

TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE
DEL LAZIO – ROMA

Ricorso

per **POSTE ITALIANE S.p.A.**, (P.IVA 01114601006 e C.F. 97103880585), con sede legale in Roma, al Viale Europa, 190, in persona del legale rappresentate *pro tempore*, in virtù dei poteri conferiti all'Avv. Andrea Sandulli, dal Codirettore Generale e Responsabile Corporate Affairs di Poste Italiane S.p.A., giusta procura per atto notaio Ambrosone in data 19 aprile 2019 (Rep. 53558, Racc. 15006, registrato in Roma il 29 aprile 2019), rappresentata e difesa, anche disgiuntamente dagli Avv.ti Prof. Aristide Police (C.F. PLCRTD68E10F839F – PEC aristidepolice@ordineavvocatiroma.org) e Paul Simon Falzini (C.F. FLZPSM87T11H501R – PEC paulsimonfalzini@ordineavvocatiroma.org) ed elettivamente domiciliata presso lo studio del primo in Roma, al Viale Liegi 32, i quali, ai sensi dell'art. 136 c.p.a., dichiarano di voler ricevere le comunicazioni relative al presente giudizio all'indirizzo di PEC aristidepolice@ordineavvocatiroma.org ed al numero di fax 06/99291244;

- RICORRENTE -

contro l'AUTORITÀ PER LE GARANZIE NELLE COMUNICAZIONI - AGCOM, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa *ope legis* dall'Avvocatura Generale dello Stato;

e MINISTERO DELLO SVILUPPO ECONOMICO, in persona del Ministro *pro tempore*, rappresentato e difeso *ope legis* dall'Avvocatura Generale dello Stato;

- RESISTENTI -

nei confronti del CONSORZIO DI TUTELA A.RE.L. – AGENZIA RECAPITO LICENZIATARI (C.F. 97823700584), in persona del legale rappresentate *pro tempore*;

- CONTROINTERESSATO -

per l'annullamento

della delibera l’Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni (di seguito, “AGCom” o “Autorità”) n. 199/21/CONS del 17 giugno 2021, pubblicata sul sito dell’Autorità e notificata a Poste Italiane a mezzo P.E.C. il 1 luglio 2021, recante “*verifica del calcolo del costo netto del servizio postale universale per gli anni 2017, 2018 e 2019*” nella parte in cui lesiva degli interessi e diritti di Poste Italiane S.p.A.; di ogni altro atto presupposto connesso e consequenziale ancorché non conosciuto e, ove occorrer possa, della delibera n. 215/19/CONS del 7 giugno 2019, recante “*Avvio del procedimento di verifica del calcolo del costo netto del servizio postale universale per gli anni 2017 e 2018*”; della delibera n. 79/21/CONS del 4 marzo 2021, recante “*Consultazione pubblica concernente la verifica del calcolo del costo netto del servizio postale universale per gli anni 2017, 2018 e 2019*”.

*

FATTO

1. Poste Italiane S.p.A. (d’ora in avanti anche “Società” o “PI”) è una società attiva nel settore postale, che offre sul mercato servizi afferenti all’intera catena produttiva e distributiva, svolgendo in particolare l’attività di raccolta, smistamento trasporto e distribuzione di invii postali.

Ai sensi dell’art. 23, co. 2, del d.lgs. 22 luglio 1999, n. 261, recante “*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*” (“Decreto”), come modificato *inter alia* in sede di recepimento della Direttiva 2008/6/CE (“Direttiva”), Poste Italiane fornisce il servizio postale universale (“SU”).

Oltre alle prestazioni che devono essere garantite nell’ambito del Servizio Universale, il Decreto prevede anche le modalità di calcolo dell’onere di tali prestazioni ed il relativo finanziamento. In particolare, l’art. 3, co. 13, del Decreto stabilisce che “*il calcolo del costo netto del servizio universale è effettuato nel rispetto degli orientamenti di cui all’allegato I della direttiva 97/67/CE del*

Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 dicembre 1997, inserito dalla direttiva 200/CONS del 8/6/CE [...]”.

