Cfr. AGCom, Delibera n. 412/14/CONS, cit. par. 358.

¹³⁷ Cfr. AGCom, Delibera n. 412/14/CONS, cit. par. 359.

¹³⁸ Cfr. J. E. STIGLITZ, *The Economic Role of the State*, Oxford, 1989, trad. it. a cura di M. Da Rin, Bologna, 1992, 97, nota 29.

¹³⁹ Il dato viene riferito sempre nella delibera AGCom, n. 412/14/CONS, cit. par. 448.

I passaggi successivi, propedeutici alla quantificazione dei trasferimenti, sono quelli del calcolo della remunerazione del capitale impiegato per l'adempimento degli OSU (nel caso di specie individuato in un EBIT *Margin* dell'11%)¹⁴⁰ e la stima dei ricavi che l'operatore perderebbe nello scenario controfattuale (NFSU), a seguito: della rimodulazione degli SLA in termini di riduzione della frequenza e della velocità del recapito (Poste Italiane, peraltro, è l'unico operatore in Italia in grado di recapitare una lettera entro il giorno successivo a quello di consegna¹⁴¹ e la rinuncia a questo livello di *performance* potrebbe agevolare la concorrenza degli altri operatori sulla clientela particolarmente sensibile alla velocità del recapito); della riduzione della rete degli uffici postali; dell'esclusione dell'esenzione IVA su tutti i prodotti postali (con conseguente incremento del livello dei prezzi) e dell'eliminazione del regime di esclusiva sui prodotti ancora in riserva (atti giudiziari e notifiche delle violazioni del codice della strada).

L'ultimo segmento della complessa analisi volta a quantificare il costo netto del servizio universale è quello della stima del valore dei vantaggi intangibili e commerciali connessi all'espletamento del servizio universale (ai fini della relativa decurtazione). Nell'ultima applicazione disponibile l'Autorità di regolamentazione ha considerato le implicazioni connesse: a) alla fedeltà al marchio¹⁴²; b) alle occasioni di contatto¹⁴³; c) alle potenzialità da *first mover*¹⁴⁴; d) all'uso diversificato della rete di accesso.

¹⁴⁰ Cfr. AGCom, Delibera n. 412/14/CONS, cit. par. V217.

¹⁴¹ Come emerso anche in sede regolatoria, cfr. AGCom, Delibera n. 412/14/CONS, cit. par. 531.

¹⁴² Cfr. AGCom, Delibera n. 412/14/CONS, cit. par. 509, inteso come "il vantaggio che esiste se, e nella misura in cui, i cittadini attribuiscono un valore anche al servizio sociale prestato

Pur se astrattamente individuati, la stima in concreto del peso economico dei vantaggi intangibili e commerciali non è ancora svolta mediante metodologie consolidate, tanto da indurre la stessa Autorità di regolazione a ritenere ancora necessari ulteriori approfondimenti (di fatto non espletati in fase di determinazione dei trasferimenti in favore del FSU), in particolare per stimare in modo attendibile la valorizzazione legata ai vantaggi da *first mover* e da pubblicità¹⁴⁵. Su quest'ultimo aspetto, peraltro, è emerso in sede regolatoria come le spese di pubblicità e di promozione di Poste Italiane appaiano, in proporzione al proprio fatturato, sensibilmente meno consistenti rispetto a operatori bancari di dimensioni comparabili (con un differenziale stimato in oltre duecento di milioni di euro l'anno)¹⁴⁶ e ciò sembrerebbe potersi ascrivere alla forza del *brand*, sostenuta, quantomeno in parte, dalla capillare rete di uffici e persone propedeutica all'erogazione dei servizi ricadenti nell'OSU¹⁴⁷.

dall'operatore fornitore del servizio universale e che si traduce in scelte economiche dei consumatori influenzate da un marchio la cui importanza è determinata in larga misura dagli obblighi del servizio universale”.

¹⁴³ Cfr. AGCom, Delibera n. 412/14/CONS, cit. par. 518, connesso al “beneficio pubblicitario effettivo o potenziale attraverso l'enorme disponibilità di immobili, mezzi e personale diffusi sul territorio nazionale, il cui *brand* è riconoscibile. L'operatore, infatti, può ottenere dei vantaggi intangibili dalla pubblicità operata tramite l'esposizione, su tutto il territorio nazionale, del logo che lo contraddistingue sugli uffici postali, sui mezzi di trasporto aerei e su gomma nonché sul personale. Inoltre, Poste italiane può sfruttare le occasioni di contatto pubblicitarie attraverso l'uso interno degli uffici postali per le comunicazioni di mercato”.

¹⁴⁴ Cfr. AGCom, Delibera n. 412/14/CONS, cit. par. 525, legate “alle potenzialità di una rete di recapito capillarmente diffusa sul territorio nazionale ed in grado di diversificare i servizi offerti”, conseguiti, ad esempio, nelle vendite delle SIM PosteMobile veicolate principalmente grazie alla disponibilità della rete degli uffici postali.

¹⁴⁵ Cfr. AGCom, Delibera n. 412/14/CONS, cit. par. V275.

¹⁴⁶ Le stime sono state elaborate da Nexive S.p.a. in sede regolatoria e riportate nella delibera AGCom, n. 412/14/CONS, cit., par. V259.

¹⁴⁷ Cfr. AGCom, Delibera n. 412/14/CONS, cit. par. V257.

Tuttavia, i pur considerevoli vantaggi conseguenti alla disponibilità della rete sono stati ritenuti insufficienti dall’Autorità di regolazione a compensare il costo netto del servizio universale, qualificato comunque iniquo e pertanto suscettibile di ripianamento a carico della fiscalità generale mediante trasferimenti di risorse statali (707,9 milioni di euro per il biennio 2011/2012).

Del resto, l’indeterminatezza del requisito dell’iniquità dell’onere¹⁴⁸ – il cui positivo accertamento è indispensabile per l’attivazione dei meccanismi di compensazione del costo netto¹⁴⁹ – lascia alle autorità di regolazione nazionali ampi margini di discrezionalità nelle relative determinazioni.

La giurisprudenza della Corte di Giustizia ha offerto indicazioni scarse, ma ha comunque specificato che “*a burden which, for each undertaking*

¹⁴⁸ Constatata anche nello studio FRONTIER ECONOMICS, *Study on the principles used to calculate the net costs of the postal USO, A report prepared for the European Commission*, 2013, 125, ove si segnala che “*the Directive does not specify what constitutes an unfair financial burden and how to identify it*” e si propongono cinque criteri: “*Criterion 1 Absolute net cost of the USO; Criterion 2 Absolute level of the USP’s profits; Criterion 3 Absolute net cost of the USO relative to USP’s turnover; Criterion 4 Absolute USP’s profit relative to competitor’s profit; Criterion 5 Relative difference to competitors profit levels; Combinations of criteria, mix of criteria 1 to 5*”. In letteratura si veda anche il contributo di: C. JAAG, *What is an Unfair Burden? Compensating the Net Cost of Universal Service Provision*, in *Review of Network Economics*, 2011, 10(3), Article 7.

¹⁴⁹ Cfr., in questo senso, Corte di Giustizia, 6 ottobre 2010, causa C-222/08, *Commissione europea/Regno del Belgio*, che ha accertato l’infrazione da parte del Belgio degli obblighi discendenti dalla terza direttiva postale, sia in ragione della mancata computazione nel calcolo del costo netto della fornitura della componente sociale del servizio universale dei vantaggi commerciali che traggono le imprese alle quali spetta tale fornitura (e in particolare i vantaggi intangibili), sia in quanto non è stato effettuato un esame specifico del costo netto rappresentato dalla fornitura del servizio universale per ciascun operatore interessato e dell’insieme delle caratteristiche a lui proprie, quali la qualità delle sue attrezzature, la sua situazione economica e finanziaria e la quota di mercato, constatando in maniera generica, sulla base del calcolo dei costi netti del fornitore del servizio universale (che in precedenza era l’unico fornitore di tale servizio), che tutte le imprese alle quali spetta la fornitura di detto servizio sono soggette ad un onere iniquo.

*concerned, is excessive in view of the undertaking's ability to bear it, account being taken of all the undertaking's characteristics, in particular the quality of its equipment, its economic and financial situation and its market share*¹⁵⁰.

Il riferimento alle quote di mercato è stato valorizzato anche nello studio BEREC (Body of Regulators of Electronic Communications) giunto alla conclusione secondo cui *“if a USP has over 80% market share (according to revenue), then its net cost of the USO would not be deemed unfair”*¹⁵¹.

Conclusioni queste che, ove applicate anche dall’Autorità di regolazione nazionale, avrebbero dovuto portare ad azzerare le compensazioni in favore di Poste Italiane S.p.a. viste le quote di mercato mantenute dalla Società anche a seguito della liberalizzazione; e ciò senza considerare valutazioni ulteriori (emerse in sede regolatoria ma ritenute non condivisibili dall’AGCom) sulla necessità di prendere in considerazione ai fini della valutazione della sostenibilità degli oneri connessi all’espletamento del servizio universale anche i proventi delle altre attività commerciali svolte (almeno in parte) mediante la medesima infrastruttura, che permetterebbero a Poste Italiane S.p.a. e ancor di più al gruppo Poste Italiane S.p.a. di sopportare gli OSU senza alcuna misura di finanziamento esterna¹⁵².

¹⁵⁰ Cfr. Corte di Giustizia, 6 ottobre 2010, causa C-222/08, cit.

¹⁵¹ BEREC, *Report on Universal Service – reflections for the future*, BoR (10) 35, 2010.

¹⁵² Come comprovato anche dall’ammontare degli utili maturati nei due anni di riferimento (2011 e 2012) da Poste Italiane S.p.a. – pari a 698,5 milioni di euro nel 2011 e pari a 722, 2 milioni di euro nel 2012 – e dal Gruppo Poste Italiane, che ha chiuso l’esercizio 2011 con utili pari a 846,3 milioni di euro e l’esercizio 2012 con utili pari a 1.032,4 milioni di euro. Dati tratti da POSTE ITALIANE, *Relazione finanziaria annuale 2013*, in www.poste.it.

La radicale soppressione di qualsiasi forma di compensazione in favore dell'ex monopolista non costituirebbe peraltro una misura particolarmente drastica se confrontata con altre esperienze europee.

Emblematico in questo senso è il caso tedesco, considerato dal regolatore spagnolo il *benchmark* di riferimento anche per la qualità dei servizi erogati¹⁵³, dove non solo non sono stati attivati meccanismi di compensazione, ma addirittura non si è proceduto ad alcuna designazione di uno o più fornitori del servizio universale.

La normativa tedesca autorizza l'autorità nazionale di regolazione a intervenire solo in via sussidiaria qualora si verifichi una falla nell'erogazione dei servizi da parte delle forze di mercato in una determinata area o rispetto a specifiche circostanze. Solo in presenza di "fallimenti del mercato" l'autorità di regolazione può procedere con una designazione o mediante l'affidamento (con gara) di un appalto pubblico¹⁵⁴. Finora, tuttavia, l'Autorità di regolazione tedesca ha concluso che *Deutsche Post* (ex monopolista) e gli altri operatori postali stanno fornendo spontaneamente il servizio universale nel perseguimento del proprio interesse commerciale, ritenendo pertanto non necessaria alcuna designazione o affidamento di appalti pubblici¹⁵⁵.

¹⁵³ Cfr. COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA, *The new regulatory framework for the traditional postal sector in Spain*, 2011, 91 dove si legge che la normativa postale tedesca rappresenta: "a benchmark for the rest of the EU countries" e si nota come in Germania pur non essendo stato designato alcun fornitore del servizio universale l'utenza gode di servizi universali di alta qualità con tariffe che tendono progressivamente a ridursi.

¹⁵⁴ Cfr. WIK CONSULT, *Main Developments in the Postal Sector (2010-2013) Final Report*, 2013, 135.

¹⁵⁵ Cfr. WIK CONSULT, *Main Developments in the Postal Sector (2010-2013) Final Report*, *ibidem*.

Peraltro, la legge tedesca prevede anche che l’Autorità di regolazione possa imporre prezzi e vigilare sulla contabilità (anche mediante controlli volti a favorire la concorrenza) del fornitore dominante (*Deutsche Post*) pur se lo stesso non sia stato designato come fornitore del servizio universale¹⁵⁶.

Nello studio *Wik Consult* inoltre si evidenzia che la maggior parte degli Stati membri potrebbero invocare le forze di mercato per la fornitura di un livello base di servizio universale. Salvo talune eccezioni, tra cui non figura l’Italia, il rischio che vi siano persone prive di un servizio universale sembra limitato a porzioni estremamente ridotte della popolazione. Sempre secondo lo studio citato la percentuale di popolazione italiana che rischierebbe di essere esclusa dalle attività di recapito si approssima allo 0%¹⁵⁷.

Anche in altri studi sul mercato postale italiano si era giustamente segnalato come fosse molto improbabile che l’*incumbent* rinunciassse alla copertura totale del territorio anche in assenza degli obblighi di servizio universale, visto che i maggiori clienti di Poste Italiane (banche, compagnie assicurative, fondi pensioni, etc.) richiedono una distribuzione su scala nazionale in ragione della collocazione geografica della loro clientela. Si è osservato che “se Poste Italiane cessasse di offrire la consegna sull’intero territorio nazionale, i maggiori clienti cercherebbero alternative, o rivolgendosi ai concorrenti o usando altri mezzi di distribuzione. La consegna sull’intero territorio nazionale è anche una qualità importante e un parametro peculiare che distingue Poste Italiane da tutti gli altri concorrenti”. Poiché la consegna

¹⁵⁶ Cfr. WIK CONSULT, *Main Developments in the Postal Sector (2010-2013) Final Report*, cit., *ibidem*.

¹⁵⁷ Cfr. WIK CONSULT, *Main Developments in the Postal Sector (2010-2013) Final Report*, cit., 136.

sull'intero territorio nazionale è una caratteristica distintiva di un operatore affidabile, Poste Italiane trae beneficio in tutte le altre sue aree di attività dal capillarità della propria rete. Sicchè può dirsi che “effettuare la consegna sull'intero territorio nazionale aumenta i profitti nelle altre aree di attività”¹⁵⁸

È bene evidenziare che le presunzioni operate in questi studi hanno trovato un'importante conferma nella rappresentazione dello scenario controfattuale che la stessa Poste Italiane ha prospettato in sede regolatoria ai fini del calcolo del costo netto dell'OSU, ove, pur avendo ipotizzato una drastica riduzione degli uffici postali (propedeutici alla raccolta), non ha immaginato di ridurre la rete di recapito (rinunciando a ulteriori risparmi), assumendo implicitamente che non sia commercialmente conveniente escludere dalle aree di copertura del servizio di recapito alcuna fascia della popolazione, anche marginale.

Ad ogni modo, sembra auspicabile quantomeno una ridefinizione in senso riduttivo del perimetro del servizio universale, che andrebbe limitato ai servizi funzionali al raggiungimento di esigenze di inclusione sociale rivolti ai consumatori che, per ragioni di marginalità geografica o di povertà, rischiano di essere esclusi dalla fruizione del servizio.

Simili esigenze non si ravvedono evidentemente con riguardo al mercato degli invii multipli (di posta ordinaria e registrata)¹⁵⁹, la cui domanda è generata per lo più da grandi e medie imprese (oltre alla P.A.) dotate di un significativo

¹⁵⁸ COPENHAGEN ECONOMICS, *Costo e ambito di applicazione dell'OSU italiano*, 2010.

¹⁵⁹ Utilizzando la nomenclatura dei prodotti offerti da Poste Italiane S.p.a. nella categoria degli invii multipli di posta ordinaria vanno ricomprese: la posta prioritaria Pro, la posta massiva e la posta certificata; mentre nella categoria degli invii multipli di posta registrata vanno ricomprese: la raccomandata Pro e la raccomandata Smart.

potere contrattuale esercitabile in un contesto dove sussistono vivaci dinamiche concorrenziali, che renderebbero superflua la conservazione di obblighi di servizio universale, già soppressi in molti altri paesi dell'Unione, tra cui l'Olanda, l'Austria, il Belgio, la Norvegia e la Svezia¹⁶⁰. Allo stesso modo appare che l'imposizione a carico del FSU di *standard* di velocità di recapito particolarmente stringenti (quali il $j + 1$) non sia effettivamente rispondente a un bisogno della domanda, anche in considerazione della scarsa propensione a corrispondere un prezzo più elevato per ricevere una classe di servizio che preveda il recapito entro il giorno successivo all'accettazione dell'invio¹⁶¹.

L'eventuale riduzione del set di obblighi del servizio universale avrebbe inoltre l'effetto di ridurre i servizi resi in regime di esenzione IVA ed evitare che lo Stato continui a finanziare le perdite del servizio universale a beneficio dei clienti *business*.

¹⁶⁰ Cfr. in questo senso anche AGCom, delibera n. 728/13/CONS, cit, par. 224, che esprime le medesime perplessità anche con riguardo alla posta assicurata, sollevando interrogativi sulla utilità di ricomprendere all'interno del set di obblighi del servizio universale anche la posta assicurativa (par. 60). Ritiene opportuno escludere la *bulk mail* dal perimetro del servizio universale anche sulla base delle esperienze dei Paesi citati nel testo V. VISCO COMANDINI, *I convitati di pietra del caso TNT Post Italia/Pi. Il perimetro del servizio universale, il mercato rilevante, la definizione di rete postale*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2013, 1, 220.

¹⁶¹ Cfr. in questo senso anche AGCom, delibera n. 728/13/CONS, cit, par. 166. L'AGCom, peraltro, ha recentemente avviato una consultazione pubblica sulle esigenze degli utenti (che dovrebbe concludersi entro la fine di Gennaio 2015). Cfr. AGCom, delibera 17 luglio 2014, n. 364/14/CONS, recante: "Avvio dell'indagine conoscitiva – Servizio universale postale: esigenze degli utenti e possibili scenari evolutivi".

3. I sussidi incrociati (legittimi e illegittimi)

I sussidi incrociati sono in qualche modo connaturati alla gestione del servizio universale e rappresentano un corollario pressoché inevitabile dell'imposizione di tariffe postali (per gli invii singoli) geograficamente uniformi¹⁶².

Si possono registrare almeno tre forme di sussidi che sorreggono i servizi erogati dal Fornitore del servizio universale italiano.

Vi sono innanzitutto sussidi incrociati tra diversi prodotti postali (alcuni offerti in perdita e altri remunerativi) e sussidi tra invii postali destinati ad aree geografiche in perdita e invii destinati ad aree geografiche remunerative¹⁶³. Questi ultimi sussidi sono quelli più a rischio nel contesto liberalizzato, in ragione dei fenomeni di *cream skimming*, legati alla propensione degli operatori privati (liberi dai vincoli dell'OSU) a offrire i propri prodotti solo nelle aree remunerative, lasciando al fornitore del servizio universale le aree in perdita, non più compensate dagli extraprofiti assicurati dalla rendita monopolistica garantita dalle aree a più alta densità abitativa¹⁶⁴.

¹⁶² Uniformità tariffaria criticata da Ronald Coase già nel lontano 1939. Cfr. R. COASE, *Rowland Hill and the Penny Post*, in *Economica*, 1939, 6, 1.

¹⁶³ Nella letteratura economica il tema è stato affrontato, tra gli altri, da W. BAUMOL, *Having your Cake: How to Preserve Universal Service Cross Subsidies while Facilitate Competitive Entry*, cit.; M. ARMSTRONG, *Access Pricing, Bypass and Universal Service*, cit., 297.

¹⁶⁴ Sul tema cfr. B. SPADONI, *Profili regolatori: l'esperienza del NARS*, in *Economia e regolazione delle reti postali. Globalizzazione, innovazione tecnologica e servizio universale*, a cura di V. Visco Comandini, Roma, 2008, 303, che nota come il fenomeno risulti aggravato dalla struttura dei costi del servizio postale e dall'articolazione degli stessi distinguibili in “costi di recapito (prevalentemente fissi) e costi di smistamento (prevalentemente variabili)”, sicché “è possibile verificare che l'elasticità del costo totale è molto diversa a seconda dei volumi *pro capite*: molto elevata per invii *pro capite*/anno fino a 150-200 invii, poi progressivamente decrescente fino a quasi annullarsi sopra i 400 invii. Ciò comporta che la vulnerabilità alla

Poste Italiane S.p.a. anche nel corso dell'ultima procedura di regolazione volta a definire i nuovi livelli tariffari (*rectius* le tariffe massime) dei servizi ricadenti nel servizio universale ha dichiarato che i servizi degli invii singoli di posta prioritaria e posta raccomandata sono in perdita¹⁶⁵, assumendo quindi che le tariffe siano insufficienti a ricoprire i costi.

Le perdite, tuttavia, non sembrano del tutto ripianate né dagli altri prodotti postali, né dai trasferimenti diretti disposti dallo Stato con l'operazione di finanziamento del costo netto dell'OSU.

Una quota delle perdite del settore postale viene, infatti, ripianata mediante sussidi incrociati derivanti dai proventi di altre attività economiche gestite dal Fornitore del servizio universale, in particolare dalla divisione Bancoposta. Secondo quanto riferito in uno studio, i profitti conseguiti dalla

liberalizzazione è molto differente: scarsamente avvertita per alti volumi, molto acuta per i riflessi sui costi unitari, per bassi volumi. Ciò che rileva, dunque, è la quota di costi fissi, che non si presenta analoga tra gli operatori ma in relazione inversa rispetto ai volumi *pro capite*". Si è inoltre osservato che poiché l'Italia presenta un livello di domanda di servizi postali tra i più bassi di Europa, ciò espone il Fornitore del Servizio Universale domestico a un più elevato rischio di insostenibilità economica del servizio universale in presenza di fenomeni di "scrematura". Sull'elasticità di costo nei servizi postali cfr. R. COHEN – C. MC BRIDE, *Implications of declining mail volumes on the financial sustainability of the US Postal Service and other Posts*, Washington, 2012; R. COHEN – M. ROBINSON – G. SCARFIGLIERI – R. SHEEHY – V. VISCO COMANDINI – J. WALLER – S. XENAKIS, *The role of scale economies in the cost behavior of posts*, in A. Dieke – A. Niederprum, *Regulating Postal Markets – Harmonised Versus Country-specific Approaches, Paper presented at the Konigswinter Seminar*, 16 - 18 February 2004, WIK PROCEEDINGS n. 11, ove si spiega che l'elasticità dei costi nei servizi postali è funzione della dimensione del mercato nazionale. Negli studi citati si dimostra che al crescere dei volumi v'è un incremento della percentuale dei costi variabili rispetto ai costi fissi. La tendenza alla riduzione dell'impiego dei servizi postali (anche in ragione dei fenomeni di sostituzione elettronica) determina quindi un incremento dell'incidenza dei costi fissi, atteso che questi crescono percentualmente rispetto a quelli variabili al decrescere dei volumi gestiti dall'operatore.

¹⁶⁵ Cfr. AGCom, delibera 728/13/CONS, par. 151.

divisione Bancoposta servirebbero a ripianare circa un terzo del deficit generato dal servizio universale¹⁶⁶. In altra ricerca relativa ai dati contabili del 2009, si è invece stimato che i sussidi incrociati provenienti da servizi non postali coprano una quota ancora più consistente, pari a circa la metà (più precisamente il 49,6%) del costo netto dell'OSU¹⁶⁷.

Le distorsioni prodotte sul mercato da questo genere di sussidi sono piuttosto evidenti¹⁶⁸. Il livello dei prezzi dei prodotti postali dell'operatore

¹⁶⁶ Cfr. V. VISCO COMANDINI, *Il settore postale: liberalizzazione e servizio universale*, in *I nodi delle reti*, cit., 410, che giunge a questa stima sulla base dei dati derivanti dalla separazione contabile 2007 e dal Contratto di programma 2006-2008.

¹⁶⁷ Cfr. V. VISCO COMANDINI – F. MAZZARELLA, *Regolazione e concorrenza nel mercato postale italiano*, in *Mercato concorrenza regole*, 2010, 545. Nello studio si stima che nel 2009 l'ammontare dei sussidi incrociati provenienti da servizi non postali sia stato pari a 367 milioni di euro, che sommati ai trasferimenti statali per OSU pari a 372 milioni di euro hanno consentito di finanziare il costo netto della relativa annualità (pari complessivamente a 739 milioni di euro).

¹⁶⁸ Ritene che l'utilizzo dei profitti di Bancoposta per finanziare il servizio universale sia misura efficace ma impropria B. SPADONI, *La regolazione per promuovere il mercato nel settore postale*, in *Economia Pubblica*, 2002, n. 4, 125. Nello stesso senso cfr. V. VISCO COMANDINI – F. MAZZARELLA, *Regolazione e concorrenza nel mercato postale italiano*, cit., 541, ove si riprendono gli studi di G. FAULHABER, *Cross-subsidization pricing in public enterprise*, in *American Economic Review*, vol. 65, 996 in cui si dimostra che nei monopoli multiprodotto i sussidi incrociati sono inevitabili, perché diverse possono essere le condizioni di domanda e costi, così che il fornitore nazionale non ha alcun interesse ad avvicinare prezzi e costi di tutti i prodotti. Nel citato contributo di Visco Comandini e Mazzarella si segnala che questa tendenza è agevolmente riscontrabile nei servizi postali “dove da sempre i profitti ottenuti col recapito nelle aree urbane compensano le perdite subite in quelle a bassa densità abitativa, e il sussidio incrociato geografico è giustificabile da ragioni di tipo redistributivo, nell'ipotesi, peraltro non sempre vera, che i più abbienti risiedano nei centri urbani e i meno ricchi nelle aree rurali. Invece, i sussidi incrociati fra prodotti, se presenti, non hanno alcuna giustificazione sociale, perché favoriscono alcuni specifici interessi industriali, beneficiari del prodotto sussidiato, a danno dei consumatori finali che, almeno in teoria, dovrebbero essere i fruitori del servizio universale e ne sono esclusi” [...] “un'efficace regolazione imporrebbe di risolvere, o quanto meno ridurre di ampiezza questa anomalia, creando così un effettivo *playing level field*, in cui i prezzi dei servizi, pur non necessariamente fissati col medesimo margine (ma

sussidiato risulta evidentemente più basso di quanto non consentirebbe la situazione di mercato, producendo inevitabilmente degli effetti escludenti.

Si è inoltre segnalato come la pratica dei sussidi incrociati possa ostacolare l'annunciato percorso di privatizzazione sostanziale dell'operatore dominante, trattandosi di misure che potrebbero non trovare l'assenso degli azionisti privati¹⁶⁹.

Nonostante gli evidenti effetti distorsivi, la normativa europea consente l'utilizzo di sussidi incrociati per il finanziamento dell'OSU.

Tanto si evince dal considerato n. 27 della direttiva 2008/6/CE, che riconosce agli Stati membri la possibilità di dar luogo a meccanismi di compensazione permettendo, ove necessario, che i profitti derivanti da altre attività del fornitore del servizio universale (non rientranti in tale servizio), siano assegnati, in tutto o in parte, al finanziamento dei costi netti del servizio

ad esempio secondo la regola di Ramsey), siano però tutti sostenibili, e proibita la totale svendita sottocosto finanziata da altri prodotti. Il suo mantenimento distorce il mercato postale in due diversi modi: i) incentiva Poste Italiane, che realizza profitti nel settore finanziario e assicurativo e perdite in quello postale, a mantenere prezzi sottocosto per i prodotti che hanno elevato impatto elettorale sui loro beneficiari, e ii) i prezzi politici funzionano da insormontabile barriera all'entrata per la concorrenza, che non può contare su un finanziamento esterno, di entrare nel mercato di questi prodotti sussidiati”.

¹⁶⁹ Cfr. B. SPADONI, *La regolazione per promuovere il mercato nel settore postale*, in *Economia Pubblica*, cit.. Analogamente cfr. V. VISCO COMANDINI – F. MAZZARELLA, *Regolazione e concorrenza nel mercato postale italiano*, cit., 552, ritengono che questo sistema di sussidi impedirebbe, per definizione, la privatizzazione di Poste Italiane e suggeriscono una riforma del meccanismo di finanziamento del costo dell'OSU, in cui viene mantenuto, in un ammontare più ridotto, il trasferimento statale, accompagnandolo da una riorganizzazione del fondo di compensazione assoggettando nuovi soggetti al suo contributo e ricomprendendovi Bancoposta e Poste Vita, che vi contribuirebbero in modo esplicito e preponderante in qualità di primi beneficiari della rete postale universale. Nel modello ipotizzato dagli Autori verrebbero inoltre sottoposte a prelievo tutte le imprese (compresa la stessa Poste Italiane) che recapitano in ambito urbano i servizi di posta non indirizzata e quelli di recapito locale a valore aggiunto, poiché “in rapporto di complementarità e/o sostituzione rispetto ai servizi postali universali”.

universale, specificandosi tuttavia che tali pratiche devono pur sempre risultare conformi al Trattato.

Invero, qualche dubbio di conformità rispetto al Trattato sembra potersi profilare con riguardo ai proventi legati alle attività finanziarie e di raccolta del risparmio che Poste Italiane S.p.a. svolge in favore di altri organismi di diritto pubblico¹⁷⁰.

La Commissione UE condannò Poste Italiane S.p.a. in ragione della misura della remunerazione riconosciuta alla società nella raccolta del risparmio mediante conti correnti sui depositi presso il Ministero dell'Economia e delle Finanze (ai sensi dell'art. 1, comma 31 della Legge 23 dicembre 2005 n. 266 "Legge Finanziaria 2006") sulla base di quanto previsto dalla convenzione del 23 febbraio 2006. Nella decisione la Commissione evidenziò che sia le modalità di determinazione, sia il livello di fluttuazione dei parametri di riferimento risultavano superiori a quelli conseguibili da un "mutuatario privato" e ritenne configurabili degli aiuti di Stato¹⁷¹. A distanza di cinque anni dalla decisione si è poi pronunciato il Tribunale UE (su ricorso proposto da Poste Italiane) che ha

¹⁷⁰ Su questione diversa, che presenta tuttavia taluni punti di contatto, cfr. Corte di Giustizia UE, 3 aprile 2014, C-559/12 Repubblica Francese/Commissione, che ha confermato la condanna per aiuti di Stato disposta dalla Commissione nei confronti della Francia in riferimento alla garanzia illimitata concessa dello Stato in favore di La Poste, la cui forma giuridica esclude la possibilità di un procedimento fallimentare o di altro procedimento concorsuale. Si è ritenuto, infatti, che simili garanzie procurino un vantaggio immediato e costituiscano un aiuto di Stato, in quanto concesse senza che il loro beneficiario paghi il premio adeguato al rischio assunto dallo Stato, consentendo peraltro di ottenere per il prestito condizioni migliori di quelle conseguibili in genere sui mercati finanziari. Al punto 98 si è inoltre precisato che "esiste una presunzione semplice secondo la quale la concessione di una garanzia implicita e illimitata dello Stato in favore di un'impresa che non è soggetta ai procedimenti di amministrazione controllata e liquidazione ordinaria ha per conseguenza un miglioramento della sua situazione finanziaria dovuto all'alleggerimento degli oneri che, di norma, gravano sul suo bilancio".

¹⁷¹ Decisione della Commissione Europea C42/2006 del 16 luglio 2008.

annullato la decisione, ritenendola affetta da diversi errori di valutazione, con particolare riguardo alle analisi concernenti i livelli di rendimento assicurati a Poste Italiane S.p.a.¹⁷²

Non è stato invece affrontato il diverso problema della legittimità dell'affidamento di queste attività di interesse economico senza l'espletamento di alcuna procedura di evidenza pubblica.

La questione presenta una particolare rilevanza se si considera l'impatto economico delle attività svolte da Poste Italiane per altri organismi di diritto pubblico, relativa ai servizi di Tesoreria e a quelli di raccolta del risparmio (svolta dall'Ente Poste Italiane fin dagli anni Settanta del XIX secolo)¹⁷³.

Solo con la raccolta del risparmio postale – svolta nel triennio 2011/2013 sulla base di una convenzione siglata tra Poste Italiane e Cassa Depositi e Prestiti il 3 agosto 2011 e rinnovata nel dicembre 2014 per il quinquennio 2014-2018 – Poste Italiane S.p.a. matura ricavi per oltre 1,5 miliardi di euro l'anno.

Da quanto riferito dalla Corte dei Conti, infatti, la remunerazione riconosciuta da Cassa Depositi e Prestiti (senz'altro qualificabile come un organismo di diritto pubblico, come tale, tenuto all'applicazione del Codice dei Contratti Pubblici)¹⁷⁴ in favore di Poste Italiane S.p.a. per le attività di

¹⁷² Cfr. Tribunale, sez. VI, 13 settembre 2013, T-525/08.

¹⁷³ Per un'ampia ricerca storica sull'impiego del risparmio postale cfr. L. CONTE, *La cassa depositi e prestiti da azienda a impresa-organo del ministero del Tesoro, 1850-1913*, in M. De Cecco – G. Toniolo (a cura di), *Storia della cassa Depositi e Prestiti*, Roma-bari, 2000, 91.

¹⁷⁴ Sugli obblighi di evidenza pubblica gravanti su Cassa Depositi e Prestiti e sulla relativa natura cfr. G. TACCOGNA, *I mutui degli enti pubblici tra affidamento mediante gara e ricorso diretto alla Cassa Depositi e Prestiti*, in *Urbanistica e Appalti*, 2009, 5.

collocamento dei Buoni Postali Fruttiferi (BPF) e di raccolta sui libretti Postali è stata, solo nel 2012, pari a 1.649,1 milioni di euro¹⁷⁵.

A prescindere dai livelli della remunerazione (per ipotesi in linea con i valori di mercato e quindi non configurabili quali aiuti di Stato) occorre svolgere qualche riflessione sulle implicazioni dell'affidamento diretto in favore di Poste Italiane, senza l'espletamento di alcuna procedura di evidenza pubblica, di attività di indubbio interesse economico per importi, peraltro, così significativi.

Al riguardo si deve preliminarmente evidenziare che la categoria dei servizi finanziari è oggetto di una specifica deroga riguardo la soggezione al Codice dei Contratti Pubblici, prevista sia nell'art. 19, co. 1, lett. d) ove si menzionano tra i contratti esclusi dall'applicazione del d.lgs. n. 163/2006 i contratti "concernenti servizi finanziari relativi all'emissione, all'acquisto, alla vendita e al trasferimento di titoli o di altri strumenti finanziari", sia nell'Allegato II A, dove, in nota, viene precisato che sono esclusi i "contratti dei servizi finanziari nonché dei servizi forniti da banche centrali". Nel ventisettesimo considerando della direttiva 2004/18 si evidenzia che i servizi finanziari soggetti all'applicazione della direttiva appalti non comprendono "gli strumenti in materia di politica monetaria, tassi di cambio, debito pubblico, gestione delle riserve e di altre politiche che comportino operazioni su titoli o altri strumenti finanziari, in particolare le operazioni di approvvigionamento di denaro o capitale delle amministrazioni aggiudicatrici. Di conseguenza i contratti relativi all'emissione, all'acquisto, alla vendita o al trasferimento di

¹⁷⁵ Cfr. Corte dei Conti, Sezione del controllo sugli enti, Determinazione 6 marzo 2014, n. 13 (recante: Determinazione e relazione della Sezione del controllo sugli enti sul risultato del controllo eseguito sulla gestione finanziaria di Poste Italiane S.p.a. per l'esercizio 2012), p. 126.

titoli o di altri strumenti finanziari non sono contemplati. Sono altresì esclusi i servizi forniti dalle banche centrali”.

L’esclusione dall’ambito di applicazione del codice dei contratti non implica, tuttavia, un esonero “tombale” dal rispetto dei principi sottesi all’espletamento di procedure di evidenza pubblica. L’art. 27 del d.lgs. n. 163/2006 prevede, infatti, che il rispetto dei principi di massima partecipazione che sovrintendono all’espletamento di procedure di evidenza pubblica debba essere comunque garantito anche per l’affidamento dei servizi esclusi in tutto o in parte dall’applicazione del Codice, disponendo espressamente che l’affidamento degli stessi debba avvenire nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità. Nel rispetto di tali principi la disposizione sancisce, soprattutto, che l’affidamento di tali contratti debba essere preceduto da invito ad almeno cinque concorrenti, se compatibile con l’oggetto del contratto¹⁷⁶.

L’affidamento diretto per importi ampiamente superiori alle soglie di rilevanza europea sembra pertanto precluso anche con riguardo ai servizi di raccolta del risparmio.

¹⁷⁶ Per delle indicazioni di dettaglio sulle modalità di affidamento degli appalti esclusi in tutto o in parte dall’applicazione del Codice cfr. Commissione UE, “Comunicazione interpretativa per l’aggiudicazione degli appalti non o solo parzialmente disciplinati dalle direttive appalti pubblici”, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale della U.E. del 1° agosto 2006, n. C 179, dove, in particolare, si è ribadita l’esigenza che gli affidamenti siano preceduti da “un adeguato livello di pubblicità che consenta l’apertura degli appalti dei servizi alla concorrenza, nonché il controllo sull’imparzialità delle procedure di aggiudicazione”.

Né può ipotizzarsi che Poste Italiane S.p.a. possa beneficiare di affidamenti “*in house*”¹⁷⁷ provenienti da Cassa Depositi e Prestiti. Secondo la consolidata giurisprudenza della Corte di Giustizia il ricorso al c.d. “*in house providing*” è ammesso solo quando siano soddisfatte due condizioni. *In primis*, l’amministrazione pubblica deve esercitare sull’ente (formalmente) distinto un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e, *in secundis*, l’ente di cui trattasi deve svolgere la parte più importante della sua attività con l’ente o gli enti pubblici che lo detengono¹⁷⁸. Se il requisito del “controllo analogo” è forse ipotizzabile rispetto al MEF (il capitale di Poste Italiane è infatti posseduto per il 100% dal Ministero dell’Economia e delle Finanze, che a sua volta controlla Cassa Depositi e Prestiti), non sembra certamente riscontrabile quello della “prevalenza”, non potendosi assumere che Poste Italiane S.p.a. svolga la parte più importante della propria attività per conto dell’ente che le affida i servizi di raccolta del risparmio.

Il flusso di denaro generato dalla “domanda garantita” di servizi finanziari commissionati a Poste Italiane S.p.a., senza l’espletamento di alcuna

¹⁷⁷ Istituto che, come noto, permette la sottrazione dall’obbligo di espletamento di procedure di evidenza pubblica allorquando tra amministrazione aggiudicatrice e soggetto destinatario dell’affidamento diretto non intercorra un rapporto di terzietà, ponendosi il secondo come ente strumentale, parte della complessiva organizzazione dell’amministrazione che dispone l’affidamento. La *ratio* dell’esenzione risiede nella convinzione (maturata in sede comunitaria e domestica) che in tali vicende il rapporto tra amministrazione aggiudicatrice e destinatario dell’affidamento non sia qualificabile come contrattuale e non soggiaccia, pertanto, all’obbligo di espletamento di procedure di evidenza pubblica.

¹⁷⁸ Cfr. Corte di Giustizia UE, 18 novembre 1999, causa C-107/98, Teckal; Id., 11 gennaio 2005, causa C-84/03, Commissione/Spagna; Id., 10 novembre 2005, causa C-29/04, Commissione/Austria; Id., 11 maggio 2006, causa C-340/04, Carbotermo e Consorzio Alisei; Id., 17 luglio 2008, causa C-371/05, Commissione/Italia; Id. 10 settembre 2009, C-573/07, Sea S.r.l./Comune di Ponte Nossua.

seppur embrionale procedura di evidenza pubblica, produce a ben vedere una duplice alterazione. A monte, si agevola il posizionamento di Poste Italiane nel mercato bancario e, a valle, si offre un beneficio nelle attività postali che risultano sovvenzionate con i ricavi maturati mediante l'espletamento di attività aggiudicate senza alcun confronto concorrenziale.

4. La deroghe "ad personam" agli obblighi di separazione societaria

I sussidi sopradescritti vengono gestiti in seno ad un unico soggetto giuridico che, da un lato, eroga il servizio universale (sovvenzionato) e, dall'altro, offre prodotti postali a clienti *business* con contratti negoziati individualmente secondo logiche puramente imprenditoriali. Lo stesso soggetto, inoltre (sempre avvalendosi della medesima rete sovvenzionata con contributi pubblici), svolge l'attività di raccolta del risparmio postale, che, come visto in precedenza, finisce per sovvenzionare le perdite nella gestione del servizio universale. Se poi si allarga la visuale al Gruppo Poste Italiane la diversificazione delle attività commerciali risulta ancora più variopinta¹⁷⁹.

Quanto alla confluenza di attività interne ed esterne al perimetro del servizio universale, Poste Italiane si è adeguata al principio di separazione contabile (di cui all'art. 7 del d.lgs. n. 261/1999) e da quanto emerso anche nel

¹⁷⁹ Osserva efficacemente M. TROVATO, *Poste Italiane: la nuova IRI*, in *IBL Briefing Paper*, 2009, 71 che: "Se nel 1957 Sergio Ricossa poteva scrivere che «il vero italiano vede con occhiali Salmoiraghi (Iri), si serve di elettricità della Finelettrica (Iri), ascolta [...] programmi della Rai con dischi Cetra e pubblicità Sipra [...], telefona con l'Iri [...], affida i risparmi alle banche dell'Iri, legge giornali sostenuti dalla pubblicità Iri», si potrebbe ben sostenere che il vero italiano del 2009 spedisce con Poste, risparmia con Bancoposta e paga con Postepay, si assicura con Poste Vita, utilizza l'elettricità di Poste Energia e telefona con Poste Mobile, fa spese con Poste Shop e va a Lourdes con Mistral Air".

caso AGCM A/413 (TNT Post Italia/PI), procede al calcolo dei costi di ciascun servizio prestato distinguendo tra servizi riservati, servizi non riservati ma rientranti negli obblighi di servizio universale e servizi interamente liberalizzati¹⁸⁰.

Quanto all'attività bancaria, a seguito delle segnalazioni dell'ABI, Poste Italiane nel 2011 ha deliberato, ai sensi dell'art. 2, commi 17 *octies* e seguenti del D.L. 29 dicembre 2010, n. 225, conv. in legge 26 febbraio 2011, n. 10¹⁸¹, la

¹⁸⁰ Cfr. AGCM Decisione 14 dicembre 2011, caso A/413 – TNT Post Italia/PI, cit. Al punto 63 si specifica inoltre che “il costo da contabilità regolatoria è calcolato con il sistema dell'*activity based costing* in base al quale le risorse utilizzate per l'erogazione di un determinato servizio vengono attribuite a ciascun servizio in applicazione di parametri di varia natura quale il tempo dedicato da una determinata risorsa ad un determinato servizio”. Da quanto si evince dalla lettura del provvedimento la contabilità regolatoria individua il costo operativo per ciascun invio postalizzato con un determinato servizio postale quale sommatoria delle tre seguenti categorie di costi: i costi direttamente attribuiti al prodotto (tra cui quelli relativi a spese esterne, come l'acquisto di beni e servizi o l'outsourcing di attività), i costi diretti di produzione (concernenti le strutture di produzione divisionali che contribuiscono con proprie attività alla fornitura dei prodotti) e i costi indiretti di produzione (tra cui vengono ricompresi i costi di *staff* centrali e territoriali). Invece, il costo totale (*full cost*) è ottenuto sommando al costo operativo altre due voci di costo: “i) il costo indiretto *corporate*, vale a dire i costi rappresentativi delle attività di supporto, orientamento e controllo a livello centrale (ad es. costi medi relativi alla Direzione centrale amministrazione e controllo del servizio legale) e ii) gli oneri finanziari e l'IRAP”.

¹⁸¹ Si riporta qui di seguito il testo dei commi dell'art. 2 del D.L. 29 dicembre 2010, n. 225 relativi alla costituzione del Patrimonio BancoPosta:

“17-*octies*. Ai fini dell'applicazione degli istituti di vigilanza prudenziale con riferimento all'esercizio dell'attività di bancoposta, entro il 30 giugno 2011 Poste italiane Spa costituisce, con delibera dell'assemblea, su proposta del consiglio di amministrazione, un patrimonio destinato esclusivamente all'esercizio dell'attività di bancoposta, come disciplinata dal regolamento di cui al decreto del Presidente della Repubblica 14 marzo 2001, n. 144, per un valore anche superiore al 10 per cento del patrimonio netto della società. La deliberazione dell'assemblea determina i beni e i rapporti giuridici compresi in tale patrimonio e le regole di organizzazione, gestione e controllo del patrimonio. Il patrimonio destinato, costituito ai sensi del presente comma, è disciplinato dai commi da 17-*novies* a 17-*duodecies* e dalle norme del codice civile ivi espressamente richiamate.

costituzione del patrimonio destinato all'esercizio dell'attività di BancoPosta, assoggettando la relativa attività agli istituti prudenziali della Banca d'Italia.

Dalla relazione finanziaria 2013 di Poste Italiane S.p.a. si apprende che “il Patrimonio BancoPosta è separato a tutti gli effetti, sia dal patrimonio di Poste Italiane, sia da altri patrimoni destinati che dovessero essere eventualmente costituiti in futuro. Su tale compendio patrimoniale autonomo e

17-novies. La deliberazione dell'assemblea di cui al comma *17-octies* è depositata e iscritta ai sensi dell'articolo 2436 del codice civile. Si applica il secondo comma dell'articolo 2447-*quater* del codice civile. Decorso il termine di cui al secondo comma dell'articolo 2447-*quater* del codice civile ovvero dopo l'iscrizione nel registro delle imprese del provvedimento del tribunale ivi previsto, i beni e i rapporti giuridici individuati sono destinati esclusivamente al soddisfacimento delle obbligazioni sorte nell'ambito dell'esercizio dell'attività di bancoposta e costituiscono patrimonio separato a tutti gli effetti da quello di Poste italiane Spa e da altri eventuali patrimoni destinati. Qualora la deliberazione prevista dal comma *17-octies* non disponga diversamente, per le obbligazioni contratte in relazione all'esercizio dell'attività di bancoposta, Poste italiane Spa risponde nei limiti del patrimonio ad esso destinato. Resta salva la responsabilità illimitata della società per le obbligazioni derivanti da fatto illecito. Si applicano il secondo, terzo e quarto comma dell'articolo 2447-*quinqüies* del codice civile.

17-decies. È deliberata dall'assemblea ogni eventuale successiva modifica delle regole di organizzazione, gestione e controllo del patrimonio destinato nonché il trasferimento allo stesso di beni o rapporti giuridici compresi nel restante patrimonio di Poste italiane Spa. Si applica il comma *17-novies*.

17-undecies. Con riferimento al patrimonio destinato, Poste italiane Spa tiene separatamente i libri e le scritture contabili prescritti dagli articoli 2214 e seguenti del codice civile. I beni e i rapporti compresi nel patrimonio destinato ai sensi del comma *17-octies* sono distintamente indicati nello stato patrimoniale della società. Si applica l'articolo 2447-*septies*, commi secondo, terzo e quarto, del codice civile. Il rendiconto separato è redatto in conformità ai principi contabili internazionali. L'assemblea di cui all'articolo 2364, secondo comma, del codice civile è convocata per l'approvazione del bilancio relativo all'esercizio 2010 entro centottanta giorni dalla chiusura dell'esercizio.

17-duodecies. Ai fini dell'attuazione dell'articolo 2, commi da 165 a 176, della legge 23 dicembre 2009, n. 191, Poste italiane Spa può acquistare partecipazioni, anche di controllo, nel capitale di banche. Restano ferme le autorizzazioni previste dal testo unico di cui al decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, nonché i provvedimenti previsti dalla legge 10 ottobre 1990, n. 287, ove richiesti”.

separato si applicheranno gli istituti prudenziali della Banca d'Italia, assicurandone la stabilità e la sana e prudente gestione”¹⁸², inoltre, nel medesimo documento si spiega che il Patrimonio BancoPosta, nello svolgimento delle proprie attività, si avvale dell’infrastruttura immobiliare e tecnologica di Poste Italiane S.p.a., segnalandosi che “lo svolgimento di tali attività è regolato dai disciplinari operativi interni e remunerato mediante prezzi di trasferimento riconosciuti dal Patrimonio alle diverse funzioni di Poste”¹⁸³.

Sia la contabilità separata per la gestione dei servizi postali (ricadenti o non ricadenti nel perimetro del servizio universale), sia la costituzione del Patrimonio BancoPosta sono disciplinate da norme primarie che nel regolare queste modalità gestionali implicitamente ne ammettono la liceità. Entrambe le disposizioni, dunque, costituiscono delle deroghe all’obbligo imposto dall’art. 8, comma 2 – *bis* della legge n. 287 del 1990, che invece imporrebbe alle imprese che, per disposizioni di legge, esercitano la gestione di servizi di interesse economico generale di operare con società separate qualora intendano svolgere attività in mercati diversi¹⁸⁴.

¹⁸² Cfr. POSTE ITALIANE, *Relazione finanziaria annuale 2013*, in *www.poste.it.*, (102)

¹⁸³ Cfr. POSTE ITALIANE, *Relazione finanziaria annuale 2013*, cit. (112).

¹⁸⁴ Quanto al rapporto tra gli obblighi di separazione contabile di cui all’art. 14 del d.lgs. n. 261/1999 e la previsione appena citata cfr. L. VASQUES, *Le poste tra servizio universale e concorrenza. Una recente sentenza del Tar del Lazio*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2013, 1, 211, che evidenzia la difficoltà di individuare la soluzione interpretativa più corretta rispetto a queste previsioni contrastanti e ritiene che il caso A/413 TNT Post Italia/PI avrebbe potuto avere degli esiti diversi qualora PI avesse proceduto a una separazione societaria nella gestione tra i servizi postali ricadenti e non ricadenti nel perimetro del servizio universale o quantomeno avrebbe consentito di comprendere con maggiore chiarezza se si sia effettivamente perpetrato un illecito anticompetitivo. Sempre sul tema cfr. V. MELI, *La modifica dell’art. 8 della legge antitrust*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2001, 1080, che sostiene che la diversità di soluzioni registrabili nei diversi settori potrebbe essere il frutto di una scelta del legislatore

Le predette deroghe, tuttavia, non sembrano supportate da adeguate giustificazioni ed appaiono lesive delle superiori esigenze di tutela della concorrenza, soprattutto se si considera che le stesse sono state introdotte non in favore di una categoria di soggetti ma in favore di un'unica persona giuridica, con disposizioni di carattere singolare¹⁸⁵ che permettono al soggetto incaricato della gestione di un servizio senz'altro qualificabile di interesse economico generale di operare liberamente in altri mercati impiegando, di fatto, le stesse risorse e i mezzi propedeutici all'adempimento delle prestazioni rientranti nel

connessa alla complessità dei fenomeni affrontati e alla specificità delle esigenze e dei problemi relativi ai diversi ambiti. Cionondimeno, entrambi gli Autori appena citati giungono alla conclusione secondo cui la separazione societaria sia sempre la soluzione più avanzata per ridurre i rischi di sussidi incrociati, che possono impedire o quantomeno ostacolare il successo delle operazioni di liberalizzazione dei mercati.

¹⁸⁵ Sulla tendenza del legislatore nazionale a prevedere disposizioni "singolari" per disciplinare la "vita" delle società pubbliche cfr. C. IBBA, *Gli statuti singolari*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da Colombo e Portale, VIII, Torino, 1992, 526 che dagli interventi del legislatore su singole società ha desunto l'emersione delle c.d. società di diritto singolare. Per un'analisi puntuale e dettagliata sull'accentuazione di questa tendenza nel periodo 1999/2003, cfr. P. PIZZA, *Società per azioni di diritto singolare: rassegna 1999-2003*, in *Giorn. dir. amm.*, 2004, 372. Più di recente nello stesso senso cfr. M. CAMMELLI – M. DUGATO, *Lo studio delle società a partecipazione pubblica: la pluralità dei tipi e le regole del diritto privato*, in *Studi in tema di società a partecipazione pubblica*, Torino, 2008, 1, ove si nota come non esista una categoria unitaria delle società a partecipazione pubblica, esistendo «decine di 'tipi' di società (o di singole società), disciplinati da norme e da principi differenti, il cui unico denominatore comune finisce per essere la presenza di un ente pubblico (primario o derivato) nel capitale sociale. Così, il diritto delle società pubbliche diviene, anziché il terreno del diritto comune, il campo dei diritti speciali e dei diritti singolari». Per la definizione della nozione del diritto singolare sono ancora attuali le considerazioni di SANTI ROMANO, *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1983, 89, che richiama quella di Paolo (cfr. 16 D. I, 3): «*Ius singulare est, quod contra tenorem rationis propter aliquam utilitatem auctoritate constituentium introductum est*», notando come l'espressione possa correttamente adoperarsi solo al fine di indicare le disposizioni che valgono per una sola persona, per una sola istituzione, per una sola cosa, per un solo caso.

servizio universale, affidate, anch'esse, senza l'espletamento di alcun confronto concorrenziale.

Il legislatore, peraltro, con le deroghe “*ad personam*” appena citate ha finito per disattivare o quantomeno per agevolare l'elusione dei meccanismi procompetitivi previsti dall'art. 8, comma 2-*quater* della legge *Antitrust*, che, all'espresso fine “di garantire pari opportunità di iniziativa economica”, impone obblighi specifici a carico dei gestori di servizi di interesse economico generale, che presuppongono il preventivo espletamento dello scorporo delle attività rientranti in altri mercati mediante la costituzione di società separate. La norma prevede, infatti, che le imprese esercenti servizi di interesse economico generale, qualora rendano disponibili a società da esse partecipate o controllate (costituite in adempimento degli obblighi di separazione societaria) beni o servizi, anche informativi, di cui abbiano la disponibilità esclusiva in dipendenza delle attività svolte in qualità di esercenti servizi di interesse economico generale, hanno l'obbligo di rendere accessibili tali beni o servizi, a condizioni equivalenti, alle altre imprese direttamente concorrenti.

La riaffermazione anche nel settore postale degli obblighi di separazione societaria (magari accompagnati dalla previsione di una sanzione¹⁸⁶) si porrebbe

¹⁸⁶ Come evidenziato dagli interpreti gli obblighi di separazione societaria previsti dall'art. 8, comma 2 *bis*, della l. n. 287/1990 non sono accompagnati dalla previsione di alcuna sanzione in caso di violazione. Cfr. in questo senso V. MELI, *La modifica dell'art. 8 della legge antitrust*, in *Le nuove leggi civili commentate*, cit., 1080 e L. VASQUES, *Le poste tra servizio universale e concorrenza. Una recente sentenza del Tar del Lazio*, cit., 210, che nota come la violazione di tale norma legittima l'avvio di un'istruttoria ma non rappresenta *ex se* un abuso sanzionabile, né è sanzionata la mancata costituzione di una società separata, bensì l'omessa comunicazione della costituzione di tale società. A conclusioni simili sembra essere giunta anche la giurisprudenza amministrativa nel caso Sp1- Italgas (AGCM, decisione 12 febbraio 2004), cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 8 marzo 2010, n. 1307.

invece come misura indispensabile per evitare commistioni tra servizi sussidiati erogati nell'ambito del servizio universale per finalità prevalentemente di coesione sociale e servizi di mercato rivolti alla clientela *business*.

Se Poste Italiane S.p.a. fosse autorizzata a erogare solo i servizi ricadenti nel servizio universale alle tariffe regolate (speciali o ordinarie) e fosse obbligata a scorporare i servizi non rientranti nel servizio universale (tra cui i contratti negoziati individualmente con operatori *business*), trasferendo le relative attività a una Società separata, si avrebbero degli indubbi effetti benefici per l'emersione della concorrenza.

La Società separata potrebbe avvalersi della rete di Poste Italiane S.p.a. per concludere accordi negoziati individualmente e per offrire servizi esclusi dal perimetro del servizio universale, ma le condizioni che verrebbero offerte alla Società di nuova costituzione dal Fornitore del Servizio Universale dovrebbero essere uniformi a quelle assicurate agli altri operatori privati.

In questo modo si renderebbero estremamente meno agevoli pratiche escludenti e si neutralizzerebbe il rischio che la Società di nuova costituzione del gruppo Poste Italiane possa beneficiare di una rete sovvenzionata con trasferimenti statali o con sussidi incrociati a condizioni diverse da quelle garantite agli altri concorrenti nei segmenti di mercato contendibili.

CAPITOLO III

LE NUOVE MISURE DI PROMOZIONE DELLA CONCORRENZA

SOMMARIO: 1. *L'accesso alla rete del FSU da parte degli altri concorrenti* – 2. *Le nuove logiche della regolazione delle tariffe massime (e minime) del FSU* – 2.1. *Gli obblighi di trasparenza* – 2.2. *Gli obblighi asimmetrici di non discriminazione* – 3. *L'introduzione di obblighi simmetrici: le carte di qualità dei servizi degli operatori privati*

1. L'accesso alla rete del FSU da parte degli altri concorrenti

In presenza di reti di difficile replicabilità una delle misure ritenute più efficaci per garantire uguali condizioni competitive (*level playing field*) e per promuovere l'emersione di dinamiche concorrenziali è sicuramente quella del “*third party access*” (*TPA*), ampiamente impiegata in vari settori connotati da significative barriere di ingresso, incluso quello delle telecomunicazioni, ove si sono elaborati meccanismi estremamente raffinati per neutralizzare gli effetti escludenti dei “colli di bottiglia” (*bottleneck*) con oneri a carico dell'operatore detentore di significativo potere di mercato (*SMP*) e non solo.

Nel settore postale l'introduzione di obblighi di accesso alla rete è stata guardata con una certa diffidenza e ha seguito un cammino decisamente più incerto rispetto ad altri settori, per ragioni che probabilmente non vanno ricercate in disfunzioni dell'attività regolatoria o nella *better bargaining position* di cui gode l'*incumbent*, quanto, più verosimilmente, nelle incertezze di inquadramento economico delle reti postali, non facilmente sussumibile nella dottrina dell'*essential facility*.

Nei settori delle telecomunicazioni, delle ferrovie o dell'energia le difficoltà di ingresso nel mercato da parte di altri operatori sono legate ai costi fissi di rete, di natura prevalentemente tecnologica; nel settore postale, invece,

l'infrastruttura fisica assume una valenza marginale e gli elementi che compongono la rete sono facilmente replicabili da un punto di vista tecnico; la maggior parte dei costi della rete di recapito è invece legata alle squadre di portalettere, dunque al costo della manodopera, con un'incidenza superiore al 50% dei costi totali affrontati dai Fornitori dei Servizi Universali nella stragrande maggioranza dei Paesi dell'Unione¹⁸⁷.

Per un verso, l'assenza di infrastrutture fisiche e la scarsa incidenza dell'innovazione tecnologica nella struttura dei costi rende meno probabile il rischio – evidenziato dalla letteratura economica con riferimento al settore delle telecomunicazioni – che l'introduzione di obblighi di accesso alle rete dell'*incumbent* si possa tradurre in un disincentivo all'innovazione e agli

¹⁸⁷ Cfr. lo studio condotto su trentadue Paesi (28 membri dell'UE, oltre a Svizzera, Norvegia, Islanda e Lichtenstein) da WIK CONSULT, *Main Developments in the Postal Sector (2010-2013) Final Report*, 2013, 263, ove si segnala che “*The share of labour costs is especially high in Es, followed by HR [Croazia], CY [Cipro], CZ [Repubblica Ceca], IE [Irlanda], LT [Lituania] and SI [Slovenia] where these share is above 60%. The share of labour on total costs is lowest in DE [Germania], IT [Italia], LU [Lussemburgo] and NL [Paesi Bassi] with less than 40%. USPs in these last countries however also provide logistics, telecommunication or financial services whose labour-intensity is lower than those of traditional postal services. Since labour costs are mostly fixed costs, USPs with a higher share of labour costs are also characterized by a high share of fixed costs. Against this background, necessary adaptations to a changing market environment, especially volume declines, create a challenge to postal operators. This relation is the main reason for postal operators' effort to increase flexibility of labour costs which often have a direct impact on employees*”. È il caso di segnalare che i dati riferiti nello studio appena citato non sembrano rispecchiare fedelmente la situazione italiana. Poste Italiane, nel procedimento conclusosi con la delibera AGCom, n. 412/14/CONS, cit. par. 448, ha dichiarato che nel proprio processo produttivo l'incidenza del costo del lavoro rispetto ai costi totali sia pari al 63%, quindi ampiamente superiore al 40%, così come invece riferito nello studio Wik Consult.

investimenti a danno dell'intero mercato¹⁸⁸. Per altro verso, però, non è agevole individuare barriere all'entrata.

Diverse fasi della catena del valore postale, ed in particolare le attività di consolidamento, smistamento, trasporto e recapito presentano economie di scala (e di gamma) e possono dar vita a monopoli naturali nelle aree remote, ma si è rilevato come non sussistano altre barriere significative e che le economie di scala, da sole, non creano i presupposti per qualificare la rete come una *essential facility*¹⁸⁹.

Diversi studi sono giunti a conclusioni analoghe¹⁹⁰. In particolare in una ricerca condotta da *Copenhagen Economics* si è evidenziato come in ben quindici Paesi (sui ventuno sottoposti ad analisi) vi sia almeno un *competitor* alternativo rispetto all'*incumbent* nel mercato del recapito della corrispondenza; i casi della Svezia, della Germania, della Spagna e dell'Olanda vengono considerati paradigmatici della concreta possibilità di sviluppare reti di recapito

¹⁸⁸ Su questi rischi cfr. M.A. Heller, *The Une Anticommons: Why the 1996 Telecom Reforms Blocked Innovation and Investment*, in *Yale Journal on Regulation*, 2005, 25, 622.

¹⁸⁹ S. HEITZLER, *Traditional regulatory approaches and the postal service market*, in *Competition and Regulation in Network Industries*, 2008, German Institute for Economic Research (DIW Berlin), <http://crni.epfl.ch/papers/heitzler.pdf>, ove si legge: “*mail collection, sorting, transport and delivery access*” might exhibit economies of scale and represent a natural monopoly in remote areas, but economies of scale alone do not create an essential facility”. Analogamente cfr. J.C. PANZAR, *Interactions between regulatory and antitrust policies in a liberalized postal sector*, in *Handbook of Worldwide Postal Reform*, 2009, ed. by Michael A. Crew and Paul R. Kleindorfer, Edward Elgar, che nota come: “*in the absence of significant sunk costs, and ample direct and indirect evidence that it is possible for entrant's to create duplicate delivery networks, it is difficult to defend a policy of mandated access on the basis of an essential facilities argument*”.

¹⁹⁰ Cfr. ECORYS, *Development of competition in the European postal sector*, Final study, Rotterdam, 2005, http://ec.europa.eu/internal_market/post/doc/studies/2005-ecorys-final_en.pdf.

alternative estremamente capillari¹⁹¹. In Germania, in particolare, gli operatori alternativi all'ex monopolista *Deutsche Post AG* (come detto in precedenza, non designato quale fornitore del servizio universale) hanno anche creato una rete di raccolta della corrispondenza (e non solo una rete di recapito) composta da un numero significativo di punti di accesso e di cassette di impostazione, che consente loro di competere anche nel segmento di mercato degli invii singoli, generati da consumatori e da piccole imprese¹⁹².

Anche nell'ultimo studio citato si segnala l'assenza di barriere di natura tecnica e si individua nell'andamento decrescente dei volumi degli invii di corrispondenza l'ostacolo maggiore alla creazione di infrastrutture alternative, la cui profittabilità viene messa a repentaglio dagli effetti di sostituzione elettronica¹⁹³.

¹⁹¹ COPENHAGEN ECONOMICS, *Main development in the postal sector*, 2010.

¹⁹² Cfr. WIK CONSULT, *Main Developments in the Postal Sector (2010-2013) Final Report*, 2013, 193, ove si riportano i seguenti dati: “*German competitors provided 24.225 access points in 2011 and also provided 5.481 public collection boxes for letters. These boxes are mostly located in areas with a high density of (small and middle-sized) businesses who do not have sufficient mail to qualify for collection at their premises*”. Nello studio si segnala anche (211): “*German competitors, also delivering five days per week, usually need two days for nationwide delivery (due to logistical reasons). At local level they deliver the next work day*”.

¹⁹³ COPENHAGEN ECONOMICS, *Main development in the postal sector*, 2010. Analogamente, cfr. WIK CONSULT, *Main Developments in the Postal Sector (2010-2013) Final Report*, 2013, 315, ove si giunge alle seguenti conclusioni: “*In domestic letter post markets in most Member States, even after full market opening, competition has not yet emerged for different reasons. Generally, shrinking mail markets due to economic recession and changing communication behaviour per se limit the attractiveness of postal markets for new entrants and potential investors, particularly in Western and Southern Member States. In Member States where there is some competition, the profitability of competitive mail operators appears marginal and their market shares are stagnating. Only in some Eastern countries competition is emerging more dynamically. This development is important because competition promotes the evolution of these still underdeveloped mail markets (in terms of per capita volume), and because the universal services providers sometimes appear to fail in to meet the needs of their customers.*”

Le analisi economiche sembrano quindi confermare l'impostazione seguita dalla Corte di Giustizia nel caso *Bronner*, ove si è respinta la domanda di un editore di un quotidiano locale volta a usufruire della rete di distribuzione di un giornale nazionale concorrente, sull'assunto che le reti di distribuzione degli operatori postali non possano considerarsi come un'*essential facility*¹⁹⁴. Nelle conclusioni rassegnate dall'Avvocato generale Francis Jacobs nel caso *Bronner*, si è pure evidenziato come l'accesso alla rete di un altro concorrente costituisca un disincentivo allo sviluppo di reti alternative, con l'effetto di accrescere la concorrenza nel breve periodo, ma di ridurre la concorrenza *end to end* nel lungo periodo¹⁹⁵. I concorrenti, infatti, in uno scenario in cui possono contare su diritti di accesso alla rete vengono incentivati a sfruttare opportunisticamente gli investimenti fatti dall'impresa dominante (c.d. *free-riding*), anziché investire in una propria rete alternativa; aggravando, di converso, i fenomeni di *cream skimming*.

Overall, we conclude that there are important barriers to competition (economic and/or regulatory) in all domestic letter post markets, the incumbents' market dominant positions are likely to remain".

¹⁹⁴ Corte di Giustizia UE, 26 novembre 1998, C-7/97, *Oscar Bronner GmbH & Co. KG v. Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG and Others*, Racc. I-7791, nella pronuncia si afferma che l'accesso potrebbe eventualmente considerarsi indispensabile solo ove si provasse che "non è economicamente redditizio creare un secondo sistema di recapito a domicilio per la distribuzione di quotidiani aventi una tiratura paragonabile a quella dei quotidiani distribuiti con il sistema esistente"; mentre non sono stati ritenuti sussistenti "ostacoli di natura tecnica, normativa o anche economica capaci di rendere impossibile o straordinariamente difficile a qualsiasi altro editore di quotidiani cercare, da solo o in collaborazione con altri editori, un proprio sistema di recapito a domicilio su scala nazionale e avvalersene per distribuire i propri quotidiani".

¹⁹⁵ Cfr. conclusioni dell'Avvocato Generale Francis Jacobs, nel caso C – 7/97, par. 57, ove si aggiunge che "il mero fatto che un'impresa in posizione dominante che detenga una propria infrastruttura per il proprio uso abbia un vantaggio rispetto ai concorrenti non giustifica la richiesta di questi di accedere al suo uso".

In linea con queste incertezze di fondo e con le difficoltà di giungere a soluzioni univoche, il tema dell'accesso viene affrontato nelle direttive postali con un approccio estremamente prudente, lasciando agli Stati membri il compito di valutare se taluni elementi dell'infrastruttura postale o taluni servizi del FSU debbano essere resi accessibili ad altri operatori concorrenti¹⁹⁶.

L'art. 11 *bis* della direttiva postale 97/67/CE (così come modificata dalla terza direttiva postale) prevede, infatti, che “ogniquale volta ciò sia necessario per tutelare gli interessi degli utenti e/o per promuovere una concorrenza efficace, e alla luce della situazione nazionale e della legislazione nazionale, gli Stati membri garantiscono condizioni di accesso trasparenti e non discriminatorie per elementi dell'infrastruttura o dei servizi postali forniti nell'ambito di applicazione del servizio universale, quali il sistema di codice di avviamento postale, le banche dati di indirizzi, le caselle postali, le cassette di recapito, le informazioni sui cambiamenti di indirizzo, il servizio di instradamento della posta verso nuovi indirizzi e il servizio di rinvio al mittente”.

¹⁹⁶ Cfr. Direttiva 2008/6/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 20 febbraio 2008. Nel 34° considerando si legge: “In una situazione in cui varie imprese postali forniscono servizi nel settore del servizio universale, è opportuno chiedere a tutti gli Stati membri di valutare se taluni elementi dell'infrastruttura postale o taluni servizi normalmente forniti da fornitori del servizio universale dovrebbero essere resi accessibili ad altri operatori che forniscono servizi simili, al fine di promuovere una concorrenza efficace e/o proteggere tutti gli utenti garantendo la qualità globale del servizio postale. Laddove esistano vari fornitori del servizio universale con reti postali regionali, gli Stati membri dovrebbero altresì valutare e, se del caso, garantire la loro interoperabilità, al fine di impedire ostacoli al rapido trasporto degli invii postali. Poiché la situazione giuridica e di mercato di questi elementi o servizi è diversa nei vari Stati membri, è opportuno esigere da questi ultimi semplicemente che adottino una decisione informata sull'esigenza, la portata e la scelta dello strumento regolamentare, se del caso anche in materia di condivisione dei costi. Tale disposizione non dovrebbe pregiudicare il diritto degli Stati membri di adottare misure atte a garantire la trasparenza e la natura non discriminatoria delle condizioni di accesso alla rete postale”.

La prescrizione riconosce agli Stati membri ampi margini di manovra e non introduce alcun obbligo specifico, rimettendo ai legislatori nazionali la responsabilità di valutare quando la tutela dei consumatori o le esigenze di promozione della concorrenza giustificano l'introduzione di obblighi di accesso, lasciando altresì indefiniti gli elementi dell'infrastruttura e dei servizi che possono essere sottoposti a diritti di accesso da parte dei terzi, mediante un'elencazione da reputarsi meramente esemplificativa e non esaustiva.