L’Autorità, pertanto, quantifica e rende pubblico il costo netto del SU (c.d. *“onere del servizio universale”*), nonché individua la relativa modalità di finanziamento a valle di una verifica *ex post* svolta sulla base della quantificazione dell’onere del SU effettuata da Poste Italiane in qualità di Fornitore del Servizio Universale (**“FSU”**).

L’art. 3, co. 12, del Decreto prevede che l’onere per la fornitura del SU possa essere finanziato attraverso:

- (i) trasferimenti posti a carico del bilancio dello Stato; e
- (ii) il fondo di compensazione *ex art. 10* del Decreto, alimentato da contributi anche dagli operatori postali concorrenti e attivato nel caso in cui il FSU non ricavi entrate sufficienti a garantire l’adempimento degli obblighi di cui è gravato (**“Fondo di compensazione”**).

2. Ciò posto, l’Allegato I della Direttiva definisce il costo netto del SU come *“ogni costo connesso all’operazione della fornitura del servizio universale e necessario per tale operazione (...) calcolato 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”*.

La Direttiva prevede che il costo netto derivante dagli obblighi di SU sia calcolato secondo il metodo del c.d. *Profitability cost approach* (**“PC approach”**). In base a tale metodo, il costo netto del SU è calcolato come la differenza tra il risultato economico effettivamente conseguito dal Fornitore del Servizio Universale – FSU ed il risultato economico che il fornitore avrebbe ottenuto se avesse potuto operare liberamente senza i vincoli derivanti dal Servizio Universale (**“NFSU”**).

Questa modalità di calcolo del costo netto del SU include la ricostruzione di uno scenario controfattuale. A titolo di esempio, se il FSU chiudesse l’esercizio

con una perdita di 100 e, in assenza di obblighi, avesse chiuso il bilancio con un utile da 50, allora il costo netto, ossia l'onere derivante dalla prestazione del SU, sarebbe pari a 150, corrispondente al delta tra il risultato effettivamente conseguito e quello che avrebbe ottenuto in assenza di tali obblighi.

La Direttiva stabilisce, inoltre, che, nel calcolo del costo netto del SU si debba tenere conto *“di tutti gli altri elementi pertinenti, 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. Particolare attenzione va riservata alla corretta valutazione dei costi che il fornitore del servizio universale designato avrebbe scelto di evitare se non fosse stato soggetto a tali obblighi [...]”*.

3. Alla luce del quadro normativo sopra delineato, Poste Italiane ha provveduto alla quantificazione del costo del SU da sottoporre alla verifica dell'Autorità dal 2011 e trasmesso la documentazione di separazione contabile per gli anni 2017, 2018 e 2019.

Per inciso, i rapporti tra lo Stato e il fornitore del SU sono disciplinati dal contratto di programma che ha durata pluriennale e, per gli anni oggetto delle valutazioni rese con la Delibera, dal Contratto di programma 2015-2019 che stabilisce il valore della compensazione corrisposto dallo Stato pari ad Euro 262 Milioni per ciascuna annualità.

Per completezza, si ricorda inoltre che Poste Italiane ha impugnato dinanzi a codesto ecc.mo TAR anche le precedenti delibere con cui è stato determinato rispettivamente l'onere del SU per gli anni dal 2011 al 2016 e, in particolare: (i) la delibera AGCom 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”*, iscritto al R.G. n. 14653/2014); (ii) la Delibera 298/17/CONS (recante *“Servizio postale universale: analisi e applicabilità del meccanismo di ripartizione e valutazione dell'eventuale costo netto per gli anni 2013 e 2014”*, iscritto al R.G. n. 10777/2017); e (iii) la delibera

AGCom n. 214/19/CONS del 7 giugno 2019 (recante, “*Verifica del calcolo del costo netto del servizio postale universale per gli anni 2015 e 2016*, iscritto al R.G. n. 12038/2019).