Gli Stati membri hanno seguito politiche fortemente differenziate¹⁹⁷; in Italia il legislatore non ha espresso un'opzione specifica, ma ha conferito una delega "in bianco" all'autorità di regolazione, con l'art. 2 del d.lgs. n. 22 luglio 1999, n. 261, che, nell'elencazione delle funzioni spettanti all'AGCom, include, alla lettera d), quella di provvedere all'"adozione di provvedimenti regolatori in materia di accesso alla rete postale e relativi servizi, determinazione delle tariffe dei settori regolamentati e promozione della concorrenza nei mercati postali", senza specificare quali siano i presupposti da cui origina il potere di intervento e quali siano gli elementi della rete di Poste Italiane che possono essere oggetto di diritti di accesso da parte di terzi concorrenti.

L'AGCom solo nel 2013 ha esercitato per la prima volta la delega conferita dal legislatore rilevando in sede istruttoria la presenza di barriere all'ingresso sia nel mercato degli invii singoli (ove effettivamente non sussistono dinamiche concorrenziali), sia nel mercato degli invii multipli, ritenendo indispensabile che Poste Italiane provveda a formulare delle offerte *wholesale* di accesso a risorse disaggregate della rete postale, in grado di

¹⁹⁷ Per un'analisi multi paese cfr. ERGP, *Report on "access" to the postal network and elements of postal infrastructure*, 2012, in http://ec.europa.eu/internal_market/ergp/docs/consultations/report_access_postal_en.pdf.

favorire un pieno sviluppo della concorrenza nel mercato degli invii multipli e il superamento della situazione di sostanziale monopolio che continua a connotare il mercato degli invii singoli¹⁹⁸.

L'ampiezza degli obblighi di accesso imposti dall'AGCom al FSU è davvero molto significativa imponendosi sia l'accesso *downstream*, sia quello *upstream*.

All'art. 6 della delibera citata si prevede, in termini generali, che "Poste Italiane abbia l'obbligo di fornire l'accesso a servizi postali a condizioni eque e ragionevoli, liberamente negoziate con le parti"¹⁹⁹, aggiungendosi che tra i servizi postali che Poste è obbligata a fornire con offerte *wholesale* rientrano (a titolo non esaustivo) i seguenti servizi:

“a. Raccolta e consegna degli invii singoli presso un centro postale tra cui CMP, CP e CPD²⁰⁰;

b. Raccolta e consegna degli invii multipli presso un centro postale tra cui CMP, CP e CPD;

c. Recapito degli invii multipli da centri postali tra cui CMP, CP e CPD”²⁰¹.

¹⁹⁸ Cfr. AGCom, delibera 19 dicembre 2013, n. 728/13/CONS, parr. 135 e 181.

¹⁹⁹ Cfr. Art. 6, co. 1, delibera n. 728/13/CONS, cit.

²⁰⁰ Nella nomenclatura dell'organizzazione aziendale di Poste Italiane per CMP si intendono i Centri di Smistamento Meccanizzati (che si configurano come dei veri e propri stabilimenti industriali con tecnologie per l'automazione delle attività di smistamento ed *handling* della corrispondenza), per CP si intendono i Centri Prioritari (qualificati come dei nodi logistici utilizzati come *Transit Point* per le attività di raccolta e distribuzione) e per CPD si intendono i Centri Primari di Distribuzione.

²⁰¹ Nella delibera n. 728/13/CONS, cit. si specifica inoltre che “nei casi di cui alle lettere a) e b) del comma 2, i soggetti richiedenti saranno tenuti a curare il recapito della corrispondenza. Nei casi di cui alla lettera c) del comma 2, i soggetti richiedenti dovranno curare la fase di raccolta e consegna della corrispondenza”.

I soggetti potenzialmente interessati all'accesso possono essere sia i consolidatori (che raccolgono da più soggetti la corrispondenza per accedere agli sconti), sia i concorrenti che intendono competere nei soli mercati *upstream* (nelle attività di prelaborazione della corrispondenza, della stampa, dell'imbustamento o del trasporto presso i centri di smistamento), sia i concorrenti che competono sul servizio *end to end* con una rete di recapito non diffusa su tutto il territorio.

In caso di mancato raggiungimento dell'accordo l'AGCom si è (auto)conferita il potere di dirimere eventuali controversie tra Poste Italiane e i soggetti richiedenti accesso alla rete a condizioni e termini equi e ragionevoli.

All'ultimo comma del citato art. 6 della Delibera AGCom si stabilisce anche una regola di riparto dell'onere probatorio, facendosi gravare su Poste Italiane l'onere di provare che i servizi di accesso alla rete siano forniti “a condizioni e termini equi e ragionevoli”, senza fornire indicazioni più specifiche in merito alle metodologie di determinazione dei prezzi di accesso.

Mancano, almeno allo stato, degli indirizzi per le politiche di *pricing* che il Fornitore del Servizio Universale dovrà praticare nelle negoziazioni propedeutiche all'accesso ai vari elementi dell'infrastruttura postale, sebbene le stesse abbiano una diretta incidenza sugli incentivi degli operatori nella scelta tra *make or buy*.

L'ERGP in uno studio multi paese ha individuato due macro modelli di *worksharing discount*²⁰²: il *LRIC* (*long run incremental cost standard*)²⁰³ e il

²⁰² Cfr. ERGP, *Report on “access” to the postal network and elements of postal infrastructure*, 2012, cit. 39, “*The worksharing discounts charged by postal operators can be classified as a price scheme which rewards the cost savings resulting from the preparatory work done by the bulk mailer or other competitor. A typical case is where the customer does a part of the total*

*retail-minus-model*²⁰⁴. Il primo, impiegato anche nelle reti di telecomunicazioni, fissa le tariffe di accesso in linea con i costi incrementali di lungo periodo; il secondo riconosce un *mark-up* in capo al FSU sottraendo al prezzo *retail* del prodotto postale i costi evitati dal FSU per i segmenti del processo gestiti dall'operatore richiedente l'accesso.

Prezzi strettamente orientati ai costi di gestione degli elementi dell'infrastruttura oggetto di accesso disincentivano la concorrenza *end to end* e

service, such as collection and sorting activities. For calculating the worksharing discounts the incumbent generally applies the concept of avoided costs generally using a bottom-up model based on the concept of long run incremental cost standard (LRIC) or a top-down approach (retail-minus approach)". In letteratura cfr. R. COHEN, M. ROBINSON, R. SHEEHY, J. WALLER, S. XENAKIS, *Postal Regulation and Worksharing in the US*, relazione presentata all'8° Konigswinter Seminar on Regulating Postal Markets – Harmonised Versus Country Specific Approaches, WIK, Bad Honnef 16-18 febbraio 2004.

²⁰³ Cfr. ERGP, *Report on "access" to the postal network and elements of postal infrastructure*, 2012, cit. 39, definito in questi termini: "*The LRIC model refers to the incremental costs incurred in the long run which are related to the provision of access and which would be incurred by an incumbent using the most efficient current technology to provide such access. Such a bottom-up model might increase the potential for promoting competition by new entrants in the downstream market. Under LRIC the incumbent receives non compensation for the profits which might be lost if new entrants use its postal facilities to take away some of its customers. It will have high incentives to engage in exclusionary conduct to drive downstream competitors out of the market. Hence the risks that the incumbent will engage in exclusionary behaviour are significant*".

²⁰⁴ Cfr. ERGP, *Report on "access" to the postal network and elements of postal infrastructure*, 2012, cit. 39, ove si segnala: "*Under the retail-minus-approach the discounts are based on the prices which the incumbent charges for provided end-user-services subtracting the avoiding costs for parts of the mail processing activities such as the sorting of the letters which will be carried out by clients. A retail-minus approach which implicitly creates a link between the end-user-price and the rate for the partial service reduces the risk of a price-squeeze as the incumbent charges worksharing tariffs that undercut the end-user prices. However, in the absence of retail price regulation it is not able to bring down excessive wholesale prices to a cost-oriented level. As the wholesale price is calculated as the retail price minus the costs of the incumbent, an excessive retail price will automatically be translated into an excessive wholesale price*".

rafforzano gli incentivi a strategie opportunistiche e di *cream skimming*, mentre l'impiego della regola dell'*Efficient Component Pricing* (ECPR) o il *retail-minus-model*, che ristora al FSU i profitti mancati (calcolati sottraendo dal prezzo pieno del prodotto postale fornito dal FSU il costo evitato al FSU per le attività *up stream* gestite da chi chiede l'accesso alla rete sopportando i relativi oneri), possono indurre a creare reti alternative anche quando il nuovo entrante non abbia dei costi di realizzazione inferiori all'*incumbent* e sia complessivamente più efficiente impiegare la rete del FSU senza creare una seconda rete meno efficiente della prima duplicando i relativi costi²⁰⁵.

Un'ulteriore opzione è quella seguita dal Regno Unito che con una differenziazione geografica dei prezzi di accesso disincentiva le pratiche di *cream skimming*. Il meccanismo prevede l'applicazione di prezzi uniformi solo agli speditori che hanno profili geografici di destinazione in linea con la media nazionale e viceversa tariffe diversificate a seconda dell'area di destinazione della corrispondenza immessa nella rete se la percentuale di lettere affidate dallo

²⁰⁵ Cfr. in questo senso V. VISCO COMANDINI, *L'accesso alla rete nei servizi postali*, in *Economia e regolazione delle reti postali. Globalizzazione, innovazione tecnologica e servizio universale*, a cura di V. Visco Comandini, Roma, 2008, 333. L'A. ritiene che il regime regolatorio che assicura la massimizzazione del benessere sia quello proposto dal modello di *pricing* elaborato da M. ARMSTRONG, *Access Pricing, Bypass and Universal Service in Post*, relazione presentata alla "Fourth Conference on Competition and Universal Service in the Postal Sector", IDEI, Toulouse 16-17 marzo 2006, ove si immagina di suddividere la tariffa d'accesso ECPR in due parti (costo d'accesso + tassa sul prodotto distribuito nelle aree a basso costo) in modo da risolvere il duplice problema dell'indesiderabilità di far deviare la tariffa di accesso dal suo costo effettivo e di evitare la scrematura di mercato. Con una forma di accisa sui volumi recapitati a basso costo combinata con l'*efficient component pricing* si otterrebbe secondo l'A. l'effetto di incentivare l'ingresso di nuovi operatori se e solo se i costi del nuovo entrante siano inferiori a quelli del Fornitore del Servizio Universale.

speditore a Royal Mail verso destinazioni ad alto costo (rurali o suburbane) è superiore alla media nazionale²⁰⁶.

L'assenza di vincoli normativi che orientino le negoziazioni tra Poste Italiane e i soggetti richiedenti l'accesso potrebbe in astratto consentire l'adesione a uno qualsiasi dei modelli ivi descritti, nessuno dei quali appare in contrasto con gli unici requisiti di equità e ragionevolezza imposti dall'AGCom, incluso il modello del Regno Unito che solo apparentemente può apparire in

²⁰⁶ Cfr. ERGP, *Report on "access" to the postal network and elements of postal infrastructure*, 2012, cit. 42, "There are two pricing structures for access in the UK: the national access pricing structure and the zonal access pricing structure. The national access pricing structure has geographically uniform tariffs. Broadly speaking, customers using the national access pricing structure must ensure that their daily postings are reflective of the geographical mix of Royal Mail's delivered volumes in the UK. This ensures that there is not a disproportionate amount of mail that is for delivery in higher (than average) cost areas. Zonal pricing was introduced as an alternative pricing structure for access in October 2004. This was introduced to allow access customers to be able to benefit from access without a national posting profile with prices that are reflective of their specific regional posting profile. Under the zonal access pricing structure, the price of sending an item of mail is dependent on the destination of the item and its zonal classification. Each postcode sector in the UK is allocated to one of four price zones based on the cost of serving that area. The zones are Urban (A), Suburban (B), Rural (C), and London (D). Ofcom requires Royal Mail to set the terms and conditions of access on a "fair and reasonable" basis. Ofcom has provided an indication of the issues that it might have regard to when considering whether the terms for zonal access are fair and reasonable. These are that, Royal Mail should:

- take into account the alignment of zonal prices with Royal Mail's cost. Furthermore, in moving geographic areas (e.g. postcode sectors, postcode areas) between zones, Royal Mail should take into account the alignment of prices and costs. Zonal costs should be derived in accordance with Royal Mail's Regulatory Financial Reporting obligations;
- seek to ensure that the weighted average of zonal access prices is broadly comparable to the national access price;
- take into account the frequency of implementing changes to the terms of zonal access (including moving geographic areas between zones and revising the zonal structure) as well as the transactional costs for access users (and customers) of implementing the changes. Regard should be given to minimising such transactional costs for access users".

contrasto con l'uniformità tariffaria, legandosi comunque a logiche di orientamento ai costi.

2. *Le nuove logiche della regolazione delle tariffe massime (e minime) del FSU*

Per la regolazione delle tariffe del servizio universale in Italia, come in molti altri Paesi dell'Unione europea, si è impiegato per diversi anni il meccanismo del *price cap*, che mette in relazione gli aumenti annui massimi delle tariffe consentiti all'impresa incaricata del servizio con la differenza tra i tassi di inflazione ed un valore, fissato *ex ante*, corrispondente all'incremento di produttività richiesta dall'autorità di regolazione²⁰⁷.

²⁰⁷ Per un'attenta analisi delle modalità di applicazione del *price cap* nei servizi postali e delle distorsioni prodotte da quel meccanismo anche in ragione dei forti ritardi riscontrati nell'approvazione delle manovre tariffarie cfr. E. AVOLIO – G. SCARFIGLIERI, *Price-cap e menu costs: il caso dei servizi postali in Italia*, in *Economia e regolazione delle reti postali. Globalizzazione, innovazione tecnologica e servizio universale*, a cura di V. Visco Comandini, Roma, 2008, 321. Gli autori notano che il metodo del *price cap* mal si concilia con le peculiarità del settore postale, caratterizzato da sistemi di pagamento che prevedono: “a) l’acquisto anticipato di un titolo che dà diritto ad usufruire di una prestazione – di importo pari a quello acquistato e riportato sul titolo – in un qualunque momento futuro (è il caso dei francobolli); b) l’utilizzo di macchine che – impiegando fondi depositati in anticipo su un apposito conto – stampigliano l’importo utilizzato sull’oggetto che si intende spedire (le macchine affrancatrici detenute dai clienti presso le proprie sedi); in questo caso le macchine vengono regolate attraverso apposito intervento – presso la sede del cliente – sulle tariffe in vigore per i vari prodotti e per i vari scaglioni di peso della corrispondenza; c) l’utilizzo di macchine che – a fronte di denaro contante versato dal cliente allo sportello – stampano l’importo necessario sull’oggetto che si intende spedire (le macchine affrancatrici detenute presso gli uffici postali); come nel caso precedente, le macchine fanno riferimento ad un tariffario predefinito in termini di prodotto e scaglioni di peso, per cambiare il quale è necessario operare un apposito intervento; d) una rete di vendita dei titoli che danno diritto ad usufruire della prestazione estremamente diffusa sul territorio. L’attuazione di una manovra tariffaria per il settore postale comporta quindi un notevole investimento in termini di *menu cost*. Tale investimento riguarda

Nell'ultima manovra tariffaria si è registrato un radicale cambio di rotta.

Si è stabilito un tetto massimo definito per gli invii singoli e si è affidato al FSU il compito di definire le altre tariffe sulla base di alcuni criteri predefiniti, primo tra tutti quello di orientamento ai costi regolatori.

L'AGCom ha autorizzato Poste Italiane a aumentare entro il 2016 i prezzi per gli invii singoli, mediante due variazioni, ciascuna delle quali non superiore al 60% dell'aumento complessivo. Gli invii singoli di posta prioritaria *retail* (0 - 20 gr.) possono arrivare ad un massimo di € 0,95, mentre la posta raccomandata *retail* (0 - 20 gr) sino a un massimo di € 5,40. I prezzi delle altre fasce di peso di invii singoli *retail* devono essere aumentati in modo proporzionale all'incremento di prezzo sulla prima fascia²⁰⁸.

l'ideazione di nuovi francobolli, la loro stampa e distribuzione, la revisione periodica dei processi informatici dei 14.000 sportelli postali diffusi sul territorio nazionale, nonché l'adeguamento di migliaia di macchine affrancatrici in tutto il Paese. Ed è appunto la necessità di provvedere a tale investimento che spiega la necessaria rigidità delle tariffe postali, ovvero l'impossibilità di procedere ad adeguamenti annuali". Gli Autori procedono a calcolare l'onere economico derivante dai ritardi negli adeguamenti tariffari, giungendo alla conclusione che "il meccanismo di adeguamento delle tariffe tramite *price cap* calcolato con l'inflazione programmata è quindi incapiente rispetto alle esigenze di un FSU che incontra rigidità nell'adeguare costantemente i prezzi ai costi", con ulteriori distorsioni nel caso in cui (come è accaduto per diverse annualità) l'approvazione delle manovre tariffarie subisca consistenti ritardi rispetto alle scadenze prefissate.

²⁰⁸ Cfr. Art. 9 Delibera AGCOM n. 728/13/CONS, ove si prevede quanto segue:

"1. Poste Italiane ha facoltà di incrementare il prezzo della Posta Prioritaria relativa alla prima fascia di peso (0-20 grammi), fino a 0,95 euro/invio, entro il 2016.

2. Qualora Poste Italiane dovesse avvalersi della facoltà di cui al comma 1:

a) programma gli incrementi di prezzo in non meno di due distinte variazioni, ciascuna delle quali non superiore al 60% dell'incremento di prezzo complessivo, avente efficacia almeno annuale;

b) rimodula:

i. i prezzi di tutte le fasce di peso in modo proporzionale all'incremento di prezzo di cui al comma 1, evitando pratiche discriminatorie di prezzo;

L'AGCom, è bene sottolinearlo, non vieta che le tariffe per gli invii singoli (diversamente da quanto disposto per gli invii multipli) risultino inferiori ai costi, sicché non sono ravvisabili neppure astrattamente delle tariffe minime.

La scelta appare comunque opportuna visto che la domanda di invii singoli è prevalentemente originata da persone fisiche, per le quali possono rinvenirsi ragioni di inclusione sociale che rendono consigliabili forme di calmieramento dei prezzi, sebbene questo genere di interventi abbia evidenti ricadute negative sulle dinamiche concorrenziali, ostacolando l'ingresso di nuovi operatori in quei segmenti di mercato.

Per gli altri servizi postali, diversi dalla posta prioritaria *retail* e dalla raccomandata *retail*, comunque rientranti nel servizio universale, l'AGCom non ha indicato valori di riferimento o importi fissi, attribuendo a Poste la facoltà di

-
- ii. i prezzi della Posta Prioritaria Internazionale *Outbound* e *Inbound* in modo proporzionale all'incremento di prezzo di cui al comma 1, evitando pratiche discriminatorie di prezzo;
 - iii. i prezzi degli invii singoli di avviso di ricevimento in modo proporzionale all'incremento di prezzo di cui al comma 1, evitando pratiche discriminatorie di prezzo.
3. Poste Italiane ha facoltà di incrementare il prezzo della Posta Raccomandata relativa alla prima fascia di peso (0-20 grammi), fino a 5,40 euro/invio, entro il 2016.
4. Qualora Poste Italiane dovesse avvalersi della facoltà di cui al comma 3,
- a) programma gli incrementi di prezzo in non meno di due distinte variazioni, ciascuna delle quali non superiori al 60% dell'incremento di prezzo complessivo, avente efficacia almeno annuale;
 - b) rimodula:
 - i. i prezzi di tutte le fasce di peso in modo proporzionale all'incremento di prezzo di cui al comma 3, evitando pratiche discriminatorie di prezzo;
 - ii. i prezzi della Posta Raccomandata Internazionale *Inbound* e *Outbound* in modo proporzionale all'incremento di prezzo di cui al comma 3, evitando pratiche discriminatorie di prezzo;
 - iii. i prezzi della Posta Raccomandata *On Line* in modo proporzionale all'incremento di prezzo di cui al comma 3, evitando pratiche discriminatorie di prezzo”.

incrementare le tariffe, prevedendo più genericamente che le stesse dovranno comunque risultare eque e ragionevoli²⁰⁹.

L'Autorità di regolazione ha invece opportunamente imposto al FSU di fissare le tariffe degli invii multipli cosiddetti "pro" (di posta ordinaria e raccomandata), forniti ai clienti *business*, a prezzi inferiori di almeno il 10% rispetto ai corrispondenti prodotti *retail* (così fissando indirettamente una soglia massima) e ha precisato che in ogni caso le tariffe dei servizi di Posta Prioritaria

²⁰⁹ Cfr. Art. 7 Delibera AGCOM n. 728/13/CONS, ove si prevede quanto segue: "1. Poste Italiane ha facoltà di incrementare il prezzo degli invii singoli di Posta Assicurata fino al limite massimo dei prezzi equi e ragionevoli, evitando che i prezzi praticati siano discriminatori. 2. Poste Italiane ha facoltà di incrementare i prezzi degli invii singoli di Pacco Ordinario Nazionale ed Estero fino al limite massimo di prezzi equi e ragionevoli, evitando che i prezzi praticati siano discriminatori. 3. Poste Italiane ha facoltà di introdurre nuove fasce di peso sul Pacco Ordinario Nazionale ed Estero nel limite massimo del numero di fasce di peso già previsto per altri servizi di trasporto pacchi, anche se offerti fuori degli obblighi di servizio universale". Analogamente l'art. 8 della medesima delibera prevede che: "1. Poste Italiane ha facoltà di incrementare i prezzi della Posta Prioritaria Pro e della Posta Massiva fino al limite massimo di prezzi equi e ragionevoli, evitando pratiche di prezzo discriminatore. 2. Poste Italiane pratica, a ciascuna fascia di peso della Posta Prioritaria Pro, prezzi inferiori di almeno il 10% rispetto ai prezzi previsti per la medesima fascia di peso dell'invio singolo di posta prioritaria. 3. Poste Italiane ha facoltà di determinare i prezzi degli invii multipli degli avvisi di ricevimento fino al limite massimo di prezzi equi e ragionevoli, evitando che i prezzi praticati siano discriminatori". 4. Poste Italiane ai fini della determinazione dei prezzi dei Pacchi Ordinari Esteri, può aggregare i Paesi esteri in zone omogenee per livelli di prezzi praticati. 5. Poste Italiane pratica, a ciascuna fascia di peso della Posta Raccomandata Pro, prezzi inferiori di almeno il 10% rispetto ai prezzi previsti per la medesima fascia di peso dell'invio singolo di Posta Raccomandata. 6. Poste Italiane pratica variazioni dei prezzi sulle fasce di peso e sulle destinazioni di recapito della Posta Massiva e della Posta Raccomandata Smart in modo non discriminatorio e giustificato dai costi sottostanti. 7. I prezzi degli invii di posta ordinaria e registrata affrancata con macchina affrancatrice non sono superiori ai prezzi della Posta Prioritaria Pro e della Posta Raccomandata Pro. 8. Poste Italiane non pratica prezzi inferiori ai costi dei servizi di Posta Prioritaria Pro, Posta Massiva, Avviso di Ricevimento Multiplo, Posta Raccomandata Pro e Posta Raccomandata Smart, Posta Assicurata Smart. La valutazione dei costi pertinenti ai servizi di invii multipli di posta ordinaria e registrata è effettuata attraverso il sistema di contabilità regolatoria di Poste Italiane predisposto a tal fine.

Pro, Posta Massiva, Avviso di Ricevimento Multiplo, Posta Raccomandata Pro, Posta Raccomandata Smart e Posta Assicurata Smart non possano essere inferiori ai costi, fissando così una soglia minima legata a stime, in verità, estremamente complesse²¹⁰.

Nella manovra tariffaria non viene precisato a quale tipo di costo occorra fare riferimento ai fini dell'individuazione delle soglie minime di prezzo.

Più precisamente non si chiarisce se i costi da considerare siano i costi medi (dati dalla media di tutti i costi imputabili a un determinato servizio), i costi incrementali medi (da intendersi come l'insieme dei costi destinati a sparire a breve o a medio termine qualora l'impresa cessasse di fornire lo specifico prodotto), o i costi variabili medi (dati dalla media dei soli costi variabili imputabili a un determinato servizio al netto dei costi fissi).

La differenza ha importanti ricadute sulla capacità di Poste Italiane di offrire prezzi competitivi nei segmenti di mercato più esposti alla concorrenza.

La Corte di Giustizia nel caso Akzo²¹¹ ha statuito che un livellamento dei prezzi rispetto ai costi variabili è da considerarsi (sempre) predatorio, atteso

²¹⁰ Cfr. Art. 8, Delibera AGCOM n. 728/13/CONS, cit.

²¹¹ Corte di Giustizia UE, 3 luglio 1991, C-62/86, *Akzo Chemie BV c. Commissione*, ove si è precisato che “i prezzi inferiori alla media dei costi variabili (vale a dire quei prezzi che variano in funzione dei quantitativi prodotti) mediante i quali un'impresa dominante persegue l'obiettivo di eliminare un concorrente devono ritenersi illeciti. Poiché ogni vendita comporta per l'impresa dominante una perdita, ossia la totalità dei costi fissi (vale a dire quei costi che restano costanti a prescindere da quale sia l'entità dei quantitativi prodotti), e almeno in parte, dei costi variabili relativi all'unità prodotta, la detta impresa non ha, infatti, alcun interesse a praticare simili prezzi se non quello di eliminare i propri concorrenti, per poter poi rialzare i propri prezzi approfittando della situazione di monopolio. D'altra parte, prezzi inferiori alla media dei costi totali, i quali comprendono i costi fissi e quelli variabili, ma superiori alla media dei costi variabili, sono da considerare illeciti allorché sono fissati nell'ambito di un disegno inteso a eliminare un concorrente. Tali prezzi possono, infatti, estromettere dal mercato imprese le quali

che per ogni vendita l'impresa subisce una perdita connessa ai costi fissi non recuperati neppure in minima parte; ritenendo che la pratica non possa avere finalità diverse da quella di estromettere altri concorrenti dal mercato.

Anche in ragione della necessità di fornire un'interpretazione conforme può escludersi che l'AGCom abbia inteso riferirsi ai costi variabili.

Restano quindi i costi medi e i costi incrementali.

Sempre la Corte di Giustizia, nel caso *Post Danmark*²¹², ha escluso l'esistenza di un "divieto per sé" che impedisca di praticare prezzi a un livello inferiore ai costi totali medi attribuiti all'attività interessata quando gli stessi risultino comunque al di sopra dei costi incrementali medi relativi alla

potrebbero essere altrettanto efficienti come l'impresa dominante, ma che, per via delle loro più modeste capacità finanziarie, sono incapaci di resistere alla concorrenza che viene esercitata nei loro confronti". Sull'argomento cfr. G. FAELLA, *Above-cost predation. Spunti di analisi economica comparata*, in *Mercato concorrenza regole*, 2010, 2.

²¹² Corte di Giustizia UE, grande sezione, 27 marzo 2012, causa C-209/10, *Post Danmark A/S c. Konkurrenceradet* ove si legge: "l'articolo 82 CE deve essere interpretato nel senso che non si può ritenere che una politica di prezzi bassi applicati nei confronti di determinati importanti ex clienti di un concorrente da parte di un'impresa che detiene una posizione dominante configuri un abuso diretto all'esclusione di un concorrente per il solo fatto che il prezzo applicato da tale impresa a uno dei detti clienti si situa a un livello inferiore ai costi totali medi attribuiti all'attività interessata, ma al di sopra dei costi incrementali medi relativi alla medesima, come stimati nel procedimento all'origine del procedimento principale". Si è poi chiarito che al fine di valutare se sussistano effetti anticoncorrenziali in simili circostanze occorre esaminare se tale politica di prezzi porti, senza giustificazione obiettiva, all'esclusione effettiva o probabile di tale concorrente, a danno della concorrenza e pertanto degli interessi dei consumatori. Sulle implicazioni della pronuncia cfr. S. BARAZZA, *Post Danmark: the CJEU calls for an effect-based assessment of pricing policies*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, 2012, 466; cfr. R. SUBIOTTO – D.R. LITTLE, *The Application of Article 102 TFEU by the European Commission and the European Courts*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, 2012, 175; F. BIEN - M. KRAH, *The Ruling of the CJEU in Post Danmark: Putting an End to Selective Price Cuts as an Abuse Under TFEU Article 102 and Turning Towards a More Economic Approach*, in *European Competition Law Review*, 2012, 482.

medesima, imponendo viceversa un'analisi caso per caso degli effetti della pratica.

La distinzione, peraltro, è stata centrale nella soluzione del più volte citato caso A413 TNT Post Italia/Poste Italiane, conclusosi con l'annullamento in sede giurisdizionale della sanzione disposta dall'AGCM contro Poste Italiane per abuso di posizione dominante. Tra le contestazioni rivolte a Poste Italiane v'era, infatti, quella di aver praticato prezzi predatori nella fornitura del servizio *PostaTime* con tariffe inferiori ai costi medi. In sede giurisdizionale la sentenza di annullamento è stata motivata anche in ragione della circostanza che l'AGCM (su cui gravava l'onere della prova) non avrebbe dimostrato che le tariffe praticate per il servizio *PostaTime* da Poste Italiane fossero inferiori ai costi incrementali, sull'assunto che gli unici costi da considerare per la valutazione in merito alla predatorietà delle tariffe siano i costi incrementali medi (nel caso di specie i costi che Poste Italiane non sopporterebbe se non svolgesse il servizio *PostaTime*) e non già i costi medi; assunto questo che, a ben vedere, non appare perfettamente in linea con le indicazioni della Corte di Giustizia²¹³.

²¹³ Cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 6 maggio 2014, n. 8134. Nella pronuncia si assume che: “alcuni dei costi inclusi dall'Autorità in quelli incrementali sarebbero stati sostenuti da Poste Italiane anche in assenza di fornitura del servizio ‘*Posta Time*’ [...], con conseguente violazione del principio, di derivazione comunitaria, secondo cui, nell'analisi dei costi incrementali di un determinato prodotto/servizio, possono essere considerati i soli costi che sarebbero stati destinati a sparire in caso di cessazione del prodotto/servizio medesimo (v. sotto il profilo metodologico, Corte di Giustizia UE, 27 marzo 2012, n. 209)”. In verità il “principio di derivazione comunitaria” sembra essere stato parzialmente frainteso nella pronuncia, atteso che in presenza di prezzi che si collocano al di sotto dei costi medi ma al di sopra dei costi incrementali occorre procedere a ulteriori analisi sugli effetti escludenti, imposte proprio dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia richiamata nella motivazione della sentenza appena citata.

Per sciogliere il nodo interpretativo e comprendere se il divieto di praticare prezzi inferiori ai costi dei servizi di Posta prioritaria Pro, Posta Massiva, Avviso di Ricevimento Multiplo, Posta Raccomandata Pro, e Posta Raccomandata Smart e di Posta Assicurata Smart debba legarsi ai costi medi o ai costi incrementali sembra solo potersi ricorrere alle linee guida sulla separazione e contabilità dei costi di Poste Italiane²¹⁴, richiamate nel paragrafo 8 dell'art. 8 della delibera AGCom 728/13/CONS, ove si specifica che ai fini della verifica del rispetto del divieto *de quo* (di tariffe inferiori ai costi) la “valutazione dei costi pertinenti ai servizi di invii multipli di posta ordinaria e registrata è effettuata attraverso il sistema di contabilità regolatoria di Poste Italiane”²¹⁵.

Invero, neppure nelle citate linee guida si menzionano espressamente i costi medi o i costi incrementali, ma si forniscono indicazioni²¹⁶ da cui può

²¹⁴ Cfr. *Linee guida sulla separazione e contabilità dei costi di Poste Italiane*, Allegato 1 alla Delibera n. 728/13/CONS, cit.

²¹⁵ Cfr. art. 8, par. 8, Delibera AGCOM n. 728/13/CONS, cit.

²¹⁶ Al punto 21, delle *Linee guida sulla separazione e contabilità dei costi di Poste Italiane*, Allegato 1 alla Delibera n. 728/13/CONS si chiarisce che i “I costi unitari dei servizi postali sono determinati dal prodotto del costo unitario della risorsa di rete per il coefficiente di utilizzo della risorsa stessa”. Al punto 3 si legge: “La contabilità dei costi di cui al presente allegato si compone di tre macrocategorie di costi: a) Costi di Rete (diretti e congiunti); b) Costi Comuni (costi generali di struttura); c) Altri Costi (tra cui i costi di pertinenza delle attività *retail*). Nelle definizioni contenute nelle premesse si specifica che: per “costi diretti”, si intendono “i costi direttamente ed esclusivamente imputabili a un servizio, un elemento di rete senza l’uso di *driver* di costo sulla base del principio di causalità; per “costi congiunti di rete”, si intendono “i costi relativi a risorse di rete congiunte a più servizi o più elementi di rete delle quali ne può essere misurato il grado di utilizzo da parte di ciascun servizio o elemento di rete sulla base di *driver* di costo non arbitrari (cosiddetti *driver* tecnici)”; per “costi comuni”, si intendono “i costi relativi a risorse produttive non di rete, comuni a più servizi per i quali non può essere misurato il grado di utilizzo separatamente da parte di ciascun servizio se non ricorrendo all’uso di *driver* di costo arbitrari (non tecnici)”; per “costi operativi”, si intendono i costi di personale,

evincersi che i costi dei singoli servizi postali debbano essere calcolati anche considerando costi non incrementali, quali i costi fissi di rete e i costi comuni di struttura, comprensivi delle voci che resterebbero invariate (a causa della necessità di fornire altri servizi) anche se lo specifico servizio postale non fosse erogato²¹⁷.

L'ancoraggio delle tariffe ai costi medi (che per definizione comprendono i costi comuni) e non ai (più contenuti) costi incrementali, limita la possibilità per il FSU di adottare strategie aggressive sui mercati. L'AGCom, in questo modo, sembra aver imposto al Fornitore del Servizio Universale un divieto per sé (operante a prescindere da un'analisi degli effetti escludenti o potenzialmente escludenti), precludendogli in radice la possibilità di offrire prezzi per la spedizione di invii multipli che si collochino al di sotto dei costi medi e al di sopra dei costi incrementali, impedendogli, altresì, di poter sfruttare l'insaturazione della rete postale²¹⁸ per ridurre le perdite di altri servizi e/o per ottenere vantaggi concorrenziali²¹⁹.

ammortamenti ed esterni di competenza economica d'esercizio che possono essere distinti per servizio o singolo elemento di rete. Al punto 4 si legge: "La somma dei costi operativi delle macrocategorie Costi di Rete, Costi Comuni e Altri Costi coincide con il totale dei costi del perimetro delle attività postali universali e non universali".

²¹⁷ Cfr., ad esempio, il punto 18 delle *Linee guida sulla separazione e contabilità dei costi di Poste Italiane*, Allegato 1 alla Delibera n. 728/13/CONS, ove si menzionano anche i costi comuni, che stando alle definizioni ivi contenute, comprendono "tutti i costi non classificabili come diretti o congiunti", specificandosi, altresì, che "i costi comuni sono allocabili a un servizio nella misura massima del 10% dei costi di rete", che specifica, inoltre, che "i costi comuni eccedenti il 10% dovranno essere allocate a servizi non regolamentati".

²¹⁸ Sulla circostanza che gli obblighi di servizio universale determinino fisiologicamente degli effetti di insaturazione della rete del fornitore del servizio universale cfr. V. VISCO COMANDINI, *Servizi postali e di telecomunicazione: identità e differenze*, in *Economia e regolazione delle reti postali. Globalizzazione, innovazione tecnologica e servizio universale*, a cura di V. Visco Comandini, Roma, 2008, 112. Sulla possibilità per gli operatori privati di operare a costi più

Gli effetti pro concorrenziali di questa misura (in particolare ove si confermasse l'ancoraggio ai costi medi e non ai costi incrementali) potrebbero essere significativi, anche in ragione degli ulteriori obblighi correlati stabiliti in sede regolatoria e delle nuove regole di riparto dell'onere della prova.

Sempre nell'ultima manovra tariffaria, infatti, sono stati introdotti penetranti obblighi di trasparenza e non discriminazione, ponendo a carico del FSU l'onere della prova dell'effettivo rispetto degli stessi anche mediante l'esibizione delle scritture contabili, così invertendo il riparto dell'onere probatorio tipico dei procedimenti sanzionatori (integralmente a carico

bassi e di strutturare le loro reti in funzione dei volumi attuali o potenziali cfr. COPENHAGEN ECONOMICS, *Pricing behaviour of postal operators*, 2012.

²¹⁹ Su quest'ultima tendenza cfr. le attente riflessioni di L. VASQUES, *Le poste tra servizio universale e concorrenza. Una recente sentenza del Tar del Lazio*, cit., 205, nota 11, che evidenzia la necessità di “distinguere l'inefficienza (uso di un numero di risorse maggiore di quanto necessario) dall'insaturazione della rete postale (mantenimento di una rete sovradimensionata per rispettare gli obblighi di servizio pubblico, in termini di copertura territoriale e *standard* di servizio). La seconda non è tecnicamente un'inefficienza, ma una rigidità strutturale legata a vincoli normativi, che comporta un aumento dei costi. I maggiori oneri di servizio universale imposti a PI darebbero un vantaggio competitivo a operatori con reti meno estese e pesanti che possono operare a costi più bassi. La questione è, dunque, la seguente: PI può sfruttare, nelle aree liberalizzate, una rete utilizzata per la fornitura del servizio universale, che è, per scelta del legislatore, strutturalmente sovradimensionata – e quindi più costosa – rispetto a quella che consentirebbe di minimizzare i costi? La questione va analizzata considerando che il servizio universale comporta comunque, in modo diretto o indiretto, una remunerazione pubblica del servizio universale a favore di Poste. Dunque, se il sovradimensionamento della rete diviene uno strumento competitivo nei mercati aperti a concorrenza, non si fa altro che tradurre i vantaggi di un servizio sovradimensionato per previsione di legge, in strumento competitivo a danno di operatori che non beneficiano di medesime sovvenzioni pubbliche (ovvero di mercati la cui protezione dalla concorrenza controbilancia i maggiori oneri che derivano dagli obblighi di servizio pubblico). In poche parole, se l'insaturazione della rete è un problema regolatorio del servizio pubblico, non per questo tale eccesso di risorse può giustificare *tout court* un'alterazione della concorrenza nei mercati aperti a libera competizione”.

dell'Autorità procedente e non del soggetto sanzionato). La determinazione, dunque, sembra aver inteso superare gli ostacoli che potrebbero aver condizionato gli esiti del giudizio conclusosi con l'annullamento delle sanzioni per abuso di posizione dominante irrogate nel caso A413 TNT Post Italia/Poste Italiane, ove le regole di riparto dell'onere della prova hanno giocato un ruolo centrale, rendendo estremamente arduo l'accertamento delle presunte responsabilità dell'*incumbent*.

2.1. Gli obblighi di trasparenza

Al FSU è stato imposto di pubblicare (presso gli uffici della rete postale e sul sito *web*) le offerte di riferimento (OR) contenenti tutte le condizioni e i termini relativi ai servizi rientranti nel servizio universale (indicando i prezzi e le condizioni di accesso dei servizi accessori la cui mancanza comporta la fornitura degli stessi a titolo non oneroso) e il servizio di *Posta Time* (esterno al perimetro del servizio universale, trattandosi di un servizio “a valore aggiunto”), precisando che l'AGCom può modificare le condizioni delle offerte di riferimento (d'ufficio o su segnalazione) qualora le offerte violino i principi di trasparenza, equità, ragionevolezza, non discriminazione o di orientamento al costo, previo avvio di un procedimento in contraddittorio²²⁰.

In secondo luogo, si è imposto al FSU di notificare all'AGCom le variazioni di prezzo dei servizi (nel rispetto dei limiti quantitativi e metodologici esposti) con 90 giorni di anticipo rispetto all'entrata in vigore dei prezzi, senza un'autorizzazione preventiva, e fermo il potere di inibitoria

²²⁰ Cfr. Art. 3, Delibera n. 728/13/CONS, cit.

dell'Autorità di regolazione, che può impedire la loro applicazione qualora vengano riscontrate violazioni²²¹.

Sempre per garantire la trasparenza delle politiche di prezzo del FSU si è stabilito che gli acquirenti possono accedere ai servizi *de quibus* solo mediante la conclusione di contratti per adesione precisandosi che l'acquisizione di servizi a condizioni e termini diversi da quelle pubblicati nelle OR è effettuato al di fuori del perimetro del servizio universale mediante la conclusione di accordi individuali (soggetti all'IVA), nel rispetto, in ogni caso, degli obblighi di non discriminazione.

2.2. Gli obblighi asimmetrici di non discriminazione

Con il medesimo intervento di regolazione si sono introdotti stringenti obblighi asimmetrici in capo all'*incumbent*, che comprimono in modo significativo la flessibilità tariffaria con prescrizioni il cui ambito di applicazione si estende anche oltre il perimetro del servizio universale. Nei servizi ricompresi nel servizio universale e nell'erogazione del servizio *Posta Time* (estraneo, come si è detto, al servizio universale) Poste Italiane è tenuta ad applicare ai terzi, alle proprie funzioni commerciali, alle società controllate, collegate e controllanti condizioni economiche e tecniche equivalenti in circostanze equivalenti²²².

Sul FSU, inoltre, grava l'onere di giustificare la pratica di prezzi diversi da quelli previsti nelle Offerte di Riferimento, attraverso i dati di costo

²²¹ Cfr. Art. 3, Delibera n. 728/13/CONS, cit, ove si precisa inoltre che le variazioni dei prezzi dei servizi devono essere pubblicate (sempre con le medesime forme previste per le Offerte di Riferimento) con un anticipo di 30 giorni rispetto alla data di entrata in vigore dei nuovi prezzi.

²²² Cfr. Art. 4, Delibera n. 728/13/CONS, cit.

desumibili dalla separazione contabile e di dar prova che le condizioni tecniche ed economiche praticate ai servizi rientranti nel servizio universale (incluso *Posta Time*) non siano discriminatorie²²³. Si precisa, inoltre, che devono intendersi come discriminatorie tutte le pratiche di prezzo tra loro incoerenti (tra cui quelle relative a fasce di peso, formati, destinazioni, servizi e tipologie di clienti) non giustificate dai costi sottostanti o dalle risorse impiegate o che comunque hanno la finalità di ridurre il livello competitivo degli operatori concorrenti²²⁴, specificandosi che sono considerate discriminatorie tutte le condizioni e i termini tra loro incoerenti, tra cui, a titolo esemplificativo, i tempi di recapito, la gestione della corrispondenza inesitata, i requisiti di pre-lavorazione, i tempi di consegna a carico di soggetti terzi e ogni condizione imposta a soggetti terzi che risulti diversa da quelle previste per le proprie funzioni aziendali o per società controllate, collegate o controllanti per servizi analoghi²²⁵.

Ogni variazione tariffaria deve pertanto essere giustificata in base ai costi, con onere della prova a carico dell'*incumbent*.

Gli obblighi asimmetrici imposti sono evidentemente funzionali a favorire lo sviluppo di dinamiche concorrenziali in un contesto di mercato fortemente dominato dal fornitore del servizio universale, ma che sarebbe sicuramente opportuno rimuovere in uno scenario più maturo.

Il 38° considerando della direttiva 2008/6/CE escluderebbe l'imposizione di stringenti obblighi di orientamento ai costi a carico del FSU. Si legge, a tal proposito, che: "in un ambiente pienamente competitivo, tanto per

²²³ Cfr. Art. 4, Delibera n. 728/13/CONS, cit.

²²⁴ Cfr. Art. 4, Delibera n. 728/13/CONS, cit.

²²⁵ Cfr. Art. 4, Delibera n. 728/13/CONS, cit.

l'equilibrio finanziario del servizio universale quanto per limitare le distorsioni di mercato, è importante che si deroghi al principio secondo cui i prezzi riflettono le condizioni e i costi normali di mercato solo per tutelare gli interessi pubblici²²⁶.

La pervasività degli obblighi di non discriminazione appare ancor più significativa se si considerano le previsioni contenute nel provvedimento AGCom in tema di separazione contabile²²⁷, ove si stabiliscono criteri di

²²⁶ Il 38° considerando prosegue: “A tal fine è opportuno continuare a consentire agli Stati membri di mantenere tariffe uniformi per invii a tariffa unitaria, il servizio utilizzato più di frequente dai consumatori, comprese le piccole e medie imprese. Gli Stati membri possono anche mantenere tariffe uniformi per alcuni altri invii, quali ad esempio giornali e libri, per la tutela degli interessi pubblici generali, come l'accesso alla cultura, la garanzia della partecipazione ad una società democratica (libertà di stampa) o la coesione regionale e sociale”. Sulla base di tali previsioni possono ancora considerarsi legittime le tariffe legate alle spedizioni dei prodotti editoriali storicamente offerte da Poste Italiane sotto costo. Per delle notazioni critiche sui sussidi all'editoria mediante le tariffe postali imposte a prezzi politici cfr. V. VISCO COMANDINI – F. MAZZARELLA, *Regolazione e concorrenza nel mercato postale italiano*, in *Mercato concorrenza regole*, 2010, 542, che assumono invece che le imprese editoriali andrebbero più propriamente sussidiate con interventi pubblici diretti e non con prezzi politici imposti per alcuni dei propri fattori di produzione, ovvero per il recapito dei loro abbonamenti. Gli Autori notano, inoltre, che in Italia “l'effetto distorsivo si è ampliato a dismisura a tutte le pubblicazioni, toccando anche il mercato contiguo del *direct mail* che, infatti, è poco sviluppato e stenta ad essere riconosciuto come servizio con una propria identità e valore aggiunto, anche perché le imprese speditrici sono abituate ad utilizzare il canale del prodotto sussidiato, di qualità peggiore ma che costa meno”.

²²⁷ Cfr. art. 5 Delibera n. 728/13/CONS, cit., ove si prevede quanto segue: “1. Sono mantenuti gli obblighi di separazione contabile secondo i formati attualmente utilizzati da Poste Italiane. 2. Poste Italiane integra i formati della separazione contabile con i conti economici e di capitale impiegato di ciascun servizio di corrispondenza, indipendentemente dagli obblighi di servizio universale. 3. I ricavi dei conti economici sono separati tra quelli conseguiti da soggetti terzi e quelli da aziende controllate, collegate o controllanti di Poste Italiane. 4. Poste Italiane predispone, nell'ambito della separazione contabile, un sistema di formati contabili che evidenzia i prezzi di trasferimento interni corrisposti dalle funzioni aziendali commerciali per l'uso della rete postale e per l'acquisto dei prodotti postali necessari al completamento dei servizi postali offerti. 5. Poste Italiane predispone nell'ambito della separazione contabile una disaggregazione

disaggregazione dei costi funzionali alla verifica di replicabilità delle offerte commerciali proposte nell'ambito di accordi negoziati individualmente al di fuori del servizio universale. Anche rispetto ai servizi rivolti alla clientela *business* con negoziazioni individuali si impone a carico di Poste Italiane l'onere della prova che i prezzi siano equi, ragionevoli, non discriminatori e orientati ai costi efficientemente sostenuti²²⁸.

La limitazione delle facoltà negoziali di Poste Italiane in sede di fissazione dei prezzi dei prodotti estranei al perimetro del servizio universale non trova un diretto riferimento normativo attributivo del potere e sembra ispirato a logiche di regolazione proprie del settore delle telecomunicazioni, dove l'imposizione di obblighi asimmetrici risulta slegata dalla titolarità di

dei costi che consente di valutare la replicabilità delle proprie offerte commerciali che prevedono prezzi diversi da quelli pubblicati ai sensi dell'art. 3. Ai fini della determinazione della replicabilità delle offerte, il sistema contabile è in grado di fornire i costi disaggregati di tutte le risorse necessarie per il completamento di ciascun servizio postale. 6. Poste Italiane predispone un sistema di contabilità dei costi che evidenzia, per ciascun servizio la natura di costo, le attività di rete disaggregate in raccolta, accettazione singola e multipla, smistamento in entrata/uscita, trasporto primario/secondario, distribuzione, recapito e giacenza. Le nature di costo sono distinte in costi diretti, congiunti e comuni. Ciascuna categoria dei costi diretti, congiunti e comuni è distinta in costi fissi e variabili rispetto ai volumi di traffico postale. Il sistema di contabilità dei costi è in grado di fornire costi unitari classificati da un lato per natura, causalità diretta, congiunta, comune, variabilità al traffico e, dall'altro, per risorsa di rete disaggregata in raccolta, accettazione singola e multipla, smistamento in entrata/uscita, trasporto primario e secondario, distribuzione, recapito e giacenza. 7. La contabilità dei costi di Poste Italiane contiene informazioni di dettaglio quantitative sui volumi di traffico, i beni/servizi esterni, le risorse di rete e di personale impiegati nelle fasi di raccolta, accettazione, smistamento in entrata/uscita, trasporto primario/secondario, distribuzione, recapito e giacenza. 8. Poste Italiane predispone il sistema di contabilità dei costi a partire dall'Allegato 1 alla presente delibera, di cui costituisce parte integrante e sostanziale. 9. Poste Italiane ha l'onere della prova che i prezzi siano equi, ragionevoli, non discriminatori, orientati ai costi efficientemente sostenuti".

²²⁸ Cfr. art. 5, punto 9, Delibera n. 728/13/CONS, richiamato nella nota precedente.

rapporti concessori o di funzioni pubblicistiche ed è ancorata alla posizione rivestita dall'operatore nel mercato. La nozione di operatore detentore di un significativo potere di mercato (operatore SPM), codificata nella normativa europea e nazionale in materia di comunicazioni elettroniche, sembra aver ispirato l'intervento dell'AGCom, che pur non facendovi espresso riferimento, ha imposto obblighi asimmetrici anche rispetto ad attività esercitate da Poste Italiane S.p.a. in qualità di operatore di mercato, dunque anche quando contratta senza soggiacere agli obblighi di servizio universale; ciò presumibilmente in ragione della posizione di dominanza che Poste Italiane S.p.a. riveste anche nei segmenti di mercato esposti a più vivaci dinamiche competitive.

La possibilità di estendere il concetto di operatore SPM (*significant market power*) proprio del settore delle comunicazioni elettroniche anche al settore postale non è oggetto di un generale consenso negli studi più accreditati.

Si è notato infatti che il potere di negoziazione di cui godono i grandi speditori, anche in ragione dei fenomeni di sostituibilità elettronica, induce gli operatori postali dominanti a garantire una buona qualità dei servizi offerti anche senza l'imposizione di obblighi di regolazione, che potrebbero pertanto risultare non in linea con i principi di necessità e proporzionalità²²⁹.

²²⁹ Cfr. WIK CONSULT, *Main Developments in the Postal Sector (2010-2013) Final Report*, 2013, 314, ove si legge: “*senders of bulk letters and direct mail appear have significant bargaining power with providers of postal services due in part to the possibilities of migration to electronic communications. Providers of postal services appear to have a strong commercial interest in providing good quality bulk letter and direct mail services even when they are market dominant. On the other side of the equation, experience in postal regulation in some Member States and with the electronic communications directives suggests there can be costs as well as benefits to vigorous regulatory intervention. On balance, while it appears that additional vigilance against anticompetitive behaviour may be appropriate, there does not appear to be a strong case for obliging Member States to introduce SMP regulation of non-universal services*”

Certamente la nozione di operatore SPM appare estremamente affascinante sia per la vocazione all'universalità, sia per la totale indipendenza delle operazioni di sussunzione da indagini relative alla natura pubblica o privata dell'operatore, alla titolarità di rapporti concessori o di missioni di servizio pubblico. Potenzialmente qualsiasi operatore può divenire SPM ed essere perciò assoggettato a interventi di regolazione più stringenti rispetto a quelli cui sono sottoposti i suoi *competitor* e ciò solo in ragione della posizione acquisita sul mercato, secondo una logica per molti versi nuova e comunque estranea alla tradizionale dicotomia pubblico privato che ha sempre orientato la definizione degli ambiti di applicazione della normazione²³⁰. L'acquisizione, in via di fatto, di un potere di mercato, a prescindere da qualsiasi investitura giuridico formale, determina un cambio di regime applicabile al soggetto, secondo un meccanismo che per certi versi ricorda, ma non può confondersi, con quello proprio dei privati che svolgono funzioni amministrative e che per il

for paper-based communications [...] In sum, mindful of the principle of necessity and proportionality, we believe that a EU- level obligation for Member States to introduce SMP regulation for non-universal services is not supported by current evidence. Of course, this is not to suggest that changed circumstances may not require reconsideration of the need for SMP regulation in the future”.

²³⁰ Sulla proliferazione delle forme di ibridazione e sugli istituti giuridici “ribelli” la letteratura è sconfinata. Per un'ampia analisi delle tematiche si rinvia al recente studio di S. VINTI, *La circolarità logica del diritto amministrativo*, Torino, 2014. Sulle commistioni tra diritto pubblico e diritto privato cfr. G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano, 2003; C. FRANCHINI, *Tendenze recenti dell'amministrazione italiana e accentuazione delle “interferenze” tra diritto pubblico e diritto privato*, in *Foro amm.*, 1994, 237. Per un'indagine sulla natura pubblica o privata dei soggetti regolatori cfr. M. D'ALBERTI, *Poteri regolatori tra pubblico e privato*, in *Dir. amm.*, 2013, 607, in cui si rinviene un'ampia casistica di soggetti privati che svolgono attività di regolazione.

tipo di potere di cui dispongono vengono assoggettati, almeno *in parte qua*, al relativo regime pubblicistico²³¹.

3. L'introduzione di obblighi simmetrici: le carte di qualità dei servizi degli operatori privati

Sempre raffrontando gli interventi di regolazione nel settore delle comunicazioni elettroniche con quelli del settore postale emerge un significativo ritardo anche nelle riflessioni in merito all'opportunità di introdurre obblighi simmetrici sugli operatori privati²³² che realizzino reti di recapito locali particolarmente efficienti.

²³¹ Sull'argomento è d'obbligo il richiamo agli scritti di: G. ZANOBINI, *L'esercizio privato delle funzioni e dei servizi pubblici*, in *Primo Trattato completo di diritto amministrativo*, a cura di V. E. Orlando, Vol. II, parte III, Milano, 1935, 235; G. MIELE, *La manifestazione di volontà del privato nel diritto amministrativo*, Roma, 1931; ID., *Pubblica funzione e servizio pubblico*, in *Arch. giuridico*, 1933, ora in *Scritti giuridici*, Milano, 1987, 135. Sul tema cfr. anche F. SATTA, *Esercizio privato di funzioni e servizi pubblici*, in *Enciclopedia giuridica "Treccani"*, XIII, 1989, che esprime dubbi in merito alla possibilità di configurare un istituto giuridico unitario a causa dell'eccessiva diversificazione delle ipotesi astrattamente riconducibili all'esercizio privato di funzioni o servizi pubblici e per l'assoluta frammentarietà delle discipline di volta in volta applicabili ai singoli casi, impedendo l'enucleazione di tratti unificanti. Tra i recenti contributi monografici cfr. F. DE LEONARDIS, *Soggettività privata e azione amministrativa*, Padova, 2000; A. MALTONI, *Il conferimento di potestà pubbliche ai privati*, Torino, 2005.

²³² Introdotti nel settore delle infrastrutture fisiche di rete di nuova generazione, con delibera AGCom 30 settembre 2013, n. 538/13/CONS, recante "Regolamentazione simmetrica in materia di accesso alle infrastrutture fisiche di rete", che ha individuato nel segmento di terminazione della rete in fibra e nella tratta di adduzione i *bottleneck* di rete che potrebbero ostacolare lo sviluppo delle reti di fibra ottica di nuova generazione. L'introduzione di tali obblighi simmetrici è espressamente contemplata nel quadro regolamentare delle comunicazioni elettroniche. Il pacchetto delle direttive comunitarie del 2002, consente alle Autorità nazionali di regolazione di imporre, in presenza di determinate circostanze, obblighi di accesso simmetrici, rivolti anche ad operatori non detentori di un significativo potere di mercato. In particolare, l'art. 12 della Direttiva Quadro, così come novellato dalla Direttiva 2009/140/CE, conferisce alle Autorità nazionali di regolazione il potere di imporre obblighi simmetrici di condivisione delle

Non si è condotta alcuna istruttoria volta a verificare la sussistenza di reti postali locali alternative a quelle del FSU che possano rivestire caratteristiche di *bottleneck*, la cui duplicazione (*rectius* triplicazione, considerato che il FSU dovrebbe coprire con la propria rete di recapito l'intero territorio nazionale) risulti economicamente inefficiente.

L'introduzione di obblighi simmetrici potrebbe, per un verso, favorire lo sviluppo della concorrenza (permettendo l'ingresso di operatori che potrebbero avvalersi delle reti di recapito di altri operatori privati e non solo del FSU) e, per altro verso, agevolare la riduzione degli oneri del servizio universale, potendo Poste Italiane S.p.a. garantire le prestazioni del servizio universale e gli altri servizi anche impiegando altre reti locali o regionali che presentino particolari livelli di efficienza.

Le attuali tecnologie consentirebbero addirittura di immaginare sistemi in grado di gestire in modo automatizzato gli invii con l'impiego del vettore che, in tempo reale, risulti il più economico assicurando più elevati livelli di efficienza.

I Sistemi Intelligenti di Trasporto (SIT), costituiti dall'interazione di informatica, telecomunicazioni e multimedialità, potrebbero offrire strumenti innovativi applicabili anche nel settore postale sia per le fasi di trasporto sia per

infrastrutture di rete e, segnatamente, la condivisione del cablaggio all'interno degli edifici. La disposizione è stata recepita in Italia dall'articolo 89 del Codice delle comunicazioni elettroniche. La delibera AGCom sopra citata è stata oggetto di impugnazione in sede giurisdizionale da parte di Fastweb S.p.a. ritenendo la stessa in contrasto con l'esigenza di favorire gli investimenti privati nella realizzazione delle reti e lamentando la sussistenza di obblighi eccessivamente gravosi, finanche superiori a quelli imposti all'*incumbent*. Il ricorso è stato respinto con sentenza del TAR Lazio, Sez. I, 23 ottobre 2014, n. 10652.

quelle di recapito, ottimizzando l'uso di infrastrutture, veicoli e, teoricamente, anche del personale delle diverse reti disponibili.

Ipotizzare soluzioni di questo tipo presupporrebbe innanzitutto la condivisione di informazioni, allo stato, invero non disponibili.

Mancano, infatti, strumenti informativi in grado di acquisire contezza dell'estensione e della tipologia delle reti postali private. Il grado di copertura territoriale e l'esatta delimitazione delle aree interessate da attività di recapito di operatori alternativi all'*incumbent* non è oggetto di una specifica attività di ricognizione; non esiste un'anagrafe delle reti di recapito, né sussistono fonti informative ufficiali; le uniche informazioni disponibili sono quelle messe a disposizione delle aziende per finalità commerciali.

In sede regolatoria solo due operatori alternativi al FSU hanno dichiarato di disporre di una rete di recapito in grado di raggiungere più del 50% della popolazione – nella specie Fulmine Group S.r.l.²³³ e TNT Post Italia S.p.a., ora Nexive S.p.a.²³⁴ –, mentre gli altri operatori titolari di licenze o autorizzazioni dispongono di reti locali e regionali, il cui ambito di operatività non risulta da registri di pubblica fruizione.

In sede di rilascio dei titoli abilitativi i richiedenti sono chiamati a rendere informazioni in merito alla propria organizzazione, senza però che le stesse vengano elaborate e messe a disposizione di altri soggetti interessati.

²³³ Nelle informazioni commerciali disponibili sul sito internet del gruppo non si indicano specifiche percentuali di copertura, ma si allegano gli elenchi dei cap raggiunti dai servizi di recapito. L'Azienda inoltre dichiara di avvalersi della collaborazione di oltre 250 operatori coordinati con cui garantiscono i servizi di recapito. Sito web <http://www.fulminegroup.it/chiamo>.

²³⁴ Sul sito internet della Società si indica una copertura dei servizi di recapito pari al 76% delle famiglie. Sito web <http://www.nexive.it/raccomandata-semplice-promo>.

L'assenza di informazioni rende difficile formulare prognosi sulle efficienze che potrebbero conseguirsi mediante l'introduzione di obblighi simmetrici di accesso.

Da un punto di vista giuridico non può sottacersi che nel settore postale, diversamente dal settore delle comunicazioni elettroniche, non si rinvencono norme primarie che espressamente riconoscano all'autorità di regolazione la facoltà di introdurre obblighi di accesso anche nei confronti degli operatori privati titolari di reti che possano rappresentare, in tutto o in parte, dei *bottleneck*.

Indicazioni indirette possono ricavarsi in via interpretativa innanzitutto dall'art. 1 del d.lgs. 22 luglio 1999, n. 261, ove si qualifica come attività di preminente interesse generale non solo la realizzazione e l'esercizio della rete postale pubblica, ma anche la fornitura dei servizi relativi alla raccolta, allo smistamento, al trasporto ed alla distribuzione degli invii postali, senza distinguere tra operatori pubblici e privati; riconoscendo implicitamente che anche questi ultimi sono chiamati a svolgere attività funzionalizzata ad interessi non meramente lucrativi o commerciali.

L'esercizio di strumenti di tipo regolatorio volti a incidere sull'attività dei privati titolari di licenze e autorizzazioni può trovare legittimazione anche nella legge 14 novembre 1995, n. 481, recante principi generali sull'erogazione dei servizi di pubblica utilità.

I servizi postali da chiunque erogati, anche in forza del combinato disposto con l'art. 1 del d.lgs. 22 luglio 1999, n. 261, sembrano riconducibili alla relativa categoria.

Tra le funzioni attribuite dall'art. 2, comma 12, lett. f), della legge 14 novembre 1995, n. 481 alle Autorità di regolazione, v'è anche quella di emanare “le direttive concernenti la produzione e l'erogazione dei servizi da parte dei soggetti esercenti i servizi medesimi, definendo in particolare i livelli generali di qualità riferiti al complesso delle prestazioni e i livelli specifici di qualità riferiti alla singola prestazione da garantire all'utente”. La disposizione appena citata è stata recentemente impiegata dall'AGCom proprio al fine di imporre a tutti i fornitori di servizi postali (e non solo a Poste Italiane S.p.a.) l'adozione di carte di qualità dei servizi²³⁵, prescrivendo, altresì, le misure minime che tutti gli operatori postali devono apprestare a tutela dell'utenza.

Analogamente a quanto già imposto al FSU²³⁶ anche agli operatori privati viene prescritto di apprestare procedure di conciliazione, la cui definizione deve essere garantita in un termine non superiore a 45 giorni dal ricevimento del reclamo²³⁷ rendendo pubblici i sistemi di rimborsi e indennizzi previsti per ciascun prodotto postale²³⁸ con riferimento agli indicatori di qualità resi noti dall'operatore²³⁹.

²³⁵ Cfr. delibera AGCom 29 luglio 2014, n. 413/14/CONS, recante “Direttiva generale per l'adozione da parte dei fornitori di servizi postali delle carte dei servizi”.

²³⁶ Sul regime di responsabilità del FSU nei rapporti con l'utenza cfr. M. SANTINI, *Il servizio postale*, in *La responsabilità civile della pubblica amministrazione*, a cura di F. Caringella - M. Protto, Bologna, 2000, 1415. La disciplina delle ADR con Poste Italiane è ora contenuta nel Regolamento di Conciliazione, 2013, disponibile *on line* https://www.poste.it/resources/editoriali/azienda/pdf/regolamento_conciliazione_retail.pdf.

²³⁷ Cfr. art. 7 dell'allegato A alla delibera AGCom, n. 413/14/CONS, cit.

²³⁸ Cfr. art. 10 dell'allegato A alla delibera AGCom, n. 413/14/CONS, cit.

²³⁹ Cfr. art. 9 dell'allegato A alla delibera AGCom, n. 413/14/CONS, cit., ove si prevede che i fornitori di servizi postali sono tenuti a “esplicitare, sulla base delle norme tecniche internazionali specifiche, eventualmente applicabili, gli indicatori di qualità dei servizi, le relative definizioni e i metodi di misurazione, i relativi *standard* generali e specifici per ciascun

Ciò che più interessa è che nello schema di direttiva generale per l'adozione delle carte dei servizi degli operatori postali²⁴⁰, si impone anche agli operatori privati l'obbligo di garantire l'uguaglianza di trattamento degli utenti²⁴¹, prevedendosi, altresì, che gli stessi debbano improntare i loro comportamenti a criteri di trasparenza, obiettività, equità e imparzialità.

Gli obblighi di parità di trattamento non sembrano comunque potersi estendere in favore di altri operatori, cui comunque, almeno allo stato, non sono garantite offerte *wholesale*.

anno solare di riferimento”, nonché “gli *standard* di qualità per ciascun prodotto postale, fornendo le specifiche relative al territorio nazionale e a quello transfrontaliero, intracomunitario ed extracomunitario, specificando anche eventuali ulteriori differenziazioni geografiche e territoriali”.

²⁴⁰ Cfr. allegato A alla delibera AGCom, n. 413/14/CONS, cit.

²⁴¹ Cfr. art. 3 dell'allegato A alla delibera AGCom, n. 413/14/CONS, cit.

CAPITOLO IV

LE MISURE PER UN'EFFETTIVA APERTURA DEL MERCATO PUBBLICO DEI SERVIZI

POSTALI

SOMMARIO: *1. Le reti “a macchia di leopardo” degli operatori privati e l’incognita della destinazione della corrispondenza – 1.1. Le informazioni sui flussi presenti nel bando, il prezzo geograficamente uniforme e il prezzo “flat” (unico anche per aree non coperte dalla rete dell’appaltatore) – 1.2. Le distorsioni prodotte dai vincoli che limitano il ricorso al subappalto e la qualificazione del rapporto che sorge con riguardo alla corrispondenza immessa dagli operatori postali privati nella rete del FSU con la cd. “postalizzazione” – 1.3. Le possibili soluzioni de jure condendo e de jure condito: i contratti pubblici a “geometria variabile” (mediante lo scorporo della corrispondenza c.d. “postalizzata” dall’operatore privato) – 2. La definizione dei requisiti di partecipazione – 3. Le associazioni temporanee di imprese (ATI) nella prospettiva antitrust e le difficoltà di recepimento delle segnalazioni AGCM nel settore postale – 4. La partecipazione di Poste Italiane alle procedure di evidenza pubblica: il Gerione trifronte gioca contro i pulcini e l’arbitro è cieco*

1. Le reti “a macchia di leopardo” degli operatori privati e l’incognita della destinazione della corrispondenza

L'erogazione dei servizi postali viene garantita attraverso forme diversificate di cooperazione tra più soggetti giuridici identificati da un marchio e dai prodotti postali offerti sul mercato.

Persino Poste Italiane S.p.a., pur avendo un'imponente organizzazione aziendale, esternalizza, con procedure di evidenza pubblica, molteplici attività afferenti sia alla fase di raccolta degli invii (ai cosiddetti “accoltari” vengono affidati in appalto molteplici momenti del processo produttivo tra cui: la vuotatura delle cassette di impostazione, il trasporto, la consegna e il ritiro di invii postali tra punti di raccolta o accettazione, strutture di smistamento e centri

di recapito)²⁴², sia alla fase del recapito finale, impiegando società esterne per la consegna in alcune specifiche aree del territorio nazionale²⁴³.

Gli operatori privati fanno ampio ricorso a forme di collaborazione per la gestione del cd. “ultimo miglio” con centinaia di imprese dotate di reti di recapito di dimensioni locali²⁴⁴.

Gli strumenti contrattuali che legano le società titolari del marchio del prodotto postale e le aziende con cui vengono instaurate forme di *partnership*, sono estremamente varie. Taluni operatori impiegano il *franchising*²⁴⁵, altri

²⁴² Cfr., e.g., la procedura di gara indetta da Poste Italiane con bando trasmesso alla G.U.U.E. in data 31.3.2014 per l'affidamento a terzi delle seguenti attività: “- attività di trasporto, consegna e ritiro di invii postali tra punti di raccolta o accettazione, strutture di smistamento, centri di recapito e filiali/agenzie in genere, escluso il recapito a destinatari finali (terzi); - servizio di *pick up* invii postali; - vuotatura cassette; - servizi accessori: carico e scarico, compilazione e custodia dei documenti di accompagnamento delle merci, rilascio e acquisizione delle firme liberatorie”. Per una disamina della disciplina applicabile alle procedure di evidenza pubblica indette da Poste Italiane S.p.a., cfr. ANDREA M. SANDULLI, *Servizi postali e procedure per l'acquisizione di lavori, servizi e forniture*, in *Una nuova pubblica amministrazione: aspetti problematici e prospettive di riforma dell'attività contrattuale*, a cura di C. Franchini – F. Tedeschini, Torino, 2009, 332; ID., *Servizi postali*, in *Trattato sui contratti pubblici*, Vol. V, *I settori speciali. L'esecuzione*, a cura di A. M. Sandulli, R. Garofoli, R. De Nictolis, Milano, 2008, 3217; M.I. LEONARDO, *I contratti relativi ai servizi postali*, in *Il nuovo codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, a cura di F. Saitta, Padova, 2008, 1155.

²⁴³ Tanto si evince da quanto riferito da Poste Italiane nel procedimento conclusosi con l'applicazione a suo carico di una penale di importo pari a 400.000 euro disposta per il mancato raggiungimento nella Regione Campania, nell'anno 2012, degli obiettivi di qualità del servizio universale. Cfr. AGCom Delibera, 21 gennaio 2014, n. 18/14/CONS. Nel corso del procedimento, infatti, il FSU ha imputato l'inosservanza degli SLA previsti dalla Carta di Servizio alle inadempienze delle società esterne incaricate dell'attività di recapito in diverse aree della Campania.

²⁴⁴ Fulmine Group S.r.l., ad esempio, dichiara di avvalersi della collaborazione di oltre 250 operatori coordinati. Sito web <http://www.fulminegroup.it/chi-siamo>.

²⁴⁵ Questo è lo strumento impiegato da uno dei principali operatori postali privati presenti in Italia. Dal sito web <http://smmartpost.edigma.it/agenzie-postali/> si apprende che l'azienda Smmart Post S.r.l. si avvale di oltre 50 Agenzie affiliate con contratti di *franchising*, dislocate su

siglano contratti di rete, altri creano strutture di cooperazione stabili quali i consorzi, altri ricorrono a forme di subappalto. Le modalità di cooperazione non sono esplicitate in sede di rilascio delle licenze individuali e non è possibile acquisire informazioni precise sugli accordi commerciali siglati tra le centinaia di operatori coinvolti nelle reti postali gestiti dai nuovi entranti.