4. Come previsto dalla Direttiva – e in continuità con le precedenti annualità – anche per la valutazione del costo netto per il SU degli anni 2017-2019 Poste Italiane adottava una metodologia di calcolo, basata sul PC Approach, che confronta il risultato economico del FSU e il risultato economico di un ipotetico operatore Non Fornitore del Servizio Universale (“**NFSU**”), entrambi operanti in regime di concorrenza (“**Metodologia PI**”). L’adozione del PC Approach è stata costantemente condivisa dall’AGCom.

Pare opportuno evidenziare sin d’ora che la Metodologia PI muove dall’assunto che il NFSU abbia un modello di funzionamento diverso rispetto a quello del FSU, sia cioè caratterizzato da un’organizzazione più snella e un processo produttivo più flessibile, che, vista l’assenza di obblighi di SU, tende unicamente alla massimizzazione dei profitti.

A tal fine, nella Metodologia PI il calcolo si fonda su un modello di funzionamento logistico produttivo razionalizzato, tenendo in considerazione, sia l’evoluzione dell’offerta in assenza di obblighi di SU, sia il conseguimento di maggiori livelli di flessibilità.

Alla luce di tale rimodulazione, anche per le annualità interessate dalla Delibera impugnata, Poste Italiane concludeva che l’operatore NFSU non sarebbe comunque riuscito a garantire l’equilibrio economico nella fornitura dei servizi postali, atteso che il mercato postale registra ormai da diversi anni un rapido declino per effetto della progressiva sostituzione della posta cartacea con le comunicazioni digitali. A fronte di tale risultato, PI ha ipotizzato che l’operatore NFSU, piuttosto che operare in perdita, cesserebbe l’attività postale, conseguendo un risultato economico pari a zero.

La tabella riportata (cfr. pag. 17 Delibera 199/21/CONS) indica i valori di onere di PI per gli anni considerati secondo la Metodologia di PI.

Tabella 3: Costo netto 2017, 2018 e 2019 presentato da PI (in milioni di euro).

Costo netto 2017-2019	Servizio universale (2017)	Servizio universale (2018)	Servizio universale (2019)
Costo Netto Operatore FSU	- 586	- 548	- 429
Costo Netto Operatore NFSU	0	0	0
Profitti ragionevoli	30	123	115
Vantaggi intangibili e commerciali	30	34	35
Onere del SU	- 586	- 637	- 509

5. La quantificazione, così come effettuata tramite la Metodologia PI, è stata quindi sottoposta della verifica *ex post* dell’Autorità.

A valle dell’attività istruttoria svolta, avviata con delibera n. 215/19/CONS del 7 giugno 2019 (recante “*Avvio del procedimento di verifica del calcolo del costo netto del servizio postale universale per gli anni 2017 e 2018*” [doc. 2]) e oggetto di consultazione pubblica con della delibera n. 79/21/CONS del 4 marzo 2021 (recante “*Consultazione pubblica concernente la verifica del calcolo del costo netto del servizio postale universale per gli anni 2017, 2018 e 2019*” [doc. 3]), l’Autorità pubblicava la Delibera n. 199/21/CONS del 17 giugno 2021 recante “*verifica del calcolo del costo netto del servizio postale universale per gli anni 2017, 2018 e 2019*” [doc. 1] con cui determinava l’onere del SU per gli anni 2017 (Euro 354,5 Ml), 2018 (Euro 334,5 Ml) e per l’anno 2019 (Euro 175 Ml), riducendo quindi la misura risultante dai calcoli effettuati da Poste Italiane mediamente di circa il 50%, con un massimo del 66% per l’anno 2019. Di seguito la tabella con i valori di cui sopra (cfr. pag. 83 Delibera 199/21 CONS).