Tendenzialmente nessun operatore (e neppure il FSU) è in grado di raccogliere e recapitare corrispondenza in tutto il territorio nazionale senza ricorrere a forme di cooperazione con altri soggetti giuridici.

L'identità dei soggetti coinvolti nelle attività di recapito varia a seconda della destinazione della corrispondenza immessa dal committente, in quanto i *partner* dotati di reti locali vengono chiamati a collaborare se e quando il mittente spedisce corrispondenza indirizzata nell'area geografica di competenza del *partner*.

Ebbene, questa modalità operativa mal si concilia con le rigide regole che presiedono l'espletamento delle procedure di evidenza pubblica e la successiva gestione dei contratti d'appalto pubblici.

La possibilità di operare variazioni della compagine associativa così come risultante dall'offerta presentata nell'ambito di una procedura di evidenza

tutto il territorio nazionale, che consentono lo scambio indipendente di prodotti postali a marchio Smart Post e il recapito in data e ora certa con punto di geo localizzazione.

pubblica²⁴⁶ trova diversi ostacoli, legati ai principi che regolano la materia e alle norme puntuali contenenti specifici divieti²⁴⁷.

Il primo ostacolo è legato all'insopprimibile necessità di garantire che la dimostrazione degli specifici requisiti generali, economico-finanziari e tecnico-organizzativi richiesti a ogni *competitor*, sia sempre contestuale e avvenga nel rispetto delle rigorose scansioni temporali imposte dalla *lex* di gara.

Le variazioni della compagine del concorrente rischiano infatti di vanificare l'attività di controllo espletata dall'amministrazione, cristallizzatasi in una serie di atti e provvedimenti produttivi di effetti e non più successivamente modificabili unilateralmente, tesi a garantire che il contraente privato risponda a specifiche caratteristiche soggettive.

I noti principi di parità di trattamento, correttezza e più ampia apertura al mercato concorrenziale impongono, poi, alle stazioni appaltanti di seguire rigorosi procedimenti amministrativi per la formazione della propria volontà contrattuale, all'interno dei quali assumono un valore fondamentale tutte le norme che regolano la fase di ammissione dei partecipanti alla procedura di gara, che ostano, in linea di principio, al subentro di soggetti che non abbiano superato tale fase.

²⁴⁶ Per la nozione di evidenza pubblica, v. per tutti M.S. GIANNINI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, 1981, 463, che ne rinveniva le ragioni storiche nella necessità «di combattere la piaga delle collusioni tra gli uffici delle amministrazioni e i fornitori, gli appaltatori, i somministratori delle pubbliche amministrazioni».

²⁴⁷ In argomento cfr. I. PAGANI, *Modificazioni soggettive di RTI e consorzi ordinari in caso di gara*, in *Urbanistica e appalti*, 2010, 829; E. ROBALDO, *Recesso di una impresa raggruppata e divieto di modificazione soggettiva successivamente all'offerta. Condanna per reato successivamente abrogato e irrilevanza ai fini del possesso dei requisiti di partecipazione alle gare*, in *I Contratti dello Stato e degli Enti pubblici*, 2009, 406.

Originariamente, il divieto di cessione del contratto era stabilito dall'art. 339 della l. n. 2248/1865 all. F, che prevedeva comunque la possibilità di autorizzazione da parte dell'amministrazione; successivamente la norma è stata abrogata²⁴⁸ da disposizioni che hanno inciso anche sulla normativa in tema di prevenzione mafiosa, disponendo l'incapacità assoluta del contratto, a pena di nullità (art. 18 l. n. 55/90 e art. 118, co. 1, d.lgs. n. 163/2006)²⁴⁹, al preciso scopo di garantire massima trasparenza nell'aggiudicazione delle commesse pubbliche ed evitare che attraverso la cessione del contratto vengano elusi i criteri di selezione imposti dalla legge.

La stessa *ratio* sottesa al divieto di cessione del contratto si rinviene anche con riferimento alle modifiche che possano intervenire all'interno dell'associazione temporanea di imprese (o di un consorzio), mediante la sostituzione di un'impresa componente del raggruppamento e già selezionata, con altre non previamente qualificate. Il divieto di modificazione dell'ATI, per le stesse ragioni sopra illustrate, muove in linea di principio dalla fase concorsuale per riverberarsi su quella contrattuale e dell'esecuzione.

L'art. 37, comma 8, del d.lgs. n. 163/06, consente di presentare offerte anche ad associazioni temporanee di imprese e consorzi di concorrenti non ancora costituiti: tuttavia, nell'ottica di evitare eventuali modificazioni dei componenti del raggruppamento tra la fase di qualificazione e quella di

²⁴⁸ Dall'art. 22 d.l. n. 152/91, conv. in legge n. 203/91, che ha altresì modificato l'art. 18, comma 2, della l. n. 55/90.

²⁴⁹ Divieto di cessione che si ritiene tuttora vigente, proprio per le ragioni sopra spiegate e dal quale discende che all'amministrazione è preclusa ogni possibilità di autorizzare o acconsentire una cessione del contratto d'appalto (anche qualora da tale cessione possano ipoteticamente derivare taluni vantaggi), a meno che non ricorrano le ipotesi di cui all'art. 116 d.lgs. n. 163/06 (trasformazione, fusione, scissione, cessione o affitto di ramo di azienda).

aggiudicazione, si è imposto alle singole partecipanti di sottoscrivere l'offerta, unitamente all'impegno, in caso di aggiudicazione, di conferire mandato collettivo speciale con rappresentanza ad uno degli associandi, da indicare in sede di offerta, che stipulerà il contratto in nome e per conto proprio e dei mandanti.

A queste previsioni si aggiunge, infine, quella contenuta nell'art. 37, co. 9, del d.lgs. n. 163/2006 che vieta tassativamente qualsiasi modificazione alla composizione dei raggruppamenti temporanei e dei consorzi rispetto all'impegno presentato in sede di offerta, proprio ad evitare il subentro di imprese che non abbiano superato la fase di ammissione alla procedura concorsuale, pena l'annullamento dell'aggiudicazione o la nullità del contratto, nonché l'esclusione dei concorrenti riuniti in associazione dalle procedure di affidamento relative al medesimo appalto²⁵⁰.

Dal momento della presentazione dell'offerta nasce, dunque, un vincolo di immodificabilità della composizione del raggruppamento temporaneo,

²⁵⁰ Parzialmente diverse possono considerarsi le ipotesi in cui le modifiche intervengano tra la fase di preselezione e quella di presentazione delle offerte (cfr. Cons. Stato, sez. V, 18 aprile 2001, n. 2335, in *Cons. Stato*, 2001, I, 950, secondo cui è illegittima l'esclusione da una licitazione di un'associazione in ragione del mutamento soggettivo della compagine imprenditoriale del raggruppamento che ha presentato offerta rispetto a quello che ha presentato istanza di partecipazione, atteso che il mutamento non determina alcun pregiudizio per l'amministrazione ed è consentito anche dall'art. 20 della l. n. 584/77, sempre che non sia tale da incidere sulla qualificazione del soggetto invitato alla gara) o tra l'aggiudicazione e la stipula del contratto (cfr. CGA, 22 marzo 2000, n. 119, in *Cons. Stato*, 2000, I, 754, secondo cui nel caso di cessione d'azienda disposta prima della stipulazione del contratto - nel rispetto delle medesime garanzie sostanziali e procedurali - essa ha ad oggetto il diritto a stipulare legittimamente acquisito dall'impresa cedente a seguito dell'esito favorevole della procedura di gara cui la stessa aveva partecipato).

superabile in alcuni casi tassativamente previsti dalla normativa di settore²⁵¹ e in altri enucleati dalla giurisprudenza²⁵².

Ebbene, questi vincoli, che impediscono di variare la compagine di operatori che presentano congiuntamente la propria offerta nelle procedure di

²⁵¹ I commi 17 e 18 dell'art. 37 del d.lgs. n. 163/06 prevedono che in caso di fallimento, morte, interdizione, inabilitazione del mandatario e nelle ipotesi contemplate dalla normativa antimafia, la stazione appaltante, in alternativa rispetto alla facoltà di recesso, può sostituirlo con altro operatore economico - non previamente selezionato - purché quest'ultimo possieda i requisiti di qualificazione adeguati ai lavori ancora da eseguire, proseguendo così nel rapporto contrattuale già instauratosi con l'associazione temporanea di imprese. Se gli stessi eventi colpiscono, invece, l'impresa mandante, ove il mandatario dell'associazione non indichi un soggetto subentrante che sia in possesso dei necessari requisiti di qualificazione, è lo stesso mandatario a essere obbligato all'esecuzione delle relative prestazioni, dovendovi provvedere direttamente, ovvero mediante altre mandanti, sempre che queste ultime siano in possesso dei requisiti di idoneità.

²⁵² Secondo parte della giurisprudenza, qualora successivamente all'aggiudicazione una delle imprese facenti parte del raggruppamento receda dall'associazione, la stazione appaltante potrebbe comunque stipulare il contratto con le altre imprese rimaste in ATI, se quelle rimanenti posseggano comunque tutti i requisiti di partecipazione e qualificazione, purché l'operazione sia posta in essere per esigenze organizzative e non sia orientata a finalità elusive, quale quella di evitare l'esclusione dell'ATI dalla gara per la carenza di requisiti in capo al soggetto che recede. Cfr. Cons. Stato, Ad. Plen., decisione 4 maggio 2012, n. 8; Cons. Stato, Sez. III, 21 novembre 2014 n. 5752, ove si specifica che: "i requisiti di ammissione, nell'ipotesi di recesso di una partecipante ad una riunione temporanea d'impresе, devono essere posseduti (da tutte le imprese partecipanti alla r.t.i., compresa quella che recede) al momento della presentazione dell'offerta, pena la violazione del principio della *par condicio* tra i concorrenti; mentre, evidentemente, non ha più rilievo, per l'Amministrazione (e non viola il principio della *par condicio*), la sorte dell'impresa che, al momento della domanda di partecipazione, era in possesso dei requisiti di partecipazione e che ha poi esercitato il recesso nel corso della procedura (anche eventualmente per aver perso i requisiti di partecipazione), per ragioni legate all'evoluzione delle attività imprenditoriali che prescindono dalla singola gara, come ad esempio nel caso di cessione del ramo di azienda". Nello stesso senso, ancor più di recente, cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 22 dicembre 2014, n. 6311. Sempre nel senso dell'ammissibilità di modifiche in senso riduttivo cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 16 febbraio 2010 n. 842; Cons. Stato, sez. IV, 23 luglio 2007, n. 4101. *Contra* cfr. Consiglio di Stato, sez. IV, 14 dicembre 2012, n. 6446.

evidenza pubblica, rendono estremamente onerosa l'acquisizione di commesse pubbliche.

Infatti, qualora il committente non sia in grado di predeterminare le destinazioni future verso le quali sarà indirizzata la corrispondenza il concorrente non è in grado di selezionare i *partner* da coinvolgere in sede di gara.

Un concorrente che disponga di una rete costituita da decine o da centinaia di operatori dislocati sul territorio nazionale si troverà costretto a scegliere tra tre opzioni: 1) rinunciare a prendere parte alla procedura selettiva; 2) coinvolgere tutti i propri affiliati in sede di gara (includendoli nel RTI che sottoscrive l'offerta) sobbarcandosi costi di transazione estremamente significativi e talvolta sproporzionati rispetto alla rilevanza economica del contratto oggetto di affidamento; 3) ampliare il ricorso al subappalto (nel rispetto degli stringenti limiti quantitativi e procedurali imposti dall'art. 118 del d.lgs. n. 163/2006) e/o impiegare la rete del FSU per una più ampia quantità di corrispondenza, soggiacendo alle relative tariffe.

1.1. Le informazioni sui flussi presenti nel bando, il prezzo geograficamente uniforme e il prezzo "flat" (unico anche per aree non coperte dalla rete dell'appaltatore)

Per operare una stima dei costi connessi all'esecuzione dei contratti di appalto di servizi postali è indispensabile conoscere i flussi di corrispondenza diversificati per le diverse tipologie di prodotti postali e per le diverse grammature, nonché per aree geografiche di destinazione.

Le informazioni di cui sopra, talvolta, sono nella disponibilità delle Stazioni Appaltanti (quando possono attingere ai rispettivi dati storici), altre volte del gestore uscente o del FSU che ha gestito la corrispondenza e in altri casi (non infrequenti) risultano oggettivamente irreperibili, ad esempio quando la corrispondenza sia stata immessa nella rete di Poste Italiane S.p.a. con l'impiego di prodotti postali non soggetti a tracciatura, rendendo impossibile ricostruire *ex post* le relative destinazioni.

Quando le informazioni non siano disponibili è comunque possibile ridurre i rischi dell'appaltatore differenziando i prezzi richiesti ai concorrenti in rapporto alle diverse tipologie di prodotti postali (soggetti a costi diversi) e in relazione alle diverse grammature (assicurando sempre una diversificazione delle tariffe per scaglioni di peso).

La differenziazione tariffaria in base alle tipologie di prodotti e alle grammature non elimina però i rischi connessi ai maggiori costi e ai problemi gestionali legati alla mancata indicazione nel bando di gara dei luoghi di destinazione dei flussi di corrispondenza, con la specificazione dei relativi CAP.

Il problema del prezzo geograficamente uniforme, oggetto di serrate critiche in letteratura²⁵³, presenta ulteriori criticità nelle procedure di evidenza pubblica in ragione delle scarse informazioni messe a disposizione degli operatori privati.

²⁵³ Già nel celebre studio del 1939 *Coase* lamentava l'assenza di serie giustificazioni economiche e sociali che sorreggessero l'opzione di imporre al gestore del servizio universale tariffe geograficamente uniformi. Cfr. COASE, *Rowland Hill and the Penny Post*, in *Economica*, 1939, 6, 1. Per una ricostruzione delle teorie sul tema cfr. VISCO COMANDINI, *Economia e regolazione delle reti postali*, Roma, 2008, 121.

Un certo prezzo, infatti, può risultare sostenibile e remunerativo se i flussi di corrispondenza siano indirizzati verso l'area territoriale servita dal concorrente o, al contrario, divenire insostenibile (determinando perdite anche ingenti) se la corrispondenza debba essere "postalizzata" (*id est*: affidata dall'appaltatore al gestore del servizio universale) e quindi sottoposta alle tariffe del Gestore del Servizio Universale.

Ciò pone le imprese offerenti nell'oggettiva impossibilità di operare stime attendibili dei costi attesi del servizio, risultando questi fortemente condizionati dai luoghi di destinazione dei flussi di corrispondenza, anche in considerazione della circostanza che i prezzi a cui vengono aggiudicate le procedure di evidenza pubblica sono, per definizione, inferiori alle tariffe postali praticate dal Gestore del Servizio Universale (diversamente, infatti, la procedura di evidenza pubblica produrrebbe un danno erariale); v'è quindi sempre il rischio teorico per gli operatori privati di subire delle perdite quando non siano preventivamente noti i flussi di corrispondenza (rischio legato alla possibilità che tutta la corrispondenza venga indirizzata verso zone territoriali non servite dalla rete di uffici dell'aggiudicatario).

Gli operatori, in assenza di informazioni, possono essere indotti a rinunciare alla partecipazione alla gara oppure ad adottare scelte eccessivamente prudenti nella determinazione dei prezzi riducendo i margini di risparmio conseguibili dalla stazione appaltante e non valorizzando le possibili efficienze.

Possono inoltre prodursi effetti di *adverse selection* in danno dei concorrenti avversi al rischio.

Di qui l'importanza di rafforzare gli strumenti informativi messi a disposizione dei concorrenti nelle procedure di evidenza pubblica, fornendo nel

bando informazioni dettagliate o prevedendo degli obblighi informativi specifici a carico dell'*incumbent*²⁵⁴.

1.2. Le distorsioni prodotte dai vincoli che limitano il ricorso al subappalto e la qualificazione del rapporto che sorge con riguardo alla corrispondenza immessa dagli operatori postali privati nella rete del FSU con la cd. "postalizzazione"

In un contesto di mercato caratterizzato da operatori privi di reti di recapito in grado di garantire la copertura del 100% del territorio nazionale il ricorso al subappalto diventa ovviamente imprescindibile.

Tuttavia, il subappalto nei contratti pubblici è soggetto a una serie di vincoli normativi di tipo procedurale e quantitativo²⁵⁵, cui si aggiungono gli ulteriori vincoli regolamentari che possono essere discrezionalmente introdotti dalle Stazioni Appaltanti nella *lex specialis* di gara²⁵⁶.

²⁵⁴ Come segnalato dall'A.N.AC. nella Determinazione 9 dicembre 2014, n. 3, recante: "*Linee guida per l'affidamento degli appalti pubblici di servizi postali*", in G.U. n. 1 del 2 gennaio 2015.

²⁵⁵ Prescritti dall'art. 118 del d.lgs. n. 163/2006.

²⁵⁶ Per la ricostruzione delle teorie relative alle potestà delle stazioni appaltanti in sede di definizione della *lex specialis* di gara cfr. S. VINTI, *Limiti funzionali all'autonomia negoziale della pubblica amministrazione nell'appalto di opere pubbliche*, Padova, 2008; ID., *Bando*, in *Diz. dir. pubbl. Cassese*, I, Milano, 2006. Sempre sull'argomento cfr. G. DELLA CANANEA, *Gli atti amministrativi generali*, Padova, 2000. Per una panoramica delle principali questioni sottese cfr. inoltre A. CIANFLONE – G. GIOVANNINI, *L'appalto di opere pubbliche*, I, Milano, 2012; R. DE NICTOLIS, *Bandi, avvisi, inviti, offerte, pubblicità e termini*, in *Trattato sui contratti pubblici*, a cura di R. De Nictolis, R. Garofoli, M.A. Sandulli, III, *Le procedure di affidamento e l'aggiudicazione*, Milano, 2008, nonché, da ultimo, sia consentito rinviare a D. CAPOTORTO, *Il bando di gara*, in *Codice commentato dei contratti pubblici*, a cura di A. Cancrini, C. Franchini, S. Vinti, Torino, 2014, 393.

L'eventuale introduzione di un divieto assoluto di subappalto nella *lex specialis* (non infrequente nella prassi di talune stazioni appaltanti) preclude la partecipazione alla gara per tutti gli operatori privati allorquando le destinazioni della corrispondenza non siano note o non siano concentrate in aree specifiche del territorio nazionale. Teoricamente neppure Poste Italiane S.p.a. potrebbe prendere parte a procedure caratterizzate da questi vincoli se si considera che, come si è già detto, il FSU esternalizza l'attività di recapito in alcune aree territoriali: se al momento dell'indizione della gara la destinazione della corrispondenza non è nota e v'è un divieto assoluto di subappalto, lo stesso FSU dovrebbe rinunciare alla partecipazione alla gara non potendo essere certo di non dover ricorrere al subappalto per recapitare parte delle corrispondenza oggetto della commessa.

Dunque, l'introduzione da parte del committente di limitazioni al ricorso al subappalto ulteriori rispetto a quelli risultanti dalla normativa primaria rischia di produrre effetti restrittivi della concorrenza, fino al suo totale azzeramento.

Già i soli vincoli contenuti nelle norme primarie producono effetti restrittivi della concorrenza e favoriscono l'*incumbent*.

In primo luogo, le tempistiche procedurali connesse all'*iter* di autorizzazione del subappalto appaiono totalmente incompatibili con le esigenze di celerità del recapito (anche rispetto ai prodotti postali caratterizzati da tempi di consegna meno stringenti); in ragione di quanto disposto dall'art. 118, comma 2, del d.lgs. n. 163/2006, l'affidatario è tenuto a individuare il subappaltatore e a provvedere al deposito del contratto di subappalto presso la stazione appaltante almeno venti giorni prima della data di effettivo inizio dell'esecuzione delle relative prestazioni e il rilascio dell'autorizzazione (ai

sensi dell'art. 118, comma 8, del d.lgs. n. 163/2006) è soggetta a un termine di trenta giorni (prorogabile per una sola volta), decorsi i quali, in caso di mancato riscontro, si forma il silenzio assenso.

Ebbene, in uno scenario in cui non sono preventivamente note le destinazioni della corrispondenza e sopravviene in corso di esecuzione del servizio l'esigenza di far pervenire degli invii in un'area non coperta direttamente dall'appaltatore, quest'ultimo (anche se abbia puntualmente dichiarato in corso di gara di voler ricorrere al subappalto nei limiti di legge) per non soggiacere alle tempistiche di rilascio delle autorizzazioni al subappalto (incompatibili con gli SLA), si troverà costretto a immettere la corrispondenza nella rete di Poste Italiane S.p.a., provvedendo al pagamento a proprio carico delle tariffe del FSU (sopportando, come si dimostrerà tra poco, delle perdite), anziché ricorrere a un altro operatore privato, a prezzi di mercato, non previamente autorizzato quale subappaltatore per altre aree territoriali.

In secondo luogo, l'art. 118 del d.lgs. n. 163/2006 prevede dei limiti quantitativi, stabilendo che la quota parte dei servizi che possono essere subappaltati non possa superare il 30% delle prestazioni commissionate all'appaltatore dalla stazione appaltante²⁵⁷. Anche questo vincolo determina effetti restrittivi della concorrenza, escludendo dal mercato delle commesse pubbliche tutti gli operatori privati che non siano in grado di gestire con la

²⁵⁷ Si ritiene che nell'ambito della corrispondenza internazionale il ricorso da parte dell'appaltatore ad altri *partner* con cui siano stati siglati accordi di collaborazione non costituisca subappalto ai fini dell'applicazione delle limitazioni quantitative di cui all'art. 118 del d.lgs. n. 163/2006, trattandosi dell'unica modalità tecnicamente ipotizzabile per l'esecuzione delle prestazioni *de quibus*. Il rilievo è stato condiviso anche dall'A.N.AC. nella Determinazione 9 dicembre 2014, n. 3, recante: "*Linee guida per l'affidamento degli appalti pubblici di servizi postali*", cit.

propria organizzazione diretta almeno il 70% dei volumi di corrispondenza in partenza dalla Stazione Appaltante. Inoltre, il vincolo quantitativo continua a favorire l'*incumbent*, inducendo gli operatori privati a ricorrere alla cd. "postalizzazione", quando per carenze organizzative della propria struttura di rete o per sopravvenienze impreviste abbiano l'esigenza di superare il tetto del 30% di prestazioni da affidare a terzi.

La cd. "postalizzazione", infatti, è soggetta a un regime peculiare che induce a ritenere che la stessa non sia soggetta ai limiti quantitativi previsti per il subappalto.

La "postalizzazione" si concretizza nell'utilizzo *de facto* della rete del Fornitore del Servizio Universale da parte di altri operatori economici cui sono stati commissionati servizi di recapito. La pratica, pur presentando dei punti di contatto con i contratti di subappalto, si connota per una serie di peculiarità che impediscono di sussumerla nei rapporti soggetti alla disciplina dell'art. 118 del d.lgs. n. 163/2006.

È bene rammentare infatti che nella "postalizzazione" il soggetto che impiega la rete del FSU risulta sprovvisto di alcun potere di negoziazione con quest'ultimo, essendo soggetto alle tariffe regolamentate e non potendo accedere a qualsivoglia forma di contrattazione.

Mentre in un normale contratto di subappalto l'appaltatore definisce d'accordo con il subappaltatore il prezzo da corrispondergli (tendenzialmente inferiore ai prezzi praticati al committente principale, nel rispetto dei limiti di

legge)²⁵⁸, nella postalizzazione non solo manca qualsiasi forma di negoziazione sulle tariffe e sulle condizioni di esecuzione del contratto – fissate nella Carta della Qualità adottata ai sensi del d.lgs. n. 261/1999 –, ma v'è il rischio che l'appaltatore sia chiamato a sopportare gli oneri connessi a un eventuale incremento delle tariffe postali. Rischio tutt'altro che teorico, considerato che l'AGCom sul finire del 2013 ha autorizzato Poste Italiane ad incrementare i prezzi delle raccomandate, comprese nella fascia di peso fino a 20 grammi sino ad un massimo di euro 5,40, permettendo il medesimo incremento, in termini percentuali, per tutte le altre fasce di peso²⁵⁹.

L'appaltatore, al momento della presentazione dell'offerta in gara, può stimare i corrispettivi che spetteranno ai subappaltatori per tutta la durata del contratto di appalto principale (potendo concordare con i subappaltatori i relativi corrispettivi già al momento della partecipazione alla gara), ma non può fare altrettanto rispetto alle prestazioni che verranno eseguite per il tramite del FSU, non potendo escludere che nel corso dell'esecuzione del contratto il FSU proceda unilateralmente all'incremento delle tariffe autorizzato dall'AGCom entro i tetti massimi ivi previsti.

In sintesi, Poste Italiane è l'unico *sub contractor* che oltre a poter “imporre” il proprio prezzo all'appaltatore, ha anche il potere di rivedere in aumento il proprio corrispettivo nel corso di esecuzione della commessa principale (pur nei limiti delle tariffe massime previste dall'AGCom), facendo

²⁵⁸ Ai sensi dell'art. 118, co. 4, del d.lgs. n. 163/2006 l'affidatario deve praticare, per le prestazioni affidate in subappalto, gli stessi prezzi unitari risultanti dall'aggiudicazione, con un ribasso non superiore al venti per cento.

²⁵⁹ Cfr. AGCom, delibera del 19 dicembre 2013, n. 728/13/CONS, cit. Sull'argomento si rinvia a quanto esposto nel precedente capitolo.

gravare sull'appaltatore i maggiori oneri connessi e senza che quest'ultimo possa “scaricare” sul committente le sopravvenienze negative.

V'è anche da dire che la stessa Poste Italiane non dispone della facoltà di rifiutarsi di eseguire le prestazioni per conto del *competitor* (diversamente da un subappaltatore), essendo soggetta agli obblighi di servizio pubblico, il che rafforza i punti di divergenza dallo schema del subappalto.

Militano, infine, nel senso dell'impossibilità di ascrivere la “postalizzazione” nel paradigma del subappalto l'assenza della forma scritta – che invece è prescritta dall'art. 118 del d.lgs. n. 163/2006 – e l'assenza di strumenti di vigilanza dell'appaltatore sul FSU, tanto da indurre a ritenere che in caso di ritardi o disservizi nella consegna degli invii oggetto di postalizzazione, l'appaltatore non possa essere ritenuto responsabile (con esonero dall'applicazione delle penali contrattuali), se non con riferimento al rispetto dei tempi per l'immissione nella rete del servizio universale previsti nell'offerta e nel contratto di appalto²⁶⁰.

È ancora opportuno evidenziare che la prassi della “postalizzazione” si è affermata in Italia ben prima del riconoscimento degli obblighi di accesso alla rete postale a prezzi *wholesale*²⁶¹ e si caratterizza rispetto al *third party access*, per l'assenza di sconti in favore dell'operatore economico che si avvale della rete del FSU, assoggettato al regime tariffario di un qualsiasi utente del servizio pubblico, soggetto alle tariffe *retail* o comunque regolamentate (e non oggetto di specifiche negoziazioni tra le parti).

²⁶⁰ Le considerazioni sopra esposte sono state condivise anche dall'A.N.AC. nella Determinazione 9 dicembre 2014, n. 3, recante: “*Linee guida per l'affidamento degli appalti pubblici di servizi postali*”, cit.

²⁶¹ Imposti dall'AGCom nella Delibera n. 728/13/Cons, cit.

Almeno fino all'introduzione degli obblighi di accesso alla rete (di cui alla Delibera AGCom n. 728/13)²⁶², il Fornitore del Servizio Universale non ha riconosciuto alcuno sconto neppure ai propri concorrenti che, nell'ambito dell'esecuzione di contratti pubblici, gli affidassero prestazioni in subappalto e ciò anche allorquando il FSU avesse partecipato alla medesima gara (senza aggiudicarsela) offrendo sconti, talvolta anche molto consistenti, rispetto alle tariffe ordinarie.

L'assenza di obblighi di accesso a prezzi *wholesale* fa sì (almeno fintanto che gli obblighi *de quibus* non trovino concreta attuazione) che Poste Italiane in veste di *sub contractor* (fornendo prestazioni a favore di altri concorrenti alla medesima procedura di gara) applichi le tariffe "piene", con prezzi più alti rispetto a quelli offerti in gara sempre da Poste Italiane al committente principale. Poste Italiane, almeno fino ad ora, ha adottato una strategia di *pricing* consistente nell'applicare il prezzo "di listino" alla posta immessa nella propria rete dagli altri operatori postali, ma prezzi scontati per recapiti (nelle medesime aree) gestiti da P.I. per propri clienti diretti.

Nella stragrande maggioranza delle procedure di evidenza pubblica, peraltro, i prezzi posti a base di gara sono già in partenza più ridotti rispetto alle

²⁶² Gli effetti concreti di questo intervento di regolazione, esaminato nel capitolo precedente, sono ancora da esaminare e valutare in termini di efficacia, anche in ragione dei ritardi nell'avvio delle nuove prassi registratisi in ragione del contenzioso attivato da Poste Italiane, che, con ricorso notificato in data 20 febbraio 2014, ha impugnato dinanzi al TAR Lazio la citata delibera n. 728/13 dell'AGCom chiedendo, *inter alia*, l'annullamento delle prescrizioni con cui si è imposto al FSU di concedere l'accesso disaggregato alla rete postale a condizioni eque e ragionevoli, nonché l'imposizione degli obblighi di non discriminazione nelle determinazione dei prezzi, così manifestando la precisa volontà di non dismettere le precedenti politiche tariffarie.

tariffe di Poste Italiane, con la conseguenza che la “postalizzazione” determina in ogni caso delle perdite a carico dell’appaltatore, anche a prescindere dal ribasso praticato dall’aggiudicatario sulla base d’asta.

Il combinarsi di questi fattori fa sì che quanti siano costretti a ricorrere alla “postalizzazione” subiscano delle perdite per ogni invio affidato al FSU.

Gli operatori privati, visti gli elevati livelli delle tariffe praticate da Poste Italiane, sono indotti a ricorrere alla postalizzazione allorquando non abbiano la disponibilità di altri *partner* privati dotati di un sufficiente grado di affidabilità o, come si è detto, quando abbiano esaurito la quota di prestazioni subappaltabili ai sensi di legge; mentre, il rischio che i privati adottino pratiche di *cream skimming* risulta, allo stato, marginale e potrà verosimilmente profilarsi solo una volta divenuti operativi gli obblighi di accesso alla rete del FSU a tariffe *wholesale* (in particolare ove si prevedano metodi di tariffazione strettamente orientati ai costi)²⁶³.

1.3 Le possibili soluzioni de jure condendo e de jure condito: i contratti pubblici a “geometria variabile” (mediante lo scorporo della corrispondenza c.d. “postalizzata” dall’operatore privato)

Come si è visto in precedenza, l’assenza di informazioni e le difficoltà di predeterminare *ex ante* le destinazioni dei flussi di corrispondenza impediscono agli operatori (dotati, come si è visto, di reti di recapito “a macchia di leopardo” e comunque non estese all’intero territorio nazionale) di conoscere in anticipo quali altri operatori coinvolgere per l’esecuzione dell’appalto e, al contempo, quale apporto quantitativo possa essere fornito da ciascun operatore economico,

²⁶³ Sul punto si rinvia a quanto già esposto nel precedente capitolo.

che dipenderà dalla quantità di corrispondenza che verrà destinata verso le specifiche aree territoriali di rispettiva competenza.

Questo elevato grado di incertezza renderebbe opportuna l'introduzione di deroghe per le procedure di evidenza pubblica aventi a oggetto l'affidamento di servizi postali, con norme specifiche che ridefiniscano i limiti quantitativi al subappalto e le tempistiche per il rilascio delle autorizzazioni. Un'ulteriore alternativa, sempre *de jure condendo*, potrebbe essere l'individuazione di strumenti di aggregazione più flessibili rispetto ai tradizionali RTI e Consorzi, anche mediante la riscrittura della disciplina che regola la partecipazione alle gare delle reti di imprese, assoggettate dal legislatore alle medesime rigidità procedurali previste per le associazioni temporanee di imprese²⁶⁴. Se si immaginassero degli elementi di differenziazione dai tradizionali RTI, che permettano di attivare le imprese retiste a seconda delle specifiche esigenze di esecuzione della commessa, si potrebbe garantire il coinvolgimento in fase

²⁶⁴ Sui problemi interpretativi posti dalla partecipazione alle gare delle reti di imprese cfr. AVCP (ora A.N.AC.), Atto di Segnalazione 27 settembre 2012, n. 2; AVCP (ora A.N.AC.), Determinazione 23 aprile 2013, n. 3, ove si conferma che è in ogni caso necessario che tutte le imprese della rete che partecipano alla procedura di gara siano in possesso dei requisiti generali di cui all'art. 38 del Codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 163/2006) e li attestino in conformità alla vigente normativa". E ciò "a prescindere dalla tipologia e dalla struttura della rete". Si specifica, inoltre, nella determinazione citata quanto segue: "con riguardo ai requisiti speciali di partecipazione, essendo stata l'aggregazione tra gli aderenti al contratto di rete "strutturalmente" assimilata dal Codice [dei contratti pubblici] al raggruppamento temporaneo di imprese (RTI), trovano applicazione le regole in tema di qualificazione previste dall'art. 37 del Codice e dagli artt. 92 e 275 del Regolamento (d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207) per gli appalti di lavori, servizi e forniture; dall'art. 90, comma 1, lett. g) del Codice e dall'art. 261, comma 7, del Regolamento per quanto riguarda i servizi di ingegneria e architettura. Le aggregazioni si dovranno strutturare secondo la tipologia dei raggruppamenti orizzontali e verticali in conformità alle disposizioni dell'articolo 37 del Codice". In argomento cfr. anche C. DE BENETTI, *Reti di imprese e appalti pubblici: dal contratto plurilaterale con comunione di scopo all'aggregazione strutturata*, in *I contratti dello Stato e degli Enti Pubblici*, 2014, vol. 3, 27.

esecutiva anche delle imprese retiste non specificatamente indicate in sede di gara e di quelle che si siano aggiunte alla rete in un momento successivo all'aggiudicazione della commessa, con meccanismi di verifica del possesso dei requisiti generali e speciali che operino *ex post* o contestualmente al concreto coinvolgimento delle imprese retiste (che, ad esempio, potrebbero indicarsi solo in corso di esecuzione del contratto, assoggettando il coinvolgimento delle imprese non indicate a forme di vigilanza analoghe a quelle previste per la SCIA), e non in fase di gara, quando non è ancora possibile prevedere se il coinvolgimento di un'impresa si renderà, o meno, necessaria rispetto alle esigenze di recapito.

In sintesi, occorrerebbe affievolire i divieti di modificazione soggettiva della compagine affidataria della commessa, prevedendo nei servizi postali un regime che garantisca una maggiore flessibilità. Ciò sia per promuovere una maggiore concorrenza nelle commesse pubbliche di rilievo nazionale, che continuano ad essere ad appannaggio quasi esclusivo del gestore del servizio universale, sia per evitare che le rigidità procedurali inducano gli operatori privati a "postalizzare" la corrispondenza anche in presenza di alternative più efficienti.

Sempre al fine di promuovere la concorrenza in un mercato caratterizzato da operatori privi di reti di recapito sufficientemente capillari si sono ideate (e già sperimentate) soluzioni innovative a legislazione invariata, che tengono conto dell'estensione della copertura offerta dall'appaltatore mediante la propria organizzazione diretta e indiretta, rimodellando il perimetro delle prestazioni oggetto dell'affidamento a seconda delle caratteristiche della rete dell'aggiudicatario.

La sperimentazione più raffinata è stata condotta da Consip S.p.a. (Concessionaria Servizi Informatici Pubblici) nella procedura aperta per l'affidamento dei servizi postali per la gestione della corrispondenza dell'INAIL²⁶⁵, in cui si è impiegato un modello peculiare che affida all'aggiudicatario solo l'attività di recapito della corrispondenza gestita dalla propria organizzazione, mentre la corrispondenza che l'affidatario avrebbe dovuto subaffidare viene stralciata dal contratto (con una proporzionale decurtazione del corrispettivo) e affidata direttamente dal Committente al Gestore del Servizio Universale.

Ai concorrenti viene chiesto in gara di indicare i CAP (codici di avviamento postale) serviti dalla propria rete e i punteggi assegnati agli elementi qualitativi ed economici dell'offerta del concorrente tengono conto della quantità di corrispondenza che il concorrente è in grado di gestire senza ricorrere al FSU.

Il perimetro dell'oggetto dell'affidamento varia quindi a seconda del soggetto aggiudicatario e delle zone coperte da quest'ultimo.

In questo genere di gare, che potremmo definire “a geometria variabile”²⁶⁶, occorre impiegare dei correttivi ai consueti criteri di aggiudicazione che considerino gli effetti qualitativi e quantitativi connessi all'incompletezza del servizio offerto dall'aggiudicatario e i maggiori costi derivanti dalla necessità di ricorrere al FSU alle tariffe regolamentate per le aree

²⁶⁵ Cfr. Bando trasmesso alla GUUE in data 10 agosto 2012, CIG 4478650AE3.

²⁶⁶ Prendendo in prestito la felice formula di S. Cassese, impiegata in moltissimi scritti (e ampiamente ripresa dalla dottrina) per descrivere la molteplicità di forme in cui si presenta la pubblica amministrazione.

territoriali non coperte dall'offerta selezionata all'esito della procedura di evidenza pubblica.

I criteri per l'attribuzione dei punteggi legati agli elementi qualitativi (in relazione ai servizi a valore aggiunto, quali quelli di tracciatura della corrispondenza) devono essere ponderati in ragione di un coefficiente che rappresenti il grado di copertura territoriale.

Invece, i punteggi connessi agli elementi economici devono considerare, da un lato, i molteplici prezzi unitari offerti dal concorrente (suddivisi per tipologia di servizi e per grammatura) e, dall'altro, i costi connessi all'impiego del FSU per tutta la corrispondenza non gestita dall'affidatario e quindi soggetta alle tariffe regolamentate.

Se il prezzo offerto dal concorrente *iesimo* è pari a P_{ci} , il prezzo del servizio universale è pari a P_{FSU} e la quantità garantita in sede di gara dal concorrente *iesimo* è una frazione δ del totale, il prezzo complessivo da considerare è pari a:

$$P = \delta \cdot P_{ci} + (1 - \delta) \cdot P_{FSU}$$

In sostanza il prezzo offerto sarebbe uguale alla somma tra il prezzo offerto con peso pari alla quota offerta e il prezzo del servizio universale con peso pari alla quota postalizzata.

Il livello di complessità di questo tipo di meccanismi può risultare incompatibile con procedure di affidamento di modesti volumi di corrispondenza in partenza di piccoli enti locali. Su procedure di dimensioni più significative l'impiego di modelli di questo tipo appare, sicuramente consigliabile in ragione dei vantaggi conseguibili sia per gli operatori privati, sia per le stazioni appaltanti.

Da un lato, l'aggiudicatario non assume su di sé il rischio di incremento delle tariffe del FSU, non è tenuto ad alcuna anticipazione finanziaria (invece richiesta nei casi di "postalizzazione" in ragione degli oneri di affrancatura) e risponde esclusivamente dell'attività di recapito che gestisce direttamente o mediante i propri subappaltatori per le aree territoriali indicate in offerta, senza che si pongano problemi di accertamento e di ripartizione delle responsabilità per eventuali inadempimenti del gestore del Servizio Universale. Dall'altro lato, le Stazioni Appaltanti hanno una più chiara consapevolezza della ripartizione delle competenze e possono continuare a interloquire direttamente con il Fornitore del Servizio Universale per la parte di corrispondenza affidatagli²⁶⁷.

Infine, tra le misure di promozione della concorrenza, va ancora segnalata la prassi di procedere alla suddivisione della commessa in lotti territoriali di destinazione della corrispondenza in partenza dalla Stazione Appaltante. Il frazionamento dei lotti, può recare un aumento dei costi di transazione e taluni problemi di interoperabilità soprattutto ove sia esternalizzata anche l'attività di stampa e imbustamento della corrispondenza, ma può sicuramente favorire le PMI dotate di reti di recapito con estensioni regionali o locali. La suddivisione in lotti, peraltro, oltre a essere consentita dalla normativa di settore è finanche raccomandata dalla nuova direttiva 2014/24 sugli appalti pubblici, che invita gli Stati membri a incoraggiare la

²⁶⁷ Le considerazioni sopra esposte sono state condivise anche dall'A.N.AC., Determinazione 9 dicembre 2014, n. 3, recante: "Linee guida per l'affidamento degli appalti pubblici di servizi postali", cit.

amministrazioni aggiudicatrici a suddividere in lotti i grandi appalti per le finalità appena menzionate²⁶⁸.

2. La definizione dei requisiti di qualificazione

Nelle procedure di evidenza pubblica per l'affidamento di contratti di appalti pubblici di servizi (e forniture) l'individuazione dei requisiti economico finanziari e tecnico organizzativi (anche detti speciali) di ammissione alla gara è rimessa a scelte discrezionali delle Stazioni Appaltanti, nei limiti fissati dai principi di ragionevolezza e proporzionalità, oltreché delle scarse indicazioni normative contenute negli artt. 41 (recante: capacità economica e finanziaria dei fornitori e dei prestatori di servizi) e 42 (recante: capacità tecnica e professionale dei fornitori e dei prestatori di servizi) del d.lgs. n. 163/2006²⁶⁹.

Mentre i requisiti generali, anche detti di moralità, sono predeterminati da norme primarie (segnatamente dall'art. 38 del d.lgs. n. 163/2006), quelli speciali vengono fissati dal committente in relazione allo specifico affidamento, sulla base di valutazioni che devono contemperare l'esigenza di evitare che

²⁶⁸ Cfr. Considerando n. 78 della direttiva 2014/24 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014 sugli appalti pubblici, che abroga la direttiva 2004/18/CE. Anticipando il recepimento della Direttiva l'art. 2, comma 1 *bis*, del Codice dei Contratti Pubblici (così come novellato dalla l. n. 214/2011, dalla l. n. 135/2012 e, infine, dalla l. 98/2013) già prevede che "nel rispetto della disciplina comunitaria in materia di appalti pubblici, al fine di favorire l'accesso delle piccole e medie imprese, le stazioni appaltanti devono, ove possibile ed economicamente conveniente, suddividere gli appalti in lotti funzionali".

²⁶⁹ Sulle problematiche inerenti la qualificazione dei concorrenti nel settore dei servizi e delle forniture, cfr., tra gli altri: M.V. FERRONI, *Il regime di qualificazione nei servizi e nelle forniture*, in *I contratti di appalto pubblico*, Vol. III, a cura di C. Franchini, Torino, 2007, 487; M. MARTINELLI, M. CALABRÒ, M.R. SPASIANO, M. TIBERIL, *La qualificazione per i servizi e le forniture*, in *Trattato sui contratti pubblici*, a cura di M.A. Sandulli, R. De Nictolis, R. Garofoli, Milano, 2008, vol. 3, 1378.

prendano parte alla procedura selettiva operatori privi di organizzazioni aziendali adeguate all'oggetto del contratto da eseguire e la contrapposta esigenza di non restringere eccessivamente il confronto concorrenziale²⁷⁰.

Un requisito soggettivo di idoneità professionale comunemente richiesto nelle gare di servizi postali è la titolarità della licenza individuale e dell'autorizzazione generale. Si tratta di un requisito di idoneità professionale (ex art. 39 del d.lgs. n. 163/2006) imprescindibile, il cui possesso è imposto dalla normativa postale, che preclude a soggetti privi di tali titoli abilitativi di operare nel mercato.

Come già evidenziato nel primo capitolo, l'attuale regolamentazione dei titoli abilitativi (in via di rivisitazione) non presuppone la verifica di specifiche dotazioni aziendali, né la disponibilità di reti di recapito di estensione significative. E si è visto come le “maglie larghe” della disciplina per il rilascio

²⁷⁰ Secondo consolidata giurisprudenza la *lex di gara* può richiedere ai concorrenti requisiti di partecipazione e di qualificazione più rigorosi e restrittivi di quelli minimi stabiliti dalla legge, purché tali ulteriori prescrizioni si rivelino rispettose dei principi di proporzionalità e di ragionevolezza con riguardo alle specifiche esigenze imposte dall'oggetto dell'appalto e comunque non introducano indebite discriminazioni nell'accesso alla procedura. Cfr., *ex multis*, Cons. Stato, Sez. V, 2 febbraio 2010 n. 426. Analogamente, cfr. TAR Lazio, Sez. I Ter, 14 gennaio 2014 n. 466, ove si specifica che “la scelta operata dalla Stazione appaltante in ordine all'introduzione dei requisiti e alle modalità di partecipazione alla gara può essere sindacata in sede di legittimità solo in quanto sia manifestamente irragionevole, arbitraria, irrazionale, sproporzionata, illogica e contraddittoria, con la precisazione che il Giudice – anche mediante il ricorso al sindacato estrinseco – può comunque valutare se la richiesta di un certo requisito sia correlata al concreto interesse perseguito dall'Amministrazione nella selezione del miglior contraente”. Nella letteratura economica sottolineano la necessità che i bandi siano concepiti creando le “pre-condizioni” indispensabili affinché il confronto tra le imprese sia informato a criteri di non discriminazione, proporzionalità e trasparenza R.P. MCAFEE – J. MCMILLAN, *Auction and Bidding*, in *Journal of Economic Literature*, 1987, 699; R.P. MCAFEE – J. MCMILLAN – P.J. RENY, *Extracting the surplus in the common value auction*, in *Econometrica*, 1989, 1451; J. BULOW – P. KLEMPERER, *Auction vs. Negotiations*, in *The American Economic Review*, 1996, 180.

dei titoli abilitativi abbia permesso l'acquisizione degli stessi da quasi quattromila operatori (molti costituiti da ditte individuali), a fronte di soli due operatori privati, che dichiarano di essere in grado di raggiungere con i propri prodotti più della metà della popolazione.

È evidente quindi come la richiesta ai fini dell'ammissione in gara della titolarità dei titoli abilitativi *de quibus* non sia affatto in grado di scongiurare il rischio che prendano parte alla procedura concorrenti privi di un'organizzazione adeguata all'esecuzione dei servizi commissionati.

Per tali ragioni, diverse stazioni appaltanti richiedono il possesso di un fatturato globale e specifico (in servizi analoghi) nel triennio precedente la pubblicazione del bando di gara commisurato all'importo dell'affidamento (e comunque non eccedente il doppio dell'importo a base d'asta)²⁷¹. Raramente le stazioni appaltanti prestano ossequio alle indicazioni provenienti dall'art. 41, co. 2, del d.lgs. n. 163/2006²⁷², ove si stabilisce che “sono illegittimi i criteri che fissano, senza congrua motivazione, limiti di accesso connessi al fatturato aziendale”, limitandosi a imporre i requisiti *de quibus* senza esplicitare le ragioni delle richieste. Tuttavia, la scarsa selettività dei titoli abilitativi sembra

²⁷¹ Secondo l'AVCP (ora AN.AC.) le stazioni appaltanti possono richiedere un fatturato globale d'impresa e/o un fatturato specifico in servizi analoghi a quelli commissionati realizzati negli ultimi tre esercizi (precedenti alla pubblicazione del bando di gara) per un valore fino al doppio di quello posto a base di gara. Cfr. AVCP (ora AN.AC.), parere di precontenzioso 24 luglio 2013, n. 129. Analogamente cfr. TAR Emilia Romagna, Bologna, sez. I, 11 aprile 2008, n. 1424. Nello stesso senso cfr. Cons. Stato, sez. V, 23 gennaio 2006, n. 206; Cons. Stato, sez. V, 1 ottobre 2003, n. 5684, in *Giustamm.*, 2003, 1126, che hanno considerato illegittima la clausola del bando che richiedeva ai concorrenti un fatturato superiore al doppio del corrispettivo presunto dell'appalto medesimo, ritenendo la suddetta clausola viziata da un'illogica e irrazionale sproporzione tra i criteri di filtro di partecipabilità alle gare e l'oggettiva tipologia della gara in esame.

²⁷² Così come modificato dal d.l. 95/2012, conv. in legge 135/2012.

fornire una giustificazione (forse *in re ipsa*) dell'imposizione di requisiti di questo tipo.

Altre stazioni appaltanti richiedono (talvolta unitamente al possesso di un certo fatturato globale e specifico) la disponibilità di requisiti di copertura, espressi in termini di percentuali del territorio nazionale raggiunto dalla rete di recapito del concorrente (ad es. il 70% del territorio nazionale).

Questa prassi, invece, presenta diversi inconvenienti.

In primo luogo, v'è il rischio di effetti restrittivi della concorrenza estremamente significativi. Ad esempio, la richiesta del possesso di un'organizzazione aziendale in grado di recapitare la corrispondenza sul 90% del territorio nazionale (senza ricorrere al subappalto), precluderebbe l'accesso alla procedura per tutti gli operatori privati, rendendo totalmente vano l'espletamento della gara, cui, allo stato, potrebbe partecipare esclusivamente Poste Italiane. Anche riducendo il grado di copertura al 50% del territorio nazionale si rischierebbe di restringere eccessivamente il confronto concorrenziale a non più di tre concorrenti, rafforzando il livello di concentrazione del mercato e impedendo la partecipazione alle PMI.

In secondo luogo, v'è il rischio di *moral hazard* connesso alle difficoltà di espletare controlli efficaci sulle dichiarazioni rese dai concorrenti in merito all'ampiezza del territorio raggiunto dai propri servizi. Mentre requisiti quali il fatturato vanno comprovati con la documentazione contabile della società, il grado di estensione della rete di recapito della corrispondenza non è oggetto di alcuna certificazione pubblica o privata e non si presta ad essere agevolmente misurata. Anche un'azienda con un solo portalettere paradossalmente potrebbe dichiarare un grado di copertura anche molto ampio confidando nella possibilità

di comprovare il requisito dichiarando un raggio d'azione del portalettere più ampio del reale e giocando sul livello dei costi che intende sobbarcarsi per il reperimento di un singolo invio (se si prescindesse dai vincoli di costo un solo portalettere potrebbe teoricamente recapitare in tutto il territorio nazionale assumendo oneri di trasporto sproporzionati rispetto alle tariffe).

In terzo luogo, il requisito di copertura territoriale andrebbe, al più, riferito ai luoghi di destinazione della corrispondenza in partenza dalla stazione appaltante e non già alla superficie territoriale raggiunta dall'operatore. Mentre nei servizi di telefonia mobile la superficie territoriale coperta dalle onde elettromagnetiche rappresenta un parametro utile per la misurazione dei livelli di servizio, nei servizi postali rileva il grado di copertura dei luoghi di dimora, di residenza o di elezione, in cui è stabilmente ubicata la popolazione.

L'inadeguatezza del requisito del grado di copertura territoriale fa riemergere la necessità di individuare parametri selettivi più appropriati e meno distorsivi.

Un parametro che potrebbe risultare confacente con la connotazione *labour intensive* dei servizi postali potrebbe essere espresso dal rapporto tra la quantità di corrispondenza da gestire e l'organico nella disponibilità del concorrente, anche al fine di combattere i fenomeni di *dumping sociale*, favoriti dall'assenza di significativi costi di formazione del personale e di adeguati controlli.

La creazione di barriere di ingresso, legate al rapporto tra le dotazioni organiche delle imprese concorrenti e i volumi di corrispondenza da recapitare, potrebbe incentivare meccanismi virtuosi di emersione del lavoro irregolare.

Il rapporto tra dotazioni organiche e flussi di corrispondenza dovrebbe tener conto della diversa incidenza del costo della manodopera sulle tariffe dei prodotti postali e potrebbe essere espresso secondo le seguenti proporzioni:

- 1 addetto ogni 120.000 pezzi di ordinaria da spedire nell'arco di un anno;
- 1 addetto ogni 30.000 pezzi di raccomandata da spedire nell'arco di un anno;
- 1 addetto ogni 17.000 pezzi di notifiche da spedire nell'arco di un anno²⁷³.

Un ulteriore requisito che potrebbe essere opportuno introdurre nell'ambito dei servizi postali è il possesso di un certo coefficiente di legalità, fissato secondo il *rating* curato dall'AGCM, ai sensi dell'art. 5-ter del d.l. n. 1/2012 convertito con modificazioni nella l. n. 62/2005, ai fini dell'accesso al credito bancario e alla concessione di finanziamenti pubblici²⁷⁴.

²⁷³ I rapporti quantitativi sono stati elaborati da FISE ARE e parzialmente condivisi nel corso dei lavori del tavolo tecnico costituito dall'AVCP (ora A.N.AC.), confluiti nella Determinazione 9 dicembre 2014, n. 3 recante: “*Linee guida per l'affidamento degli appalti pubblici di servizi postali*”, cit.

²⁷⁴ Nel protocollo di intesa sottoscritto dall'A.N.AC. e dall'AGCM in data 12 dicembre 2014, reperibile *on line* http://www.agcm.it/trasp-statistiche/doc_download/4581-testoprotocollo-agcmanac-dell11122014pdf.html, le due Autorità hanno dichiarato il comune intento di ampliare l'impiego di questo strumento. L'art. 4 del citato protocollo prevede espressamente quanto segue: “Nell'ambito del procedimento di attribuzione del *rating* di legalità alle imprese l'A.N.AC. e l'AGCM collaborano nell'applicazione del Regolamento attuativo in materia di rating di legalità adottato con delibera dell'AGCM del 14 novembre 2012, e successive modifiche, anche al fine di promuovere un maggiore utilizzo del *rating* di legalità. 2. L'AGCM e l'A.N.AC. concordano le migliori modalità attuative del Regolamento anche allo scopo di semplificare i rapporti di collaborazione tra le Autorità”.

Il *rating* di legalità viene rilasciato sulla base di verifiche che per molti versi sono ridondanti rispetto ai requisiti previsti dall'art. 38 del d.lgs. n. 163/2006, con talune significative differenze.

Ai sensi dell'art. 2, comma 2, lett. d del Regolamento attuativo in materia di *rating* di legalità²⁷⁵ l'impresa richiedente non può ottenere il *rating* minimo (una stella) qualora sia stata destinataria di provvedimenti di condanna dell'Autorità e della Commissione europea per illeciti *antitrust* gravi, divenuti inoppugnabili o confermati con sentenza passata in giudicato nel biennio precedente la richiesta di *rating* (salvo il caso di non imposizione o riduzione della sanzione amministrativa pecuniaria in seguito alla collaborazione prestata nell'ambito di un programma di clemenza nazionale o europeo).

Questa fattispecie interdittiva, allo stato, non trova cittadinanza nella normativa che disciplina l'accesso alle procedure selettive per l'affidamento di contratti pubblici, ma potrebbe essere opportuno introdurla quantomeno nei bandi aventi ad oggetto servizi ricadenti in mercati caratterizzati da assetti oligopolistici, quale quello postale.

L'introduzione di un requisito di accesso alle gare legato al possesso del *rating* minimo potrebbe trovare un ostacolo nel disposto dell'art. 46, comma 1 *bis*, del d.lgs. n. 163/2006, che ha codificato il principio di tassatività delle ipotesi di esclusione dei concorrenti dalle procedure di gara, vietando alle stazioni appaltanti di disporre l'estromissione di operatori economici per la violazione di prescrizioni che non siano contenute nel d.lgs. n. 163/2006, nel

²⁷⁵ Adottato con Delibera AGCM 14 novembre 2012, n. 24075.

d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207 (Regolamento di esecuzione ed attuazione del Codice dei contratti pubblici) o in altre disposizioni di legge²⁷⁶.

É pur vero, tuttavia, che gli illeciti *antitrust* si configurano in ragione delle violazioni di norme contenute nella legge 10 ottobre 1990, n. 287 e nel Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea, sicché un'interpretazione plausibile del principio di tassatività delle ipotesi di esclusione dalle gare pubbliche dovrebbe indurre a ricomprendere tra le fattispecie interdittive ammissibili anche quelle legate alla violazione di altre norme primarie (pur se non contenute nel codice dei contratti pubblici e nel relativo regolamento attuativo) per le quali non sia normativamente prevista l'estromissione dalle gare.

Abbracciando una soluzione di compromesso l'AN.AC. ha ritenuto di poter suggerire l'impiego del *rating* di legalità non già come barriera di ingresso per l'ammissione alle gare, bensì come criterio di valutazione ai fini dell'attribuzione di punteggi premianti in sede di individuazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa²⁷⁷.

²⁷⁶ Per più ampi riferimenti anche bibliografici sia consentito rinviare a D. CAPOTORTO, *Forma e sostanza nella partecipazione alle gare pubbliche: tassatività delle cause di esclusione, integrazioni, controlli sui requisiti e sanzioni*, in *GiustAmm.it*, 9/2012.

²⁷⁷ Cfr. A.N.AC., Determinazione 9 dicembre 2014, n. 3, recante: “*Linee guida per l'affidamento degli appalti pubblici di servizi postali*”, cit., ove si legge: “per gli appalti di maggiori dimensioni, le stazioni appaltanti possono valutare l'opportunità di attribuire un punteggio aggiuntivo e proporzionato alle imprese in possesso del *rating* di legalità rilasciato dall'AGCM ai sensi dell'art. 5 *ter* decreto-legge 24 gennaio 2012, n. 1, o di certificazioni equivalenti rilasciate alle imprese straniere da altri organismi o autorità pubbliche. Ciò poiché possono richiedere il *rating* di legalità esclusivamente le imprese italiane con un fatturato superiore ai due milioni di euro. Pertanto, al fine di garantire l'effettiva partecipazione alle gare, a parità di condizioni, delle piccole e medie imprese, si suggerisce di introdurre tale criterio di valutazione esclusivamente per gli appalti per i quali il fatturato minimo di partecipazione, per

3. *Le associazioni temporanee di imprese (ATI) nella prospettiva antitrust e le difficoltà di recepimento delle segnalazioni AGCM nel settore postale*

L'associazione temporanea di imprese (ATI) è uno strumento apprestato dall'ordinamento per consentire alle imprese che la costituiscono di sommare i rispettivi requisiti economico finanziari e tecnico organizzativi, accedendo a gare cui altrimenti sarebbe loro preclusa la partecipazione²⁷⁸. Le imprese in ATI (costituita o costituenda) presentano un'unica offerta e si ripartiscono internamente le quote del contratto *in eundo* che verrà concluso in caso di aggiudicazione.

L'istituto, dunque, si presta a essere innanzitutto impiegato per favorire la partecipazione alle gare delle PMI.

le imprese che partecipino anche in qualità di mandatarie, sia superiore a tali soglie. Il *rating* di legalità, infatti, rientra nel più ampio contesto delle misure volte a contrastare i comportamenti illegali delle imprese ed il fenomeno della corruzione negli appalti pubblici, nonché le interferenze delle organizzazioni criminali con l'attività di impresa che possono ostacolare il corretto operare dei meccanismi del mercato postale”.

²⁷⁸ Sulla configurazione giuridica delle associazioni temporanee di imprese cfr. D. CORAPI, *Le associazioni temporanee di imprese*, Milano, 1983; M. MAZZAMUTO, *I raggruppamenti temporanei d'impresa tra tutela della concorrenza e tutela dell'interesse pubblico*, in *Rivista di Diritto Pubblico Comunitario*, 2003, 182; F. CARDARELLI, *I raggruppamenti temporanei ed i consorzi ordinari di concorrenti*, in *Trattato sui contratti pubblici*, a cura di M.A. Sandulli – R. De Nictolis – R. Garofoli, Milano, 2008, 1127. Per dei commenti sul tema delle ATI “sovrabbondanti” cfr. P. CARBONE, *Brevi considerazioni sulle associazioni temporanee di imprese non necessarie*, in *Rivista trimestrale degli appalti*, 2012, 529; R. MANGANI, *Raggruppamenti “sovrabbondanti” e tutela della concorrenza*, in www.Giustamm.it, 7/2013; G. PASANISI, *Le ATI sovrabbondanti nel comunicato del Presidente dell'AVCP del 12 maggio 2014*, in www.Giustamm.it, 6/2014.

Si è però anche constatato come l'associazione temporanea di imprese (analogamente ai consorzi ordinari e ad altre forme di aggregazione propedeutiche alla partecipazione alle procedure di evidenza pubblica) produca un'oggettiva e inevitabile restrizione del confronto competitivo quando aggreghi aziende che risultino ciascuna in possesso dei requisiti per partecipare alla gara *singulatim*: è, infatti, evidente che in questo modo si determina una algebrica riduzione del numero di offerte presentate in concorrenza l'una contro l'altra nella medesima gara.

L'ATI può diventare, dunque, uno strumento operativo funzionale alla concretizzazione di pratiche concordate o di intese restrittive della concorrenza.

In ragione della constatazione di questi pericoli, l'AGCM in una serie di segnalazioni, ha raccomandato alle stazioni appaltanti di inserire nei bandi clausole che vietino la partecipazione alle gare di ATI cc.dd. "sovrabbondanti", composte cioè da due o più imprese ciascuna in possesso di tutti i requisiti economico finanziari e tecnico organizzativi di ammissione alla gara²⁷⁹.

²⁷⁹ Cfr. AGCM, 30 gennaio 2003, AS251, in *Boll.* 5/2003; AGCM 22 novembre 2007, n. 17623, I670, *Acea - Suez Environnement/publiacqua*, in *Boll.* 44/2007, par. 148, ove si segnala che "quando il RTI raggruppi imprese tra loro direttamente concorrenti e particolarmente qualificate, autonomamente titolari dei requisiti richiesti per la partecipazione alla gara, a prescindere dall'oggetto dell'intesa il raggruppamento ha pur sempre un effetto restrittivo della concorrenza, in quanto riduce il numero dei partecipanti più idonei al confronto competitivo e realizza un coordinamento totale tra gli associati, con evidenti conseguenze negative a carico del soggetto appaltante". Nello stesso senso cfr. AGCM, 27 aprile 2007, AS387, *Modalità di svolgimento della gara per l'affidamento del servizio idrico integrato nell'ambito territoriale ottimale 1- Palermo*, in *Boll.*, 15/2007, che, sempre con riguardo ai possibili effetti restrittivi dell'ATI, segnala come lo strumento "vada sempre verificato nella sua idoneità in concreto, ben potendo determinare una diminuzione del grado di concorrenza ove consenta a soggetti in grado di partecipare anche autonomamente di presentarsi insieme ad altri soggetti propri rivali, diminuendo così artificiosamente l'effettività ed estensione della competizione". A seguito dell'introduzione dell'art. 46, comma 1 bis, del d.lgs. n. 163/2006 (che come detto ha introdotto

Anche la giurisprudenza amministrativa e l'AVCP (ora A.N.AC.), almeno in una prima fase, si erano orientate nello stesso senso²⁸⁰.

Una più matura analisi del problema ha indotto gli interpreti a rivedere queste raccomandazioni, invitando le stazioni appaltanti a introdurre non già

il principio di tassatività delle ipotesi di esclusione), l'AGCM è ritornata sulla tematica con la segnalazione AS880 del 21 novembre 2011 in *Boll.* n. 44/2011, in cui si è rinnovato l'invito ad inserire nei bandi clausole di esclusione dei raggruppamenti costituiti da due o più imprese che già singolarmente posseggano i requisiti finanziari e tecnici per partecipare alla gara, atteso che il ricorrere di tale circostanza «benché non dimostri di per sé l'esistenza di un'intesa vietata dalla normativa antitrust, rappresenta, tuttavia, un indizio della possibile volontà collusiva delle imprese partecipanti al raggruppamento. L'inserimento nel bando di una clausola di questo genere, quindi, può senz'altro contribuire a scongiurare i rischi derivanti da possibili comportamenti opportunistici e/o collusivi delle aziende che, in ultima analisi, sono destinati a ripercuotersi sui risultati della procedura di gara» (in termini Segnalazione AGCM AS880, cit.). Nella prefata segnalazione si chiarisce, altresì, che la facoltà delle stazioni appaltanti di escludere le ATI sovrabbondanti è da ricondursi non già alle direttive comunitarie in materia di appalti pubblici, bensì ad una fonte ad esse superiore: il Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea, che all'art. 101 vieta le intese aventi per oggetto o per effetto quello di falsare e/o restringere la concorrenza.

²⁸⁰ Cfr., *ex multis*, Cons. Stato, sez. VI, 18 gennaio 2011, n. 351; Cons. Stato, sez. VI, 9 aprile 2009 n. 2203; Cons. Stato, sez. IV, 19 giugno 2009, n. 4145. In qualche caso si è giunti ad ipotizzare che il divieto operi finanche in assenza di una specifica clausola contenuta nella *lex specialis*. Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 18 gennaio 2011, n. 351, ove si legge: “in taluni casi concreti l'Autorità garante e la giurisprudenza ha ritenuto illecita, sul piano del diritto di concorrenza, la costituzione ex ante di A.T.I. a prescindere da ogni esigenza reale rispetto ai requisiti previsti dai bandi di gara, quando si inserisca in un più complesso contesto collusivo caratterizzato dall'esistenza di intese a monte rappresentate da accordi puntuali e "macroaggregazioni" aventi quale loro oggetto esplicito la disciplina del comportamento delle imprese per fini anticoncorrenziali più che per la finalità sinergica volta al miglioramento dell'offerta. Anche tale questione merita, ad avviso della Sezione, un approfondimento per valutare se sia il caso di pervenire ad un divieto generalizzato, pur in difetto di espressa previsione nell'art. 38 codice appalti”. Nello stesso senso si era orientata anche l'Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici, sia nel parere del 28 gennaio 2010, n. 13, sia nella Deliberazione del 7 ottobre 2009 n. 79, ove si invitavano le stazioni appaltanti ad accogliere la segnalazione dell'AGCM e, quindi, a “limitare la possibilità di associarsi in RTI da parte di due o più imprese che singolarmente sarebbero in grado di soddisfare i requisiti finanziari e tecnici per poter partecipare alla gara, contemplando un espresso divieto nel bando di gara”.

divieti *per se*, bensì clausole improntate alla *rule of reason*²⁸¹, da applicare mediante una valutazione caso per caso ed ammettendo sostanzialmente l'*efficiency defence*.

In questi termini sembrano potersi compendiare sia le indicazioni provenienti dalla più recente giurisprudenza amministrativa²⁸², sia quelle rese

²⁸¹ Sulla distinzione citata si rinvia a: O. BLACK, *Per Se Rules and Rules of Reason: What Are They?*, in *European Competition Law Review*, 1997, 145. Per approfondimenti in merito al dibattito statunitense sull'impiego su questo tipo di divieti in campo *antitrust* cfr. R. PARDOLESI, *Analisi economica e diritto antitrust*, in *Venti anni dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, a cura di C. Rabitti Bedogni – P. Barucci, Torino, 2010, 123.

²⁸² Cfr. Cons. Stato, sez. III, 11 giugno 2012, n. 3402, ove si legge: “la legittimità della scelta di limitare a priori la facoltà delle imprese di associarsi in ATI per ragioni *antitrust*, non può che essere valutata in concreto, con riferimento alla diverse fattispecie, dovendosi ritenere che la facoltà delle stazioni appaltanti di non ammettere imprese sovrabbondanti alle gare resta soggetta agli ordinari canoni di proporzionalità e di ragionevolezza, sia con riguardo all'oggetto dell'appalto, sia con riferimento alla utilità pubblica sperata, con la conseguenza che tale scelta può ritenersi illegittima solo se non risponde ad alcuna reale esigenza sottesa all'evidenza pubblica, se meramente astratta, non proporzionata al concreto oggetto dell'appalto e non suffragata da gravi indizi di intese di cartello tra le imprese”. Analogamente cfr. Cons. Stato, Sez. III, 19 novembre 2012, n. 5820; Cons. Stato, Sez. III, 5 febbraio 2013, n. 689, ove si sostiene che “il divieto di tal tipo di ATI non è posto in assoluto, né sarebbe legittimamente possibile, stante l'evidente *favor* del diritto comunitario alla partecipazione alle gare ad evidenza pubblica anche dei soggetti riuniti, al di là della forma giuridica di tale loro aggregazione. Il divieto, come d'altronde ogni limite quantitativo all'ingresso di operatori in un dato mercato competitivo, anche regolato, serve a garantire che non si verifichi un'indebita, sproporzionata o irrazionale compressione della corrispondenza nella specifica gara. Di converso, il divieto va interpretato secondo gli ordinari canoni di valutazione di coerenza della fonte con le regole ed i principi costituzionali e comunitari, ossia precludendo siffatta partecipazione con riguardo alle evidenze del mercato proprio dell'appalto e nei soli limiti in cui ciò sia necessario. Da ciò discende, per un verso, la necessità di fornire un serio principio di prova dell'interesse concreto e differenziato, ossia del bisogno giuridico dell'appellante di partecipare alla gara nella modalità di ATI sovrabbondante ed in quella sola peculiare modalità”.

dall'A.N.AC., in difformità dalle indicazioni precedentemente rese dalla medesima Autorità²⁸³.

Ciò premesso può ora evidenziarsi come nel mercato postale l'introduzione di divieti di questo tipo finisca per generare effetti per molti versi paradossali.