Tabella 14: Prospetto riepilogativo calcolo costo netto per gli anni 2017, 2018 e 2019 – esiti consultazione

	Calcolo PI	Calcolo AGCOM	Calcolo PI	Calcolo AGCOM	Calcolo PI	Calcolo AGCOM
	2017 (milioni di euro)		2018 (milioni di euro)		2019 (milioni di euro)	
Ricavi persi (A)	-184	-179	-166	-168	-176	-165
Costi evitati (B)	-792	-610	-740	-601	-567	-444
Net cost (C)	608	432	573	433	391	279
Profitti ragionevoli (D)*	30	38	123	32	115	31
VIC. (E)	30	116	34	131	35	135
<i>Onere del SU (C+D-E)</i>	<i>608¹²⁹</i>	<i>354,5</i>	<i>662¹³⁰</i>	<i>334,5</i>	<i>471¹³¹</i>	<i>175</i>

L'Autorità riconosceva il carattere “*iniquo*” del costo del SU con conseguente diritto di Poste Italiane ad ottenere la compensazione e, tuttavia, non prevedeva altresì l'attivazione del Fondo per la compensazione dell'onere del SU non coperto dal finanziamento dello Stato, sull'assunto che ciò comporterebbe il rischio di distorsione del normale meccanismo di funzionamento della concorrenza e che Poste Italiane sarebbe comunque nelle condizioni di mantenere una condizione economica stabile grazie alla fornitura di servizi finanziari e assicurativi.

6. La Delibera dell'Autorità, in quanto lesiva degli interessi e diritti di Poste Italiane merita di essere annullata per i seguenti motivi di

DIRITTO

I. Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 3, co. 12 e 10 del d.lgs. n. 261/1999 per mancata attivazione del Fondo di Compensazione. – Violazione art. 7 Direttiva 97/67/CE s.m.i. Direttiva 2006/6/CE. – Eccesso di potere per carenza e illogicità della motivazione avendo l'Autorità omesso di indicare le ragioni a sostegno della mancata attivazione del Fondo. – Eccesso di potere per sviamento avendo l'Autorità introdotto un indebito meccanismo di aiuto di stato a favore degli operati tenuti ad alimentare il Fondo di compensazione.

1. La ricostruzione in punto di fatto ha consentito di evidenziare come la Delibera abbia accertato che il costo del SU per gli anni 2017, 2018 e 2019 – determinato complessivamente in Euro 864 Ml – rappresenta un onere “*iniquo*” per Poste Italiane (§ 7 par. 206 della Delibera).

Fermo restando quanto sarà più diffusamente illustrato *infra* sulla manifesta illogicità ed irragionevolezza della valutazione sulla base della quale è stato sviluppato il calcolo dell’onere del SU per gli anni 2017-2019 (cfr. II motivo), è pacifico che l’Autorità abbia accertato come l’onere per il SU non finanziato dallo Stato sia pari complessivamente nel triennio pari a Euro 76,8 Milioni.

Pur avendo accertato l’iniquità dell’onere del SU e la sussistenza di importi non coperti dal finanziamento dello Stato, l’Autorità ha negato l’attivazione del Fondo di compensazione previsto *ex art.* 10 del d.lgs. n. 261/1999. In particolare, l’Autorità ha riferito che “*PI ha sempre coperto l’onere del SU con i finanziamenti pubblici e, per l’eventuale quota residuale, con i profitti derivanti da altre attività, quali ad esempio le proprie attività bancarie assicurative e finanziarie, in conformità con il dettato comunitario*” (§ 222 della Delibera).

Le conclusioni della Delibera in merito alla mancata attivazione del fondo di compensazione sono state assunte in palese violazione della normativa che regola la prestazione del Servizio Universale, sia a livello nazionale, sia a livello comunitario.

2. La Direttiva ha chiaramente stabilito – *considerando* 26 – che “***può essere necessario mantenere il finanziamento esterno dei costi netti residui del servizio universale***” e “*nella misura in cui ciò è necessario e adeguatamente giustificato, le **alternative disponibili** per garantire il finanziamento del servizio universale, lasciando agli Stati membri la scelta dei meccanismi di finanziamento da utilizzare ... **includono** ... ogni qualvolta gli obblighi di servizio universale comportino costi netti e rappresentino un onere indebito per il fornitore del servizio universale designato, la compensazione pubblica e la **condivisione dei***

costi fra fornitori del servizio e/o utenti secondo modalità trasparenti e mediante la partecipazione a un fondo di compensazione” (enfasi aggiunta).

La Direttiva inoltre chiarisce che *“gli Stati membri possono ricorrere ad altre forme di finanziamento ammesse dal diritto comunitario come stabilire, ove necessario, che i profitti derivanti da altre attività del fornitore o dei fornitori del servizio universale, che non rientrano in tale servizio, siano assegnati, per intero o in parte, al finanziamento dei costi netti del servizio universale, nella misura in cui ciò è conforme al trattato [...]”*.

La Direttiva ha quindi indicato che possa *“essere imposto ai fornitori di servizi postali di contribuire al finanziamento del servizio universale nei casi in cui è previsto un fondo di compensazione. Al fine di determinare quali imprese possano essere chiamate a contribuire al Fondo di Compensazione, gli Stati membri dovrebbero valutare se i servizi forniti da tali imprese possono, nell’ottica di un utente, essere considerati come servizi che rientrano nell’ambito di applicazione del servizio universale, poiché denotano un livello di intercambiabilità sufficiente rispetto al servizio universale, tenuto conto delle loro caratteristiche, compresi gli aspetti che comportano un valore aggiunto, nonché l’impiego previsto e la tariffazione”* (considerando 27).

La Direttiva, pertanto, riconosce la possibilità di scegliere forme di finanziamento del SU e individua espressamente il Fondo di compensazione. Ciò trova puntuale conferma anche nella normativa nazionale di riferimento, atteso che l’art. 3, co. 12, del Decreto dispone che ***“l’onere per la fornitura del servizio universale è finanziato: a) attraverso trasferimenti posti a carico del bilancio dello Stato [...]; b) attraverso il fondo di compensazione di cui all’articolo 10 del presente decreto”***.

Il quadro normativo definito a livello eurounitario, come evidente, non prevede – se non *“quando necessario”* e sulla base di una esplicita decisione del singolo Stato membro – che il costo del Servizio Universale sia finanziato anche con i

profitti derivanti da altre attività del fornitore del servizio universale come ritenuto dall'Autorità nel provvedimento impugnato.

La finalità del Fondo di compensazione è, invece, proprio quella di *“garantire l'espletamento del servizio universale [...] nel caso in cui il fornitore del predetto servizio non ricava dalla fornitura del servizio universale entrate sufficienti a garantire l'adempimento degli obblighi gravanti sul fornitore stesso”*.

3. Alla luce delle richiamate previsioni, dunque, la scelta dell'Autorità di non attivare il Fondo di compensazione si rivela palesemente contraria alla disciplina prevista dalla Direttiva come recepita dall'art. 3 e 10 del d.lgs. n. 261/1999.

Il Legislatore ha stabilito infatti che l'onere per il SU sia finanziato, sia direttamente dallo Stato, sia mediante l'attivazione del Fondo di compensazione, sicché le modalità di finanziamento previste dalla legge non possono essere derogate dall'esercizio di una mera potestà regolamentare secondaria dell'Autorità che, arbitrariamente, stabilisce di non attivare il Fondo di compensazione e di rimettere al fornitore la copertura degli oneri del servizio.

La Delibera dell'Autorità, per contro, non solo non attiva una delle due fonti di finanziamento dell'onere, ma impone al FSU di tenere a suo esclusivo carico una quota dell'onere introducendo surrettiziamente una modalità di finanziamento a ben vedere non prevista dall'art. 3 del Decreto.

4. Sotto altro (ma connesso) profilo, la determinazione dell'Autorità è priva di una motivazione o, comunque, riporta una motivazione manifestamente illogica e irragionevole.