Le tendenze oligopolistiche del mercato dei servizi di recapito renderebbe oltremodo opportuna l'introduzione di misure precauzionali atte a

²⁸³ Cfr. AVCP (ora A.N.AC.), Determinazione 10 ottobre 2012, n. 4, che – in difformità dalle precedenti indicazioni rese con il parere n. 13/2010, cit. e con la deliberazione n. 79/2009, cit. – ha specificato che: “è ammissibile l’inserimento di una clausola di esclusione *ad hoc* qualora ciò sia proporzionato e giustificato in relazione alle esigenze del caso specifico, quali la complessità del servizio e/o l’assetto del mercato di riferimento, fermo restando che l’esclusione non potrà mai essere automatica. Deve, infatti, essere assicurata alle imprese la possibilità di giustificare, di fronte alla stazione appaltante, la necessità di unirsi in raggruppamento temporaneo presentando idonea documentazione. Tale giustificazione non dovrà, tuttavia, limitarsi ad una mera “autocertificazione”, ma dovrà essere basata su precisi elementi in grado di corroborare la tesi delle imprese associate quali, ad esempio, il piano di *business* che evidenzia l’opportunità di partecipare in RTI alla luce del valore/dimensione/tipologia del servizio richiesto o dell’attuale stato delle imprese coinvolte (coinvolgimento in altri servizi, stato di difficoltà, temporanea impossibilità di utilizzare i mezzi a disposizione)”. La Determinazione appena citata è stato oggetto un successivo chiarimento fornito con un comunicato del 3 settembre 2014 a firma del Presidente dell’AN.AC., con cui si è ribadito il principio secondo cui: “le indicazioni contenute nella determinazione n. 4/2012 devono, quindi, essere intese nel senso che è sempre consentita la possibilità di costituire raggruppamenti temporanei, anche di tipo sovrabbondante, e che l’esclusione non potrà mai essere automatica. Infatti, qualora la stazione appaltante ravvisi possibili profili anticoncorrenziali nella formazione del raggruppamento ha l’onere di valutare in concreto la situazione di fatto, richiedendo ai concorrenti le relative giustificazioni, che potranno basarsi non solo su elementi legati ad eventuali stati di necessità, in termini di attuale capacità produttiva, ma su ogni altro fattore rientrante nelle libere scelte imprenditoriali degli operatori economici, come l’opportunità ovvero la convenienza di partecipare in raggruppamento alla luce del valore, della dimensione o della tipologia del contratto. Nell’ambito della valutazione di tali elementi, la stazione appaltante dovrà, quindi, accertare se la formazione del raggruppamento ha avuto per oggetto o per effetto quello di falsare o restringere la concorrenza, e solo in caso di esito positivo potrà essere disposta l’esclusione dalla gara”.

scongiurare intese restrittive della concorrenza, eppure la discrasia esistente tra il tipo di organizzazione necessaria per garantire l'esecuzione del servizio di recapito su tutto il territorio nazionale e i requisiti tecnici normalmente richiesti per l'ammissione alle gare (che come visto in precedenza si esauriscono per lo più nella richiesta del possesso dei titoli abilitativi o di certe soglie di fatturato globale e specifico), fa sì che l'introduzione di divieti di ATI sovrabbondanti finisca per generare delle insormontabili barriere all'ingresso, producendo esattamente quegli effetti restrittivi che le clausole *de quibus* dovrebbero mirare a scongiurare.

Infatti, se si considera che nessun operatore privato dispone di una rete in grado di coprire il 100% del territorio nazionale è agevole intuire con quanta frequenza sorga la necessità di coinvolgere molteplici imprese per garantire l'esecuzione di commesse bandite da stazioni appaltanti di rilievo nazionale.

L'apporto di altri *partner* può rendersi totalmente superfluo ai fini del soddisfacimento dei requisiti di ammissione alla gara, ma cionondimeno risultare indispensabile per garantire operativamente il recapito nelle varie aree territoriali di riferimento, sempre che l'appaltatore non voglia ricorrere alla "postalizzazione".

In sintesi, la creazione di ATI sovrabbondanti nelle gare di servizi postali economicamente più significative risulta l'unica opzione percorribile per garantire l'effettivo adempimento delle prestazioni contrattuali, riducendo il ricorso alla "postalizzazione", che, come abbiamo visto, costituisce una soluzione per molti versi inefficiente.

Sicché l'introduzione di divieti alla costituzione di ATI sovrabbondanti, anziché prevenire la formazione di cartelli, determina distorsioni a tutto

vantaggio del gestore del servizio universale (l'unico in grado di garantire mediante la propria struttura diretta una copertura che si avvicina alla totalità del territorio nazionale) e a discapito delle imprese private, che pur singolarmente in possesso dei requisiti, non possono operativamente eseguire la commessa se non attraverso la costituzione di ATI con altre imprese (sempre dotate dei requisiti di ammissione) operanti su aree territoriali complementari²⁸⁴.

Analoghe considerazioni, possono svolgersi anche con riguardo al divieto di modificare la forma (singola o associata) o la composizione dell'ATI (o del consorzio) con cui ciascun concorrente presenta offerte nei vari lotti in cui si articola l'affidamento (frequentemente previsto dalle stazioni appaltanti nelle procedure di gara bandite contestualmente per una pluralità di lotti)²⁸⁵.

La prescrizione appena menzionata ha cominciato ad avere una certa diffusione a seguito del caso *Pellegrini*, in cui si è accertata una pratica concordata tra i principali operatori del settore dei servizi sostitutivi di mensa mediante buoni pasto per determinare congiuntamente le modalità di partecipazione a una gara indetta da Consip, perpetrata proprio attraverso l'individuazione concertata della composizione delle varie Associazioni Temporanee di Imprese, nonché delle imprese destinate a presentarsi

²⁸⁴ Le considerazioni sopra esposte sono state condivise anche dall'A.N.AC. nella Determinazione 9 dicembre 2014, n. 3, recante: “*Linee guida per l'affidamento degli appalti pubblici di servizi postali*”, cit.

²⁸⁵ Cfr. e.g. Bando trasmesso alla GUUE in data 10 agosto 2012, CIG 4478650AE3, relativo alla gara commissionata da Consip S.p.a. (Concessionaria Servizi Informatici Pubblici) nella procedura aperta per l'affidamento dei servizi postali per la gestione della corrispondenza dell'INAIL e nell'allegato disciplinare che, all'art. 2.2., ha introdotto il seguente divieto a pena di esclusione: “il soggetto che intenda partecipare a più lotti è tenuto a presentarsi sempre nella medesima forma (individuale o associata) ed in caso di R.T.I. o Consorzi, sempre con la medesima composizione, pena l'esclusione del soggetto stesso e del concorrente in forma associata cui il soggetto partecipa”.

singolarmente nei vari lotti (fissando, altresì, congiuntamente i livelli di sconto delle singole offerte per i vari lotti, determinandone in questo modo la ripartizione)²⁸⁶.

Ebbene, questo genere di prescrizioni costringono i concorrenti a creare macro RTI inserendo imprese che possono dare un contributo limitato ad alcuni lotti e non in altri in ragione della loro specifica localizzazione territoriale.

In caso di aggiudicazione di un solo lotto in favore di un certo concorrente plurisoggettivo (che ha partecipato a più lotti) l'ATI che andrà a siglare il contratto sarà giocoforza composta anche da imprese che avranno quote di partecipazione e di esecuzione del servizio pari allo 0% e che sono state inserite in ATI solo per il contributo che avrebbero eventualmente potuto rendere in caso di aggiudicazione di altri lotti relativi ad altre aree geografiche (diverse da quelle ricomprese nel lotto aggiudicato).

La rimozione degli obblighi *de quibus* permetterebbe di scongiurare le distorsioni appena evidenziate, che finiscono per attribuire una responsabilità solidale²⁸⁷ ad imprese che, di fatto, non hanno (o possono non avere) alcun ruolo nell'esecuzione della commessa²⁸⁸.

²⁸⁶ AGCM, provv. 13 giugno 2001, n. 10831, I463 – Pellegrini/Consip in *Boll.*, 24/2002. Per un commento del caso cfr. L. FIORENTINO, *Appalti pubblici e concorrenza*, in *Venti anni dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, cit., 123.

²⁸⁷ Come noto, infatti, tutte le imprese facenti parte di un RTI orizzontale rispondono in solido del corretto adempimento delle prestazioni ai sensi dell'art. 37, co. 5, d.lgs. n. 163/2006.

²⁸⁸ Anche queste ultime considerazioni sono state recepite dall'A.N.AC. nella Determinazione 9 dicembre 2014, n. 3, recante: “*Linee guida per l'affidamento degli appalti pubblici di servizi postali*”, cit.

4. La partecipazione di Poste Italiane alle procedure di evidenza pubblica: il Gerione trifronte gioca contro i pulcini e l'arbitro è bendato

Nel mercato dei contratti pubblici la stessa Società (Poste Italiane S.p.a.) riveste non meno di tre ruoli distinti: è stazione appaltante committente di servizi postali²⁸⁹, Fornitore del Servizio Universale e concorrente nelle gare per l'affidamento di servizi postali bandite da altre stazioni appaltanti. Un vero Gerione trifronte, che, peraltro, si ritrova a commissionare servizi in qualità di stazione appaltante agli stessi operatori con cui è in concorrenza e dai quali, per converso, riceve affidamenti (anche per il tramite della "postalizzazione") per le aree territoriali non coperte dalle reti di recapito dei nuovi entranti.

A queste molteplici funzioni si aggiungono quelle legate alle attività di Bancoposta, nonché le variegate attività della holding.

Il punto di maggiore criticità, sotto il profilo dei rischi di alterazione delle dinamiche concorrenziali, non è tanto rappresentato dalla natura pubblica dei soci che hanno il controllo di Poste Italiane, quanto dai finanziamenti pubblici che la stessa riceve a titolo di compensazione per lo svolgimento del servizio universale commissionato per legge (senza l'espletamento di una procedura selettiva), cui si aggiungono gli affidamenti diretti di servizi di

²⁸⁹ Ci si riferisce ai servizi postali di cui all'art. 211 del d.lgs. n. 163/2006, rientranti nei settori speciali aggiudicati dagli enti aggiudicatori e disciplinati dalla parte III del Codice dei Contratti Pubblici. Si è anche sostenuto che Poste Italiane S.p.a. non sarebbe qualificabile né come organismo di diritto pubblico, né come impresa pubblica, ma soltanto come soggetto titolare di diritti speciali ed esclusivi (comunque tenuto all'applicazione di procedure di evidenza pubblica, ma secondo una disciplina che presenta taluni alleggerimenti procedimentali). Ci si riferisce alle posizioni espresse da ANDREA M. SANDULLI, *Servizi postali e procedure per l'acquisizione di lavori, servizi e forniture*, cit., 334. La tesi, pur ben motivata, non appare in linea con la giurisprudenza maggioritaria e sottovaluta (pur menzionandoli) molti indici che inducono a ritenere sussistente un'influenza pubblica dominante.

raccolta del risparmio con commissioni di diverse centinaia di milioni di euro l'anno (su cui si rinvia a quanto esposto nel secondo capitolo).

L'ordinamento domestico, in situazioni oggettivamente meno rischiose sul piano dell'alterazione dei meccanismi concorrenziali, contempla divieti inderogabili di partecipazione alle procedure di evidenza pubblica per soggetti che beneficiano di privilegi legati a legami intercorrenti con amministrazioni pubbliche.

Ci si riferisce, in particolare, all'art. 13 del c.d. decreto Bersani²⁹⁰, che vieta alle società a capitale pubblico o misto partecipate da enti locali e regionali cd. strumentali (e cioè costituite o partecipate per la produzione di beni e servizi funzionali all'attività degli enti predetti o per l'espletamento esternalizzato di funzioni amministrative) di svolgere, a qualsiasi titolo (in affidamento diretto o con gara), prestazioni in favore di committenti pubblici terzi (diversi da quelli controllanti)²⁹¹.

²⁹⁰ Decreto legge 4 luglio 2006, n. 223, convertito, con modificazioni, dalla legge 4 agosto 2006, n. 223.

²⁹¹ I contributi dottrinari sulle implicazioni della norma citata sono ampi. Si segnalano, tra gli altri, D. FLORENZANO, *Le società delle amministrazioni regionali e locali: l'art. 13 del D.L. 4 luglio 2006, n. 223*, Padova, 2008; M. CAMMELLI – M. DUGATO, *Le società degli enti territoriali alla luce dell'art. 13 del d.l. n. 223/2006*, in *Studi in tema di società a partecipazione pubblica*, a cura di M. Cammelli e M. Dugato, Torino, 2008, 347; M. FRACANZANI, *Le società degli enti pubblici: tra autonomia di impresa e responsabilità erariale. Riflessioni per un'actio finium regundorum su partecipazioni al capitale, socio d'opera, oggetto sociale, limiti soggettivi a contrarre ed a concorrere nelle pubbliche gare, dopo le riforme 2006-2009*, disponibile on line sul sito www.giustizia-amministrativa.it; V. RICCIUTO, *Liberalizzazione del mercato e imprese pubbliche: il nuovo quadro normativo nella prospettiva del diritto privato*, in C. Franchini – F. Tedeschini (a cura di), *Una nuova pubblica amministrazione: aspetti e prospettive di riforma dell'attività contrattuale*, cit., 37; A. BARTOLINI, *Società di gestione dei servizi pubblici locali tra art. 13 del decreto Bersani ed art. 23-bis del D.L. 112/2008*, in *Urb. e*

Il divieto mira a scongiurare rischi di alterazione dei meccanismi concorrenziali che, *a fortiori*, si ravvisano rispetto alle società controllate dallo Stato che svolgono omologhe attività; tuttavia, trattandosi di norma eccezionale (ponendo un limite alla libertà imprenditoriale) la stessa risulta di stretta interpretazione e insuscettibile di applicazione analogica al di fuori della tipologia di società ivi menzionate.

Cionondimeno può evidenziarsi come la restrizione del relativo ambito di applicazione alle sole società partecipate da enti locali o regionali appaia non solo irrazionale – trattando diversamente situazioni in tutto e per tutto analoghe, con conseguente violazione del principio di uguaglianza sancito dall’art. 3 Cost. –,²⁹² ma anche distonica rispetto alle logiche che muovono la disciplina *antitrust*, che viceversa tende a non occuparsi delle operazioni di scarso rilievo (*de minimis rule*), focalizzando gli interventi sulle fattispecie che, per dimensioni economiche rispetto al mercato di riferimento, assumono una rilevanza tale da giustificare l’intervento delle Autorità. Il divieto del decreto Bersani sembra invece animato da una *ratio* speculare (e fortemente discutibile): porre restrizioni a carico delle società che operano su dimensioni

app., 2009, 741; D. CASALINI, *Oltre la tutela della concorrenza: le forme giuridiche nazionali di esercizio dell’impresa pubblica*, in *Giorn. dir. amm.*, 2009, 969.

²⁹² Come la dottrina ha già rilevato, cfr. in questo senso S. VINTI, *La circolarità logica del diritto amministrativo*, Torino, 2014, 80, che nota come a fronte dell’inclusione nell’ambito di applicazione della norma delle società pubbliche locali e regionali risulti “illogica la scelta di escludere tutte le società di rilievo nazionale controllate dalle amministrazioni e dagli enti pubblici statali. Esse, infatti, proprio in ragione della maggiore estensione del mercato in cui operano possono produrre effetti distorsivi ben più rilevanti, e certamente non inferiori, rispetto a quelli causati da società operanti in ambiti strettamente locali”. Analogamente cfr. M. CAMMELLI – M. DUGATO, *op. cit.*, 349; D. CASALINI, *op. cit.*, 970; nonché M. FRACANZANI, *ivi*, 368, che pone il seguente interrogativo: «se la società è costituita da un ministero è meno distorsiva della concorrenza che se costituita da una regione o da una provincia?».

tendenzialmente marginali (locali o, al più, regionali), lasciando invece campo libero a quelle controllate dal Lieviatano²⁹³.

La compatibilità costituzionale del divieto, come detto, è stata già messa in discussione dalla dottrina, mentre la compatibilità con il diritto europeo resta da esplorare, con esiti però fortemente incerti.

Il divieto posto dal cd. decreto Bersani non conosce un omologo nella direttive europee sugli appalti pubblici, anche per come interpretate dalla Corte di Giustizia, che, viceversa, valorizzando l'ampiezza della nozione comunitaria di prestatore di servizi e di operatore economico – sì da includervi i soggetti che non perseguono un preminente scopo di lucro e risultano privi di una struttura di impresa regolarmente operante sul mercato –, ha sancito il diritto dei soggetti pubblici di partecipare, al pari dei soggetti privati, alle procedure indette da altre stazioni appaltanti per l'affidamento di contratti pubblici²⁹⁴, nei limiti,

²⁹³ Per usare la fortunata raffigurazione dello Stato immaginata da T. HOBBS, *Lieviathan*, Londra, 1651, trad. it. a cura di G. Micheli, Milano, 2011.

²⁹⁴ Cfr. in questo senso: Corte di Giustizia UE, 18 novembre 1999, C - 107/98, *Teckal*, in *Racc.* 1999, I-08121; Corte di Giustizia UE, 7 dicembre 2000, C - 94/99, *Arge*, in *Racc.* 2000 I-11037; Corte di Giustizia UE, 23 dicembre 2009, C - 305/08, *CoNISMa*, in *Racc.* 2009 I-12129; Corte di Giustizia UE, C- 159/11, *Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce e a.*, in *Racc.* digitale. Nelle sentenze citate si ribadisce il principio per cui qualsiasi ente che si reputi idoneo a garantire l'esecuzione di un appalto pubblico ha diritto di prendervi parte, indipendentemente dal fatto di essere un soggetto di diritto privato o di diritto pubblico. Nella sentenza resa nella causa C – 305/08, si specifica inoltre che “un'interpretazione restrittiva della nozione di “operatore economico” avrebbe come conseguenza che i contratti conclusi tra amministrazioni aggiudicatrici e organismi che non agiscono in base a un preminente scopo di lucro non sarebbero considerati come “appalti pubblici” e potrebbero quindi essere aggiudicati in modo informale, sottraendosi alle norme dell'Unione in materia di parità di trattamento e di trasparenza, in contrasto con le finalità delle medesime norme”.

ovviamente, delle previsioni contenute nelle norme che ne determinano le finalità istituzionali²⁹⁵.

Secondo i giudici di Lussemburgo, infatti, la natura privata, pubblica o parapubblicistica degli enti o delle società²⁹⁶ che partecipano alle gare non

²⁹⁵ Cfr. Corte di Giustizia UE, 23 dicembre 2009, C – 305/08, cit. ove si specifica che “gli Stati membri hanno certamente il potere di autorizzare o meno talune categorie di operatori economici a fornire certi tipi di prestazioni. Essi possono disciplinare le attività dei soggetti, quali le università e gli istituti di ricerca, non aventi finalità di lucro, ma volti principalmente alla didattica e alla ricerca. In particolare, essi possono autorizzare o non autorizzare tali soggetti a operare sul mercato in funzione della circostanza che l’attività in questione sia compatibile, o meno, con i loro fini istituzionali e statutari. Tuttavia, se, e nei limiti in cui, siffatti soggetti siano autorizzati a offrire taluni servizi contro corrispettivo sul mercato, anche a titolo occasionale, gli Stati membri non possono vietare loro di partecipare a procedure di aggiudicazione di appalti pubblici aventi ad oggetto la prestazione degli stessi servizi”. La giurisprudenza amministrativa domestica ha aderito alle indicazioni provenienti dai giudici di Lussemburgo, fornendo talune puntualizzazioni legate alla normativa nazionale. Innanzitutto, si è segnalata la necessità di verificare che le finalità istituzionali dell’ente, così come risultanti dallo statuto, siano compatibili con l’oggetto delle prestazioni che si candida a eseguire (prendendo parte alla procedura di evidenza pubblica). In questo senso cfr. Cons. Stato, sez. II, parere 24 novembre 2010, n. 167/08. Inoltre, con riferimento alla possibilità per gli Atenei di costituire società per lo svolgimento di attività commerciale, si è specificato che tale facoltà non possa tradursi nella creazione di società di capitali con scopo meramente lucrativo, aventi come fine esclusivo quello di agire in qualità di operatori economici nei confronti di committenti pubblici, oltrepassando i compiti istituzionali dell’Ateneo circoscritti dalle esigenze didattiche e di ricerca scientifica. Cfr. in questo senso Cons. Stato, Ad. Plen., 4 giugno 2011, n. 10. Per dei rilievi critici sulle conclusioni cui è pervenuta l’Adunanza Plenaria cfr. G. GRUNER, *Note minime intorno alla (pretesa) autonomia privata degli enti pubblici: tra tutela della concorrenza e del mercato e principio di legalità*, in www.Giustamm.it, 9/2011.

²⁹⁶ Sulla qualificazione e sulle problematiche connesse al variegato mondo delle società di capitali in mano pubblica la letteratura è sterminata. Tra gli scritti monografici più recenti si segnalano: F. SANTONASTASO, *Le società di diritto speciale*, in *Trattato di Diritto Commerciale*, diretto da Buonocore, sez. I, vol. 10, Torino, 2009; M. CAMELLI – M. DUGATO, *Studi in tema di società a partecipazione pubblica*, Torino, 2008; V. DOMENICHELLI (a cura di), *La società “pubblica” tra diritto privato e diritto amministrativo*, Padova, 2008; G. GRUNER, *Enti pubblici a struttura di S.p.a.*, Torino, 2009; P. PIZZA, *Le società per azioni di diritto singolare tra partecipazioni pubbliche e nuovi modelli organizzativi*, Milano, 2007; P. CHIRULLI, *Autonomia*

assume rilievo, dovendosi riconoscere un accesso generalizzato agli operatori comunque in grado di eseguire le prestazioni demandate (fermo, ovviamente, il necessario possesso dei requisiti generali).

Acquisito questo principio si è recentemente posta una questione interpretativa più raffinata, oggetto di un rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia. Ci si è chiesti se debba riconoscersi la possibilità di prendere parte alle procedure di evidenza pubblica anche a quei soggetti, che, oltre ad essere pubblici, siano anche titolari di servizi pubblici che consentano loro di beneficiare stabilmente di risorse pubbliche e di lucrare da tale situazione un vantaggio competitivo che può risultare determinante nel confronto concorrenziale con altri operatori economici.

Il caso che ha dato luogo al rinvio pregiudiziale è sorto in Italia, con riferimento a una gara indetta da una Regione cui ha preso parte in qualità di concorrente un'azienda sanitaria locale aggiudicatasi la commessa con un ribasso estremamente più consistente rispetto a quello proposto dalle altre

pubblica e diritto privato nell'amministrazione (dalla specialità del soggetto alla rilevanza della funzione), Padova, 2005; oltre al fondamentale studio di C. IBBA, *Le società «legali»*, Torino, 1992. Tra gli articoli si segnalano: M. CLARICH, *Società di mercato e quasi-amministrazioni*, in www.giustizia-amministrativa.it; M.P. CHITI, *Le carenze della disciplina delle società pubbliche e le linee direttrici per un riordino*, in *Giorn. dir. amm.*, 2009, 1115; A. MASSERA, *Le società pubbliche*, in *Giorn. dir. amm.*, 2009, 889; V. CERULLI IRELLI, *Impresa pubblica, fini sociali, servizi di interesse generale*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2006, 747; F.G. SCOCA, *Il punto sulle c.d. società pubbliche*, in *Dir. ec.*, 2005, 241; G. NAPOLITANO, *Soggetti privati «enti pubblici»?*, in *Dir. amm.*, 2003, 801; M. RENNA, *Le società per azioni in mano pubblica. Il caso delle S.p.a. derivanti dalla trasformazione di enti pubblici economici ed aziende autonome dello Stato*, Torino, 1997; N. IRTI, *Dall'ente pubblico economico alla società per azioni (profilo storico-giuridico)*, in *Riv. soc.*, 1993, I, 445, ora in ID., *L'ordine giuridico del mercato*, Roma – Bari, 2008, 166.

società partecipanti alla gara, che hanno lamentato la non replicabilità di quel prezzo in assenza di sovvenzionamenti²⁹⁷.

Il giudice rimettente non ha mancato di cogliere la rilevanza della questione sottoposta al vaglio della Corte di Giustizia e le distorsioni prodotte dall'evoluzione giurisprudenziale del diritto europeo. Nell'ordinanza si evidenzia, infatti, come la progressiva estensione del novero dei soggetti ammessi a partecipare alle gare “*porti con sé il rischio che la competizione sia caratterizzata, sempre di più, da una evidente disomogeneità tra i concorrenti*”²⁹⁸. Inutile segnalare che il medesimo rischio si presenta anche rispetto alle gare in cui partecipa il FSU, che, pur beneficiando di trasferimenti statali per diverse centinaia di milioni di euro l'anno, compete con nuovi entranti che non solo non beneficiano dei summenzionati sovvenzionamenti, ma devono far fronte alle barriere di ingresso legate ai significativi investimenti richiesti per la creazione di reti di recapito alternative.

La Corte di Giustizia, tuttavia, non ha individuato rimedi efficaci e ha sciolto il dubbio interpretativo posto dal giudice rimettente escludendo che il diritto europeo degli appalti pubblici abiliti l'estromissione dalle procedure di aggiudicazione di un offerente “*a priori* e senza esami ulteriori, per il solo motivo che, grazie a sovvenzioni pubbliche di cui beneficia, esso è in grado di

²⁹⁷ Cfr. Cons. Stato, Sez. III, ordinanza 30 ottobre 2013 n. 5241, che ha determinato l'apertura del procedimento dinanzi alla Corte di Giustizia, C- 568/13, *Data Medical Service*.

²⁹⁸ Cfr. Cons. Stato, n. 5241/2013, cit., capo 8.7, ove si è altresì segnalato come “il superamento dei vecchi divieti di partecipazione alle gare, ove risulti definitivamente confermato, rende probabilmente improcrastinabile, per prevenire ogni possibile abuso sul lato opposto, l'accrescimento dei controlli e la ricerca di meccanismi correttivi volti a riequilibrare le disomogeneità di partenza tra i diversi operatori”.

presentare offerte a prezzi notevolmente inferiori a quelli degli offerenti non sovvenzionati”²⁹⁹.

L’unico strumento individuato dai giudici di Lussemburgo per ovviare a questo genere di distorsioni è quello dell’espletamento della cd. “verifica di anomalia dell’offerta”, che abilita l’amministrazione aggiudicatrice a prendere in considerazione l’esistenza di sovvenzioni di cui goda il concorrente, al fine di escludere gli offerenti che beneficino di aiuti non conformi al Trattato³⁰⁰.

I giudici di Lussemburgo hanno, dunque, escluso la possibilità di desumere in via interpretativa l’esistenza di *divieti per se*, limitandosi a invocare l’applicabilità del rimedio della verifica di anomalia dell’offerta, riconosciuto dalle direttive europee in materia di appalti e disciplinato nell’ordinamento domestico dagli art. 86 e ss. del d.lgs. n. 163/2006.

Il rimedio in parola consente alle stazioni appaltanti di sottoporre a un procedimento in contraddittorio le offerte che appaiano anormalmente basse (sia in termini di prezzo sia in termini di rapporto qualità/prezzo) rispetto alla

²⁹⁹ Cfr. Corte di Giustizia UE, 18 dicembre 2014, C – 568/13, *Data Medical Service*, non ancora pubblicata nella raccolta.

³⁰⁰ Cfr. Corte di Giustizia UE, 18 dicembre 2014, C – 568/13, cit., par. 51, ove può leggersi: “le disposizioni della direttiva 92/50, e in particolare i principi generali di libera concorrenza, di non discriminazione e di proporzionalità soggiacenti a tale direttiva, devono essere interpretati nel senso che non ostano a una normativa nazionale che consenta a un’azienda ospedaliera pubblica, come quella di cui trattasi nel procedimento principale, partecipante a una gara d’appalto, di presentare un’offerta alla quale non è possibile fare concorrenza, grazie ai finanziamenti pubblici di cui essa beneficia. Tuttavia, nell’esaminare il carattere anormalmente basso di un’offerta sul fondamento dell’articolo 37 di tale direttiva, l’amministrazione aggiudicatrice può prendere in considerazione l’esistenza di un finanziamento pubblico di cui detta azienda beneficia, alla luce della facoltà di respingere tale offerta”.

prestazione oggetto dell'appalto, escludendo quelle che appaiano complessivamente inaffidabili³⁰¹.

Per giurisprudenza pacifica devono essere escluse le offerte che, sulla base delle valutazioni prognostiche effettuate dalle stazione appaltante, non assicurino alcuna remunerazione all'appaltatore (dunque qualora l'utile atteso sia pari a zero o inferiore a zero)³⁰² o siano condizionate dal conseguimento da parte dell'offerente di aiuti di stato ottenuti illegalmente³⁰³.

È bene ricordare che la valutazione di anomalia deve prendere in considerazione l'equilibrio economico della singola commessa oggetto di affidamento e deve prescindere, quindi, dall'accertamento di rischi di insolvenza dell'impresa appaltatrice (che possano profilarsi in conseguenza delle perdite potenzialmente derivanti dalla commessa oggetto di valutazione).

³⁰¹ Per approfondimenti sui principi e sulle regole che soppntendono la procedure di verifica di anomalia dell'offerta cfr. G. FONDERICO, *La selezione delle offerte e la verifica dell'anormalità*, in *Commentario al codice dei contratti pubblici*, a cura di M. Clarich, Torino, 2010, 449. Per ulteriori riferimenti bibliografici sia consentito rinviare a D. CAPOTORTO, *Il nuovo volto della verifica d'anomalia: dal controllo di serietà a quello di affidabilità*, in *I contratti di appalto pubblico*, a cura di C. Franchini, in *Tratt. Rescigno, Gabrielli*, VIII, Torino, 2010, 657.

³⁰² Per una rassegna della giurisprudenza più recente sia ancora consentito rinviare a D. CAPOTORTO, *Commenti agli artt. 86,87,88*, in *Commentario al codice dei contratti pubblici*, a cura di C. Franchini, A. Cancrini, S. Vinti, Torino, 2014, 492.

³⁰³ Cfr. all'art. 87, co. 5, del d.lgs. n. 163/2006, ove si prevede che laddove la stazione appaltante accerti che un'offerta è anormalmente bassa in quanto l'offerente ha ottenuto un aiuto di Stato, può escludere l'offerta per questo solo motivo unicamente se, consultato l'offerente, quest'ultimo non sia in grado di dimostrare, entro un termine stabilito dall'amministrazione e non inferiore a quindici giorni, che l'aiuto in questione sia stato concesso legalmente. La citata disposizione prevede inoltre che "quando la stazione appaltante respinge un'offerta in tali circostanze, ne informa tempestivamente la Commissione".

L'efficacia della verifica in parola è però legata all'acquisizione e all'elaborazione di informazioni e all'espletamento di valutazioni prognostiche, che, nel settore *de quo*, presentano enormi criticità.

Nell'ambito degli appalti pubblici di lavori o di forniture l'ente committente dispone, almeno in linea di massima, di parametri di riferimento per l'analisi dei singoli prezzi e la verifica dell'equilibrio economico del prezzo complessivo per la realizzazione di uno specifico progetto richiede un'analisi delle singole voci di costo in cui si articola il computo metrico estimativo.

I prezzi dei prodotti postali sono invece condizionati in modo indissolubile dall'organizzazione aziendale della società offerente e alle economie di scala e di gamma connesse alle specificità della rete di recapito di cui la stessa dispone, sicché la verifica della remuneratività di una certa tariffa per un singolo invio postale richiederebbe un'analisi della contabilità aziendale dell'impresa concorrente estremamente accurata, con costi e lungaggini totalmente incompatibili con le esigenze di celerità che caratterizzano le procedure di aggiudicazione. La complessità delle valutazioni condotte dall'AGCom in sede di definizione del costo netto del servizio universale, è una lampante testimonianza dei tempi e delle elevate competenze richieste da indagini di questo tipo.

Un comune che aggiudichi servizi postali per alcune decine di migliaia di euro dovrebbe affrontare costi di transazione (connessi a una seria verifica di anomalia) totalmente esorbitanti rispetto al valore del contratto *in eundo*.

A complicare ulteriormente le verifiche v'è poi la perdurante violazione degli obblighi di separazione societaria da parte di Poste Italiane S.p.a., che partecipa in qualità di concorrente alle gare per la conclusione di accordi

negoziati individualmente (e quindi estranei al perimetro del servizio universale) con la medesima società incaricata dello svolgimento di servizi di interesse generale.

La confusione in un'unica società (pur gestita mediante la separazione contabile) di attività sovvenzionate con risorse pubbliche e attività svolte nel libero mercato ostacola ulteriormente l'analisi della remuneratività (e quindi della replicabilità) dei prezzi offerti in gara, che invece andrebbe condotta con estremo rigore metodologico anche in considerazione della circostanza, acclarata dagli analisti sulla base dei bilanci degli ultimi tre anni, che nel settore postale Poste Italiane S.p.a. opera strutturalmente in perdita³⁰⁴.

Ecco spiegato perché le procedure di evidenza pubblica in cui partecipa il FSU rischiano di assomigliare a una partita in cui il Gerione triforme gioca contro dei pulcini sotto la supervisione di un arbitro con gli occhi bendati. Una strage annunciata, con buona pace del *“level playing field”*.

³⁰⁴ I risultati dell'analisi dei bilanci sono riferiti anche da M. S. BONOMI, *La trasformazione del servizio universale postale per rispondere ai nuovi bisogni*, 103, in *La riforma del settore postale nell'era digitale*, a cura di G. Napolitano, 2015, disponibile *on line*, <http://www.irpa.eu/ricerche/la-riforma-del-settore-postale-nellera-digitale>.

CONCLUSIONI

GLI SCENARI FUTURI: IL POSSIBILE COINVOLGIMENTO DEI NUOVI ENTRANTI NELL'EROGAZIONE DEL SERVIZIO UNIVERSALE E LE ILLUSIONI DELLA PRIVATIZZAZIONE SOSTANZIALE

L'analisi condotta ha evidenziato la presenza di forti tensioni tra le istanze proconcorrenziali e la conservazione dell'attuale assetto del servizio universale, cui sono correlati privilegi e benefici, che non sono apparsi sempre strettamente strumentali al perseguimento di concrete esigenze sociali.

Anche nel settore postale si conferma la problematicità del rapporto tra *competition law* e *public service values*³⁰⁵; tuttavia, diversamente da altri settori, in quello qui esaminato si assiste ad una sorta di “dispersione” delle esigenze sociali connesse alla fornitura del servizio – principalmente causata da fenomeni di sostituzione elettronica, ma anche da un mutamento delle abitudini e degli stili di vita – che dovrebbe far propendere per la valorizzazione dell'approccio “di mercato” nel confronto tra esigenze concorrenziali e conservazione dell'assetto consolidato.

Conseguentemente le molteplici agevolazioni accordate al “campione nazionale” sono apparse anacronistiche e sproporzionate soprattutto se

³⁰⁵ Efficacemente descritta da T. PROSSER., *The Limits of Competition Law. Markets and Public Services*, cit., 235, che evidenzia: “*the market and competition law approach can be seen as a postmodern statement of the importance of individual choice and of the undesirability of the state imposing arbitrary values on its citizens. By contrast the public service approach reflects modernist values of égalité and fraternité in addition to the liberté of the postmodern approach; after all, public service values have had a particularly French resonance. Developments of these underlying clashes of vision must be left for elsewhere; however, one implication of them might seem to be that the market and public service approach represent incompatible visions of the world and that attempts to resolve the tension between them would be fruitless*”.

riguardate alla luce del progressivo sgretolamento della rilevanza sociale del servizio universale.

È anche emerso come la parte più consistente delle risorse pubbliche destinate alla compensazione degli oneri connessi alla fornitura del servizio universale, nonché quelle distratte dal gettito IVA (in rapporto all'esenzione di cui gode solo il FSU) vengano destinate, direttamente o indirettamente, a beneficio di operatori professionali (banche, assicurazioni, pubbliche amministrazioni, *etc.*) e non già dei consumatori, che rappresentano una quota sempre più marginale della domanda di servizi postali.