Al tal riguardo, si rammenta che l'Autorità ha ritenuto di escludere l'attivazione del Fondo di compensazione sull'assunto che: *“(...) gli operatori tenuti a contribuire al fondo di compensazione sono i licenziatari, mentre gli autorizzati possono essere chiamati a contribuire solo ove sia verificata la sussistenza delle condizioni previste dal considerando 27 della direttiva 2008/6. Allo stato, i soggetti tenuti a contribuire, vale a dire i licenziatari, dichiarano di non fornire servizi rientranti nel servizio universale; in ogni caso, in considerazione delle*

quote di mercato, PI contribuirebbe al fondo di compensazione in misura assolutamente preponderante”.

L’Autorità riporta poi nella motivazione del provvedimento che Poste Italiane *“a seguito della recente operazione di concentrazione, dovrebbe corrispondere anche l’importo dovuto da Nexive che, nel periodo considerato nel presente procedimento, era il secondo operatore del mercato. La quota residuale a carico degli altri operatori risulterebbe, dunque, esigua e tale da non giustificare l’attivazione di un fondo compensazione che avrebbe una platea di soggetti tenuti alla contribuzione estremamente frammentata (ripartizione della quota residuale fra circa oltre 2000 operatori licenziatari) con costi amministrativi notevoli”.* L’Autorità ritiene poi che l’odierna ricorrente *“è riuscita a mantenere una condizione economica stabile grazie alla fornitura di altri servizi (finanziari e assicurativi) attraverso la rete del SU; quindi, non ha ridotto la sua capacità di finanziare l’onere del SU”.*

Sulla scorta di tali rilievi l’Autorità ha respinto le osservazioni presentate in sede di consultazione da Poste Italiane e rilevato che il Fondo di compensazione non fosse attivabile in quanto *“in estrema sintesi, oltre agli effetti distorsivi che derivano dall’attivazione del fondo e che sono riconosciuti dagli studi e dalla letteratura anche recente, si deve considerare che Poste Italiane sarebbe il maggiore contribuente del fondo e che la quota parte della contribuzione a carico degli altri licenziatari avrebbe un ruolo assolutamente residuale: l’attivazione del fondo di compensazione comporta quindi l’applicazione di un meccanismo complesso, molto costoso e poco efficiente, che avrebbe come risultato principale il trasferimento di oneri finanziari “da una tasca... ad un’altra” del medesimo fornitore del servizio universale*

I rilievi sommariamente formulati dall’Autorità non colgono nel segno.

5. Con riferimento al presunto rischio di *“distorsione”* del contesto concorrenziale, si rammenta che nelle precedenti analisi regolatorie relative alle annualità 2011-2016 (cfr. la Delibera n. 412/14/CONS) la costituzione del Fondo

di compensazione era stata riconosciuta dall'Autorità come rimedio regolatorio efficace ove strutturato su criteri oggettivi e non discriminatori.

In particolare, è stato rilevato che il rispetto del principio di proporzionalità e l'eventuale esonero per i nuovi operatori che non hanno una presenza significativa sono indici sufficienti per escludere che l'attivazione del Fondo di compensazione determini un effetto distorsivo della concorrenza.

In altri termini, una volta strutturato secondo i criteri indicati dalla stessa Autorità, il Fondo di compensazione non può generare alcun effetto distorsivo.

Senza dire che il Fondo sarebbe comunque sottoposto alla disciplina dell'art. 107 TFUE sugli aiuti di stato che, come noto, vieta aiuti distorsivi della concorrenza (State Aid SA.38869 (2014/N) – Poland) e che l'attivazione dello stesso sarebbe soggetta – come espressamente disposto anche dall'art. 6 co. 3 vigente Contratto di programma di PI – a preventiva notifica e autorizzazione della Commissione europea ai sensi della regolamentazione in materia di Aiuti di Stato.

A ben vedere, la mancata attivazione del Fondo di compensazione grava quindi ingiustamente solo su Poste Italiane, operatore già sottoposto a considerevoli vincoli regolatori rispetto alla libertà di operare degli altri operatori di mercato.

Nella parte in cui si ritiene che il costo *iniquo* del Servizio Universale debba essere finanziato dal fornitore senza l'attivazione del Fondo di compensazione la Delibera ha l'effetto di ridurre la redditività delle altre attività della Società e la capacità di investimento in altri mercati.