Solo recentemente l'AGCom, sulla scia delle iniziative già intraprese da altri Paesi (tra cui Gran Bretagna, Francia, Olanda e Belgio)³⁰⁶, ha avviato un'indagine conoscitiva per valutare l'adeguatezza dell'attuale configurazione del servizio universale e la rispondenza alle esigenze dei consumatori (anche in termini di abitudini e di aspettative), ormai profondamente mutate³⁰⁷.

Invero, anche prescindendo dagli esiti dell'indagine ancora in corso, è agevole notare come il perimetro del servizio universale risulti esteso ben oltre i limiti di pertinenza rispetto alle esigenze di inclusione sociale. La scelta (legislativa) di ricomprendere gli invii multipli di corrispondenza all'interno del servizio universale, considerato che gli stessi sono generati per definizione da clienti *business*, appare, almeno in questa prospettiva, totalmente ingiustificata.

³⁰⁶ Per una rassegna delle indagini avviate sull'adeguatezza del servizio universale postale in diversi Paesi europei cfr. ERGP (13) 31 – *Report 2013 on the quality of service and the end-user satisfaction*.

³⁰⁷ Cfr. AGCom, Delibera 17 luglio 2014, n. 364/14/CONS, recante: “Avvio dell'indagine conoscitiva servizio universale postale: esigenze degli utenti e possibili scenari evolutivi”, ancora in corso di espletamento.

Al contempo, si è visto come la violazione dell'obbligo di separazione societaria – perpetrata mediante la confluenza in un unico soggetto della fornitura del servizio universale sussidiato con finanziamenti pubblici, di attività estranee al perimetro del servizio universale e di attività completamente aliene al settore postale – contribuisca ad accrescere il grado di opacità nell'imputazione delle risorse, rendendo estremamente ardua l'attività di verifica delle autorità di regolazione propedeutiche alla quantificazione delle misure di compensazione e dei test di replicabilità, impedendo, altresì, una corretta analisi delle remuneratività delle tariffe in sede di verifica di anomalia delle offerte.

Un eventuale “snellimento” degli obblighi di servizio universale potrebbe ridurre l'impatto distorsivo dei meccanismi di finanziamento degli OSU (obblighi di servizio universale) e preparare il terreno per le decisioni che dovranno essere assunte in vista della scadenza dell'affidamento a Poste Italiane della gestione in esclusiva del Servizio Universale (prevista per il 2026).

Allo stato, continuano a essere indisponibili informazioni a tal fine essenziali.

Non esistendo un'anagrafica delle reti di recapito dei nuovi entranti, non è possibile formulare valutazioni prognostiche sul possibile interesse degli operatori di mercato all'acquisizione, con procedure di evidenza pubblica, di tutte o di parte delle prestazioni rientranti nel servizio universale (su scala nazionale o per lotti territoriali), né prefigurare forme di coordinamento atte a consentire l'integrazione tra la rete del FSU e le reti dei nuovi entranti (alleggerendo la struttura del primo), astrattamente ipotizzabile grazie alle nuove tecnologie disponibili.

Non si è quindi vagliata la possibilità di introdurre obblighi simmetrici, implementando le possibilità di interfacciamento tra gli operatori.

La logica della sussidiarietà orizzontale non ha trovato alcuna forma di riconoscimento negli interventi di regolazione, finora poco inclini a rafforzare meccanismi di cooperazione³⁰⁸ e a impiegare metodologie più moderne e sensibili verso le istanze e le opportunità offerte dal diffondersi di reti di recapito locali.

Al contempo, gli interessi dei consumatori non sono stati sempre attentamente vagliati ed efficacemente tutelati, come emerso negli sviluppi successivi alla ricognizione del contrasto con il diritto europeo delle norme nazionali, che continuano a riconoscere il monopolio di Poste Italiane sulle notifiche degli atti di accertamento delle violazioni del codice della strada, pur in assenza di qualsivoglia esigenza di ordine pubblico che possa legittimare la permanenza di aree di riserva sottratte alla concorrenza.

Così come sono apparse mal congegnate talune forme di controllo interno sul rispetto degli standard qualitativi del servizio universale, gestite da società scelte dal soggetto controllato, anziché dalle autorità di regolazione.

³⁰⁸ Sulla regolazione come cooperazione si vedano ancora gli studi di T. PROSSER, *The Regulatory Enterprise. Government, Regulation, and Legitimacy*, Oxford, 2010, che individua quattro modelli di regolazione, così sintetizzati (18): “a) *regulation for economic efficiency and consumer choice, both through creating and policing open markets and, where this is not possible, mimicking the way markets would work*; b) *regulation to protect rights, including rights to healthcare and other essential services*; c) *regulation for social solidarity, to avoid the fragmenting effects of markets and to promote universal access to public services of consistent quality*; d) *regulation as deliberation, with the major role of the regulatory institution being to provide procedural means for resolving problems, either through a forum for compromise of different views or a source of learning to seek a consensus*”.

L'interesse delle istituzioni si è invece per lo più concentrato sull'annunciato processo di privatizzazione sostanziale di Poste Italiane S.p.a., coltivando l'illusione che lo stesso possa di per sé recare benefici in termini di efficienza del sistema. Un'illusione, questa, che poggia sul presupposto che le politiche di liberalizzazione e quelle di privatizzazione tendano al medesimo obiettivo di creare incentivi all'efficienza degli operatori.

I più attenti osservatori hanno però correttamente evidenziato come esista un vero e proprio “*trade-off di interessi fra privatizzazione e liberalizzazione*”³⁰⁹: la privatizzazione, a ben vedere, genera un rafforzamento dell'interesse ad un'elevata remunerazione del capitale, mentre le politiche di liberalizzazione passano anche attraverso la riduzione dei premi, sicché i due obiettivi, soprattutto nel breve periodo, finiscono per divergere³¹⁰.

Lo stesso *trade off* può, peraltro, certamente ipotizzarsi anche nelle fasi che precedono la privatizzazione: il desiderio di dismettere le partecipazioni in mano pubblica alle migliori condizioni possibili “per esigenze di cassa” costituisce un forte incentivo a conservare privilegi in favore del “campione nazionale”, così da sostenere o incrementare il valore delle azioni oggetto di prossima dismissione.

³⁰⁹ Cfr. V. VISCO COMANDINI, *Economia e regolazione delle reti postali*, cit., 28, che richiama anche il caso *Deutsche Post*, osservando quanto segue: “La legge tedesca prevedeva una completa liberalizzazione del mercato nazionale il 1° gennaio 2003, ma poco prima di tale data il termine fu rinviato dal Parlamento al 2007. Perché questa scelta apparentemente incoerente, visto che la stessa *Deutsche Post* è favorevole alla liberalizzazione del mercato? Il motivo va ricercato nella prevalenza degli interessi degli azionisti dell'impresa privatizzata sull'interesse generale: una liberalizzazione anticipata nel proprio mercato, se mostra la forza dell'operatore nazionale, fa però scendere le prospettive di profitto a 9-12 mesi per gli investitori, non interessati alla liberalizzazione in sé”.

³¹⁰ In questo senso cfr. ancora V. VISCO COMANDINI, *Economia e regolazione delle reti postali*, *ibidem*.

L'avvio del processo di privatizzazione sostanziale, in conclusione, acuisce e non riduce il rischio che la liberalizzazione del settore postale resti poco più che un'enunciazione sulla carta, utile a evitare gli strali dell'Unione europea, ma inidonea a garantire la promozione della concorrenza e il benessere dei consumatori.

BIBLIOGRAFIA

- AMATO G., *Autorità semi-indipendenti ed autorità di garanzia*, in *Riv. trim dir. pubbl.*, 1997, 653.
- ARMSTRONG M., *Access Pricing, Bypass and Universal Service*, in *American Economic Review*, 2001, 297.
- ARMSTRONG M., *Access Pricing, Bypass and Universal Service in Post*, relazione tenuta alla “*Fourth Conference in Competition and Universal Service in the Postal Sector*”, IDEI, Toulouse, 16 marzo 2006.
- AVOLIO E. – SCARFIGLIERI G., *Price-cap e menu costs: il caso dei servizi postali in Italia*, in *Economia e regolazione delle reti postali. Globalizzazione, innovazione tecnologica e servizio universale*, a cura di V. Visco Comandini, Roma, 2008, 321.
- BARAZZA S., *Post Danmark: the CJEU calls for an effect-based assessment of pricing policies*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, 2012, 466.
- BARTOLINI A., *Società di gestione dei servizi pubblici locali tra art. 13 del decreto Bersani ed art. 23-bis del D.L. 112/2008*, in *Urb. e app.*, 2009, 741.
- BAUMOL W., *Having your Cake: How to Preserve Universal Service Cross subsidies while Facilitate Competitive Entry*, trad. it., in *Mercato Concorrenza Regole*, 1999, 1, 65.
- BEREC, *Report on Universal Service – reflections for the future*, BoR (10) 35, 2010.

- BIEN F. - KRAH M., *The Ruling of the CJEU in Post Danmark: Putting an End to Selective Price Cuts as an Abuse Under TFEU Article 102 and Turning Towards a More Economic Approach*, in *European Competition Law Review*, 2012, 482.
- BIONDI A., *Gli aiuti di Stato*, in A. Frignani e R. Pardolesi (a cura di), *La concorrenza*, Torino, 2006, 447.
- BLACK O., *Per Se Rules and Rules of Reason: What Are They?*, in *European Competition Law Review*, 1997, 145.
- M. S. BONOMI, *La trasformazione del servizio universale postale per rispondere ai nuovi bisogni*, in *La riforma del settore postale nell'era digitale*, a cura di G. Napolitano, 2015, disponibile *on line*, <http://www.irpa.eu/ricerche/la-riforma-del-settore-postale-nellera-digitale>.
- BULOW J. – KLEMPERER P., *Auction vs. Negotiations*, in *The American Economic Review*, 1996, 180.
- CALABRÒ M. - MARTINELLI M. - SPASIANO M. - TIBERII M., *La qualificazione per i servizi e le forniture*, in *Trattato sui contratti pubblici*, a cura di M.A. Sandulli, R. De Nictolis, R. Garofoli, Milano, 2008, vol. 3, 1378.
- CAMMELLI M. – DUGATO M., *Le società degli enti territoriali alla luce dell'art. 13 del d.l. n. 223/2006*, in *Studi in tema di società a partecipazione pubblica*, a cura di M. Cammelli e M. Dugato, Torino, 2008, 347.
- CAMMELLI M. – DUGATO M., *Studi in tema di società a partecipazione pubblica*, Torino, 2008.
- CAMMELLI M. – DUGATO M., *Studi in tema di società a partecipazione pubblica*, Torino, 2008.

- CAPONIGRO R., *L'actio finium regundorum tra l'Autorità antitrust e le altre autorità indipendenti*, Relazione al Convegno Nazionale di Studi "Le Autorità amministrative indipendenti. Realtà attuali e prospettive future", svolto a Napoli, presso il TAR Campania, il 22 marzo 2013.
- CAPOTORTO D., *Commenti agli artt. 86,87,88*, in *Commentario al codice dei contratti pubblici*, a cura di C. Franchini, A. Cancrini, S. Vinti, Torino, 2014, 492.
- CAPOTORTO D., *Forma e sostanza nella partecipazione alle gare pubbliche: tassatività delle cause di esclusione, integrazioni, controlli sui requisiti e sanzioni*, in *Giustamm.it*, 9/2012.
- CAPOTORTO D., *Il bando di gara*, in *Codice commentato dei contratti pubblici*, a cura di A. Cancrini, C. Franchini, S. Vinti, Torino, 2014, 393.
- CAPOTORTO D., *Il nuovo volto della verifica d'anomalia: dal controllo di serietà a quello di affidabilità*, in *I contratti di appalto pubblico*, a cura di C. Franchini, in *Tratt. Rescigno, Gabrielli*, VIII, Torino, 2010, 657.
- CARBONE P., *Brevi considerazioni sulle associazioni temporanee di imprese non necessarie*, in *Rivista trimestrale degli appalti*, 2012, 529.
- CARDARELLI F., *I raggruppamenti temporanei ed i consorzi ordinari di concorrenti*, in *Trattato sui contratti pubblici*, a cura di M.A. Sandulli – R. De Nictolis – R. Garofoli, Milano, 2008, 1127.
- CARDI M., *Cassa Depositi e Prestiti e Bancoposta. Identità giuridiche in evoluzione*, Bari, 2012.
- CARTEI G.F., *Il servizio universale*, Milano, 2002.

CASALINI D., *Oltre la tutela della concorrenza: le forme giuridiche nazionali di esercizio dell'impresa pubblica*, in *Giorn. dir. amm.*, 2009, 969.

CASSESE S., *La nuova costituzione economica*, Bari, 1995, 56.

CASTRONOVO V., *Le Poste in Italia – Da amministrazione pubblica a sistema di impresa*, Roma – Bari, 2004.

CERP, *Guidelines for Calculating the Net Cost of the Universal Service Obligations*. Report, 2008; C. JAAG, *Entry Deterrence and the Calculation of the Net Cost of Universal Service Obligations*, in *Review of Network Economics*, 2011, Volume 10, Issue 1, Article 4.

CERULLI IRELLI V., *Impresa pubblica, fini sociali, servizi di interesse generale*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2006, 747.

CHIRULLI P., *Autonomia pubblica e diritto privato nell'amministrazione (dalla specialità del soggetto alla rilevanza della funzione)*, Padova, 2005.

CHIRULLI P., *Regolazione e concorrenza nel mercato degli appalti pubblici*, in *Contratti della pubblica amministrazione e politiche di liberalizzazione*, Napoli, 2014, 25.

CHITI M., *Le carenze della disciplina delle società pubbliche e le linee direttrici per un riordino*, in *Giorn. dir. amm.*, 2009, 1115.

CIANFLONE A. - GIOVANNINI G., *L'appalto di opere pubbliche*, I, Milano, 2012.

CLARICH M., *Autorità indipendenti, Bilancio e prospettive di un modello*, Bologna, 2005.

CLARICH M., *L'Autorità garante della concorrenza e del mercato come autorità pubblica indipendente*, in *Venti anni dell'Autorità garante della*

concorrenza e del mercato, a cura di C. Rabitti Bedogni – P. Barucci, Torino, 2010, 239.

CLARICH M., *Per uno studio sui poteri dell’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, in *Dir. Amm.*, 1993, 82.

CLARICH M., *Servizio pubblico e servizio universale, evoluzione normativa e profili ricostruttivi*, in *Diritto pubblico*, 1998, 181.

CLARICH M., *Società di mercato e quasi-amministrazioni*, in www.giustizia-amministrativa.it.

CLARICH M., *Servizi pubblici e diritto europeo della concorrenza: l’esperienza italiana e tedesca a confronto*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 2003, 91.

CLARICH M. –MATTARELLA B. G., *Leggi più amichevoli: sei proposte per rilanciare la crescita*, in *Diritto e processo amministrativo*, 2011, 399.

CLAVARI L. – ATTILI S., *La vita nella posta nella leggenda e nella storia*, Bari, 1905.

COASE R., *Rowland Hill and the Penny Post*, in *Economica*, 1939, 6, 1.

COHEN R. – FERGUSON W. W. – WALLER J. D. - XENAKIS S. S., *An Analysis of the Potential for Cream Skimming in the Residential Delivery Market*, in *Emerging Competition in Postal and Delivery Systems*, M.A. Crew and P.R. Kleindorfer, Kluwer Academic Publishers, 1999.

COHEN R. – MC BRIDE C., *Implications of declining mail volumes on the financial sustainability of the US Postal Service and other Posts*, Washington, 2012.

COHEN R. – ROBINSON M. – SCARFIGLIERI G. –SHEEHY R. – VISCO COMANDINI V. – WALLER J. – XENAKIS S., *The role of scale economies in the cost behavior of posts*, in A. Dieke – A Niederprum, *Regulating Postal Markets – Harmonised Versus Country-specific Approaches*, Paper presented at the Konigswinter Seminar, 16 - 18 February 2004, WIK PROCEEDINGES n. 11.

COHEN R., ROBINSON M., SHEEHY R., WALLER J., XENAKIS S., *Postal Regulation and Worksharing in the US*, relazione presentata all'8° Konigswinter Seminar on Regulating Postal Markets – Harmonised Versus Country Specific Approaches, WIK, Bad Honnef 16-18 febbraio 2004.

COPENHAGEN ECONOMICS, *Costo e ambito di applicazione dell'OSU italiano, 2010.*

COPENHAGEN ECONOMICS, *Main Developments in the Postal Sector 2008-2010.*

COPENHAGEN ECONOMICS, *Manual for calculating the net cost of the USO, Report prepared for FICORA, 2011.*

COPENHAGEN ECONOMICS, *Pricing behaviour of postal operators, 2012.*

COPENHAGEN ECONOMICS, *Vat in the public sector and exemptions in the public interest*, Final Report for TAXUD/2011/DE/334, 10 Gennaio 2013, 173-174-178-212.

CORAPI D., *Le associazioni temporanee di imprese*, Milano, 1983.

COSTA J.P., *Le Médiateur est-il autre chose qu'une autorité administrative?*, in AJDA, 1987, 341.

- D'ALBERTI M., *Poteri regolatori tra pubblico e privato*, in *Dir. amm.*, 2013, 607.
- D'ALBERTI M., voce *Autorità indipendenti (dir. amm.)*, in *Enc. giur.*, Treccani, 1995.
- DE BENETTI C., *Reti di imprese e appalti pubblici: dal contratto plurilaterale con comunione di scopo all'aggregazione strutturata*, in *I contratti dello Stato e degli Enti Pubblici*, 2014, vol. 3, 27.
- DE LEONARDIS F., *Soggettività privata e azione amministrativa*, Padova, 2000.
- DELLA CANANEA G., *Complementarità e competizione tra le autorità indipendenti*, in *Venti anni dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, a cura di C. Rabitti Bedogni – P. Barucci, Torino, 2010, 309.
- DELLA CANANEA G., *Gli atti amministrativi generali*, Padova, 2000.
- DE NICTOLIS R., *Bandi, avvisi, inviti, offerte, pubblicità e termini*, in *Trattato sui contratti pubblici*, a cura di De Nictolis, Garofoli, Sandulli, III, *Le procedure di affidamento e l'aggiudicazione*, Milano, 2008.
- DOMENICHELLI V., *La società "pubblica" tra diritto privato e diritto amministrativo*, Padova, 2008.
- ECORYS, *Development of competition in the European postal sector*, Final study, Rotterdam, 2005.
- ERGP, *Net Cost Calculation and Evaluation of a Reference Scenario*, 2012.
- ERGP, *Report on "access" to the postal network and elements of postal infrastructure*, 2012.

- FALCON G. (a cura di) ,*Pubblico e privato nel settore postale*, Bologna, 1994.
- FAULHABER G., *Cross-subsidization pricing in public enterprise*, in *American Economic Review*, vol. 65, 996.
- FERRONI M.V., *Il regime di qualificazione nei servizi e nelle forniture*, in *I contratti di appalto pubblico*, Vol. III, a cura di C. Franchini, Torino, 2007, 487.
- FIORENTINO L., *Appalti pubblici e concorrenza*, in *Venti anni dell’Autorità garante della concorrenza e del mercato*, a cura di C. Rabitti Bedogni – P. Barucci, Torino, 2010, 123.
- FLORENZANO D., *Le società delle amministrazioni regionali e locali: l’art. 13 del D.L. 4 luglio 2006, n. 223*, Padova, 2008.
- FONDERICO G., *Concorrenza e diritti sociali nei servizi di pubblica utilità*, in *Quaderni dell’Istituto Giuridico della Facoltà d’economia dell’Università degli Studi della Tuscia, Annali 1998 – 1999*, 79.
- FONDERICO G., *Il servizio universale, l’elenco abbonati e gli obblighi di cooperazione tra i concorrenti*, in *Giorn. dir. amm.*, 2005, 834..
- FONDERICO G., *La selezione delle offerte e la verifica dell’anormalità*, in *Commentario al codice dei contratti pubblici*, a cura di M. Clarich, Torino, 2010, 449.
- FRACANZANI M., *Le società degli enti pubblici: tra autonomia di impresa e responsabilità erariale. Riflessioni per un’actio finium regundorum su partecipazioni al capitale, socio d’opera, oggetto sociale, limiti soggettivi a contrarre ed a concorrere nelle pubbliche gare, dopo le riforme 2006-2009*, disponibile on line sul sito www.giustizia-amministrativa.it.

- FRANCHINI C., *Le autorità amministrative indipendenti*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1988, 549.
- FRANCHINI C., *Tendenze recenti dell'amministrazione italiana e accentuazione delle "interferenze" tra diritto pubblico e diritto privato*, in *Foro amm.*, 1994, 237.
- FRATINI A., *The proposed directive on the award of concession contracts: implications for USO entrustment and compensation*, in *Reforming The Role of the Postal and delivery Sector in a Digital Age*, Edited by M.A. Crew and T.J. Brennan, 2014, 110.
- FRONTIER ECONOMICS, *Contextualised study for costing and financing postal universal services in the absence of a reserved area*. Report, 2009.
- FRONTIER ECONOMICS, *Study on the principles used to calculate the net costs of the postal USO, A report prepared for the European Commission*, 2013.
- GASPARINI CASARI V., *Il servizio universale*, in *Dir. ec.*, 2000, 265.
- GIANNINI M. S., *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, 1981, 463.
- GIUNTINI A. – PAOLONI G., *Le Poste in Italia – 2. Nell'età del decollo industriale*. 1889 – 1919, Roma – Bari, 2006.
- GIUNTINI A. – PAOLONI G., *Le Poste in Italia – 3. Tra le due guerre*. 1919 – 1945, Roma – Bari, 2007.
- GORI S.– MARÈ M.– VISCO COMANDINI V., *Obblighi di universalità, esternalità economiche e beni pubblici*, in *Economia e regolazione delle reti*

postali. Globalizzazione, innovazione tecnologica e servizio universale, a cura di V. Visco Comandini, Roma, 2008, 85.

GRUNER G., *Enti pubblici a struttura di S.p.a.*, Torino, 2009.

GRUNER G., *Note minime intorno alla (pretesa) autonomia privata degli enti pubblici: tra tutela della concorrenza e del mercato e principio di legalità*, in *www.Giustamm.it.*, 9/2011.

HEITZLER S., *Traditional regulatory approaches and the postal service market*, in *Competition and Regulation in Network Industries*, 2008, German Institute for Economic Research (DIW Berlin).

HELLER M.A., *The Une Anticommons: Why the 1996 Telecom Reforms Blocked Innovation and Investment*, in *Yale Journal on Regulation*, 2005.

HOBBS T., *Lieviathan*, Londra, 1651, trad. it. a cura di G. Micheli, Milano, 2011.

IBBA C., *Gli statuti singolari*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da Colombo e Portale, VIII, Torino, 1992, 526.

IBBA C., *Le società «legali»*, Torino, 1992.

IMPINNA M.A. – MIRAGLIA A., *Tutela della concorrenza e sostenibilità del servizio universale postale*, in *La riforma del settore postale nell'era digitale*, a cura di G. Napolitano, 2015, disponibile *on line*, <http://www.irpa.eu/ricerche/la-riforma-del-settore-postale-nellera-digitale>.

IRTI N., *Dall'ente pubblico economico alla società per azioni (profilo storico-giuridico)*, in *Riv. soc.*, 1993, I, 445.

- IRTI N., *L'ordine giuridico del mercato*, Roma – Bari, 2008, 166.
- JAAG C. - KOLLER M. – TRINKNER U., *Calculating the cost of the universal service obligation: the need for a global approach*, in: M. Crew and P. Kleindorfer, *Progress in the Competitive Agenda in the postal and delivery sector*, Edwar Elgar, 2009.
- JAAG C., *What is an Unfair Burden? Compensating the Net Cost of Universal Service Provision*, in *Review of Network Economics*, 2011, 10(3), Article 7.
- KATZEN S., *Independent agencies, independent from whom?*, in *Administrative law review*, Fall, 1989, 491.
- LA SPINA A. – CAVATORTO S., *Le autorità indipendenti*, Bologna, 2008.
- LEONARDO M. I., *I contratti relativi ai servizi postali*, in *Il nuovo codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, a cura di F. Saitta, Padova, 2008, 1155.
- LILLINI R., *Posta*, in *Nss. D.I., ad vocem*, Torino, 1980.
- MAGRONE V.L., *Le poste*, in *Trattato di Diritto Amministrativo*, a cura di Cassese S., III, Milano, 2003.
- MALTONI A., *Il conferimento di potestà pubbliche ai privati*, Torino, 2005.
- MANGANI R., *Raggruppamenti “sovrabbondanti” e tutela della concorrenza*, in *www.Giustamm.it*, 7/2013.
- MASSERA A., *Le società pubbliche*, in *Giorn. dir. amm.*, 2009, 889.

- MATTARELLA B. G. - NATALINI A., *La regolazione intelligente. Un bilancio critico delle liberalizzazioni italiane*, Milano, 2013.
- MAZZAMUTO M., *I raggruppamenti temporanei d'impresa tra tutela della concorrenza e tutela dell'interesse pubblico*, in *Rivista di Diritto Pubblico Comunitario*, 2003, 182.
- MCAFEE R.P. – MCMILLAN J., *Auction and Bidding*, in *Journal of Economic Literature*, 1987, 699.
- MCAFEE R.P. – MCMILLAN J. – RENY P.J., *Extracting the surplus in the common value auction*, in *Econometrica*, 1989, 1451.
- MELI V., *La modifica dell'art. 8 della legge antitrust*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2001, 1080.
- MELILLO E., *La posta nei secoli*, Napoli, 1985.
- MELILLO E., *Ordinamenti postali e telegrafici degli antichi Stati Italiani e del regno d'Italia*, vol. III, in *Quaderni di storia postale*, n. 9, a cura di E. Angelleri, Prato, Istituto di studi storici postali, 1987, 8.
- MERUSI F., *Democrazia e autorità indipendenti*, Bologna, 2000.
- MERUSI F., *La legalità amministrativa. Altri sentieri interrotti*, Bologna, 2012, 99.
- MIELE G., *La manifestazione di volontà del privato nel diritto amministrativo*, Roma, 1931.
- MIELE G., *Pubblica funzione e servizio pubblico*, in *Arch. giuridico*, 1933, ora in *Scritti giuridici*, Milano, 1987, 135.

- MOCAVINI G., *I compiti strategici di Poste Italiane*, in *La riforma del settore postale nell'era digitale*, a cura di G. Napolitano, 2015, disponibile on line, <http://www.irpa.eu/ricerche/la-riforma-del-settore-postale-nellera-digitale>.
- NAPOLITANO G., *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano, 2003.
- NAPOLITANO G., *Soggetti privati «enti pubblici»?», in Dir. amm.*, 2003, 801.
- NAPOLITANO G., *La riforma del settore postale nell'era digitale: problemi e prospettive*, in *La riforma del settore postale nell'era digitale*, a cura di G. Napolitano, 2015, disponibile on line, <http://www.irpa.eu/ricerche/la-riforma-del-settore-postale-nellera-digitale>.
- NICOLAIDES P., *Compensation for the Net Extra Costs of Public Service Obligations: Complexity and Pitfalls*, in *European Competition Law Review*, 2014, v. 35, 525.
- NIZZA E., *Trasformazione dell'amministrazione delle Poste e delle telecomunicazioni in ente pubblico economico e riorganizzazione del Ministero*, in *Riv. amm.*, 1994, I, 238.
- PAGANI I., *Modificazioni soggettive di RTI e consorzi ordinari in caso di gara*, in *Urbanistica e appalti*, 2010, 829.
- PANZAR J., *A Methodology for Measuring the Costs of Universal Service Obligations*, in *Information Economics and Policy*, 2000, 12.
- PANZAR J., *Interactions between regulatory and antitrust policies in a liberalized postal sector*, in *Handbook of Worldwide Postal Reform*, 2009.

- PAOLONI G., *Le Poste in Italia – 1. Alle origini del servizio pubblico. 1861 – 1889*, Roma – Bari, 2005.
- PARDOLESI R., *Analisi economica e diritto antitrust*, in *Venti anni dell’Autorità garante della concorrenza e del mercato*, a cura di Rabitti Bedogni, Barucci, Torino, 2010, 123.
- PARDOLESI R. – PATRONI GRIFFI A., *Monopolio postale e corrieri internazionali. Profili giuridici ed economici*, LUISS, Roma, 1989.
- PASANISI G., *Le ATI sovrabbondanti nel comunicato del Presidente dell’AVCP del 12 maggio 2014*, in *www.GiustAmm.it*, 6/2014.
- PEREZ R., *Autorità indipendenti e tutela dei diritti*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1996, 115.
- PETRILLO G., *Le Poste in Italia – 4. Dalla ricostruzione al boom economico. 1945 – 1970*, Roma – Bari, 2007.
- PIZZA P., *Le società per azioni di diritto singolare tra partecipazioni pubbliche e nuovi modelli organizzativi*, Milano, 2007.
- PIZZA P., *Società per azioni di diritto singolare: rassegna 1999-2003*, in *Giorn. dir. amm.*, 2004, 372.
- POSTE ITALIANE, *Relazione finanziaria annuale 2013*, in *www.poste.it*.
- POSTE ITALIANE, *Relazione Finanziaria Semestrale al 30 giugno 2014*, in *www.poste.it*.
- PROSSER T., *The Limits of Competition Law. Markets and Public Services*, Oxford, 2005.

- PROSSER T., *The Regulatory Enterprise. Government, Regulation, and Legitimacy*, Oxford, 2010.
- PRICEWATERHOUSECOOPERS, *The Impact on Universal Service of the Full Market Accomplishment of the Postal Internal Market*, 2009.
- RENNA M., *Le società per azioni in mano pubblica. Il caso delle S.p.a. derivanti dalla trasformazione di enti pubblici economici ed aziende autonome dello Stato*, Torino, 1997.
- RICCIUTO V., *Liberalizzazione del mercato e imprese pubbliche: il nuovo quadro normativo nella prospettiva del diritto privato*, in *Una nuova pubblica amministrazione: aspetti e prospettive di riforma dell'attività contrattuale*, a cura di C. Franchini – F. Tedeschini, Torino, 2009, 37.
- ROBALDO E., *Recesso di una impresa raggruppata e divieto di modificazione soggettiva successivamente all'offerta. Condanna per reato successivamente abrogato e irrilevanza ai fini del possesso dei requisiti di partecipazione alle gare*, in *I Contratti dello Stato e degli Enti pubblici*, 2009, 406.
- ROMANO S., *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1983, 89.
- ROY B. – BORSENBURGER C. – JORAM D. – MAGRE C., *Cross-country comparisons of optimal mail delivery frequency*, in *Heightening Competition in the Postal and Delivery Sector*, M.A. Crew und P.R. Kleindorfer, Edwar Elgar, 2010, 235.
- SANDULLI A. M., *Servizi postali e procedure per l'acquisizione di lavori, servizi e forniture*, in *Una nuova pubblica amministrazione: aspetti problematici e prospettive di riforma dell'attività contrattuale*, a cura di C. Franchini – F. Tedeschini, Torino, 2009.

- SANDULLI A.M., *Servizi postali*, in *Trattato sui contratti pubblici*, Vol. V, I settori speciali. L'esecuzione, a cura di A. M. Sandulli, R. Garofoli, R. De Nictolis, Milano, 2008, 3217.
- SANTINI M., *Il servizio postale*, in *La responsabilità civile della pubblica amministrazione*, a cura di F. Caringella - M. Protto, Bologna, 2000, 1415.
- SANTONASTASO F., *Le società di diritto speciale*, in *Trattato di Diritto Commerciale*, diretto da Buonocore, sez. I, vol. 10, Torino, 2009.
- SATTA F., *Esercizio privato di funzioni e servizi pubblici*, in *Enciclopedia giuridica "Treccani"*, XIII, 1989.
- SCOCA F. G., *Il punto sulle c.d. società pubbliche*, in *Dir. ec.*, 2005, 241.
- SPADONI B., *La regolazione per promuovere il mercato nel settore postale*, in *Economia Pubblica*, 2002, n. 4, 125.
- SPADONI B., *Profili regolatori: l'esperienza del NARS*, in *Economia e regolazione delle reti postali. Globalizzazione, innovazione tecnologica e servizio universale*, a cura di V. Visco Comandini, Roma, 2008, 303.
- SORACE D., *La desiderabile indipendenza della regolazione dei servizi di interessi economico generale*, in *Mercato concorrenza regole*, 2003, 337.
- STIGLER G., *Theory of regulation*, in *Bell Journal of Economics*, 1971, 3.
- STIGLITZ J. E., *The Economic Role of the State*, Oxford, 1989, trad. it. a cura di M. Da Rin, Bologna, 1992, 97.

- SUBIOTTO R. –LITTLE D.R., *The Application of Article 102 TFEU by the European Commission and the European Courts*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, 2012, 175.
- TACCOGNA G., *I mutui degli enti pubblici tra affidamento mediante gara e ricorso diretto alla Cassa Depositi e Prestiti*, in *Urbanistica e Appalti*, 2009, 5.
- TESAURO G., *Diritto dell'Unione Europea*, Padova, 2012.
- TROVATO M., *Poste Italiane: la nuova IRI*, in *IBL Briefing Paper*, 2009, 71.
- UPU, *Post 2005 – Core Business Scenarios*, 1997, UPU, Bern.
- VASQUES L., *Le poste tra servizio universale e concorrenza. Una recente sentenza del Tar del Lazio*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2013.
- VINTI S., *Bando*, in *Diz. dir. pubbl. Cassese*, I, Milano, 2006.
- VINTI S., *La circolarità logica del diritto amministrativo*, Torino, 2014.
- VINTI S., *Limiti funzionali all'autonomia negoziale della pubblica amministrazione nell'appalto di opere pubbliche*, Padova, 2008.
- VISCO COMANDINI V., *Economia e regolazione delle reti postali*, Roma, 2008.
- VISCO COMANDINI V., *I invitati di pietra del caso TNT Post Italia/Pi. Il perimetro del servizio universale, il mercato rilevante, la definizione di rete postale*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2013.
- VISCO COMANDINI V., *Il settore postale: liberalizzazione e servizio universale*, in *I nodi delle reti*, a cura di A. Manacorda, Firenze, 2010.

VISCO COMANDINI V., *L'accesso alla rete nei servizi postali*, in *Economia e regolazione delle reti postali. Globalizzazione, innovazione tecnologica e servizio universale*, a cura di V. Visco Comandini, Roma, 2008, 333.

VISCO COMANDINI V., *Servizi postali e di telecomunicazione: identità e differenze*, in *Economia e regolazione delle reti postali*, a cura di V. Visco Comandini, Bari, 2006, 108.

VISCO COMANDINI V. - MAZZARELLA F., *Measuring the cost of the universal service in declining postal markets: what is the correct counterfactual scenario?*, Paper submitted for the 19th Conference on Postal and Delivery Economics in St. Helier, Jersey, June 1-4, 2011.

VISCO COMANDINI V. – MAZZARELLA F., *Regolazione e concorrenza nel mercato postale italiano*, in *Mercato concorrenza regole*, 2010.

WIK CONSULT, *Main Developments in the Postal Sector (2010-2013) Final Report*, 2013.

ZANOBINI G., *L'esercizio privato delle funzioni e dei servizi pubblici*, in *Primo Trattato completo di diritto amministrativo*, a cura di V. E. Orlando, Vol. II, parte III, Milano, 1935, 235.