In questa prospettiva, proprio la scelta dell'Autorità di non attivare il Fondo di compensazione finisce per determinare un'alterazione del contesto concorrenziale nel settore postale, atteso che la mancata attivazione del Fondo, nella misura in cui riduce il profitto e la capacità di autofinanziamento della Società, produce un effetto distorsivo della concorrenza.

6. Le motivazioni della mancata attivazione del Fondo di compensazione si rivelano anche fondate su presupposti di fatto non corretti. L'Autorità menziona

a sostegno della correttezza della propria determinazione lo studio *Copenhagen Economics* per la Commissione Europea sul metodo di finanziamento del SU più diffuso a livello europeo nel periodo 2013-2016 laddove riferisce che “*una maggiore flessibilità nella regolamentazione può costituire uno strumento per rendere superfluo un meccanismo di finanziamento*” (par. 223 Delibera).

Sul punto la motivazione si rivela palesemente illogica ed irragionevole. Il finanziamento può essere “superfluo” quando non vi è l’onere.

L’esistenza di un quadro regolatorio che determini un onere pari a zero, infatti, non necessita di un meccanismo di finanziamento; al contrario, laddove l’onere risulta maggiore rispetto al finanziamento statale – come nell’odierna fattispecie – l’attivazione è necessaria proprio al fine di evitare effetti distorsivi della concorrenza.

Lo stesso studio di *Copenhagen Economics* del resto mette in luce come la maggiore flessibilità della regolamentazione solo se impatta sull’onere può evitare il finanziamento pubblico e, nel caso del fondo di compensazione, solo se il costo netto è compensato interamente con fondi statali (“*Secondo la direttiva sui servizi postali, gli FSU possono chiedere una compensazione se l’onere comporta un costo netto - considerando le linee guida di calcolo fornite nell’allegato I della direttiva sui servizi postali - e rappresenta un ingiusto onere finanziario per gli FSU*”).

7. Sotto ulteriore profilo, il provvedimento dell’Autorità è viziato per carenza di motivazione e difetto di istruttoria nella parte in cui si ritiene “*(...) che la quota parte della contribuzione a carico degli altri licenziatari avrebbe un ruolo assolutamente residuale*” (v. § 8 - V72 della Delibera).

Tale affermazione è, come si vede, del tutto apodittica e sfornita di qualsivoglia riferimento ed elemento e dato di fatto che possa giustificare l’assunto e quindi legittimare il provvedimento.

Rispetto alla presunta “residualità” del contributo a carico degli altri operatori – anche tenuto conto della recente acquisizione di Nexive da parte di Poste – si

osserva che l’Autorità, allo scopo di quantificare l’entità del contributo degli altri operatori postali, avrebbe dovuto preventivamente effettuare la prescritta analisi di sostituibilità tra servizi postali universali e non universali, tenuto conto, in particolare, dello sviluppo del mercato postale, in particolare quello dei pacchi, negli ultimi anni.

Come meglio illustrato di seguito, infatti, nel mercato postale si registra un elevato livello di sostituibilità tra servizi universali e non universali. Il rilievo dell’Autorità si dimostra dunque manifestamente erroneo, in quanto il mercato postale e la sua quantificazione è oggetto di profondi mutamenti.

A tal riguardo, si può evidenziare come il decremento della corrispondenza ed il notevole incremento dei pacchi dovuti all’aumento dell’*e-commerce* producono effetti anche sulla corretta determinazione della quota di mercato di Poste Italiane. Sul punto, un primo dato di riferimento è rappresentato dalla esperienza rilevata anche in sede eurounitaria laddove la Commissione ha costantemente seguito l’evoluzione dei mercati del corriere espresso e delle consegne standard/deferred e, in particolare, nel tempo ha individuato i seguenti mercati: – il mercato dell’*“express delivery”* (consegne espresse, che si distingue per l’effettuazione del servizio di consegna il giorno successivo entro un orario definito con la presenza della garanzia e per un costo superiore che riflette la rapidità e la definizione del tempo della consegna accompagnato dalla garanzia di rimborso); – il mercato delle consegne *“standard/deferred”*, ovvero delle consegne in uno/due o più giorni con un livello di prezzo inferiore e senza alcuna garanzia di rimborso.

La Decisione della Commissione Comp/M.6570 – UPS/TnT Express del 2013 non solo ha ulteriormente confermato tale impostazione, ma gli stessi operatori del mercato hanno supportato gli elementi distintivi che caratterizzano il mercato del corriere espresso: *“DHL ha dichiarato che “Gli utenti dei servizi di corriere espresso scelgono il loro livello di servizio in base alle loro esigenze specifiche. Se un qualsiasi fornitore di servizi di corriere espresso dovesse aumentare i suoi prezzi del 5% o del 10% [...] solo una piccolissima minoranza di clienti reagirà*

a un aumento di prezzo passando a un servizio standard, meno e più economico, con un impegno di consegna più tardivo”

- Allo stesso modo, La Poste ha ritenuto che “il servizio di trasporto a tempo scelto è richiesto per uno scopo particolare dai nostri clienti e un piccolo cambiamento di prezzo non influenzerebbe la loro decisione

- FedEx ha dichiarato che “i clienti che acquistano servizi con un impegno di consegna il giorno successivo sono disposti a pagare molto di più per far arrivare il loro piccolo pacco il giorno successivo

- I fornitori di servizi espressi come UPS valorizzano l’affidabilità dei loro servizi espressi e offrono una garanzia di rimborso nel caso in cui il tempo di consegna impegnato non venga rispettato”.

Con la già richiamata Delibera 412/14 CONS la stessa Autorità ha riconosciuto che *“nella scelta del servizio, l’utente spesso non è consapevole delle caratteristiche del servizio universale quali per esempio la frequenza minima di recapito settimanale. Le caratteristiche del servizio universale, dunque, non necessariamente influiscono sulle preferenze dei consumatori verso servizi a valore aggiunto che invece possono rappresentare a tutti gli effetti delle valide alternative”* e che *“È importante sottolineare che una piena sostituibilità tra servizi a valore aggiunto e servizi universali è difficilmente osservabile nella realtà in quanto questi ultimi sono spesso offerti in perdita in una situazione di fallimento di mercato dove per definizione non può sussistere alcun tipo di sostituibilità con servizi offerti a condizioni di mercato. Ciò non significa che non esista intercambiabilità tra servizi a valore aggiunto e servizi universali [...]”* (par. 547).

In questa prospettiva, offre un rilevante contributo il recente documento di analisi del mercato dei servizi di consegna dei pacchi, denominato “Interim Report” (Delibera n. 212/20/CONS), in cui la stessa Autorità riconosce che *“[.] prima dello sviluppo dell’e-commerce l’offerta degli operatori postali tradizionali si distingueva nettamente da quella dei corrieri in quanto i primi*

offrivano prevalentemente servizi di corrispondenza e, solo marginalmente, servizi pacchi mentre l'offerta dei corrieri era incentrata sui servizi rivolti alla clientela business di tipo B2B e, spesso, contigua all'offerta di servizi logistici e di trasporto merci". Con lo sviluppo dell'e-commerce però "[...] tutti gli operatori, attratti dalle prospettive di profitto di un mercato in forte crescita, hanno ampliato la gamma dei servizi offerti con nuovi servizi specifici per l'e-commerce che sono molto più centrati sulle esigenze del destinatario ("receiver oriented") rispetto ai servizi di recapito di pacchi. [...] Alcuni operatori postali (es. Citypost, Nexive) offrono esclusivamente servizi di consegna pacchi rivolti ai venditori on-line o servizi di consegna di pacchi c.d. "cassettabili", cioè che possono essere inseriti nella cassetta postale, [...]. Al riguardo, è importante sottolineare che anche in Italia la consegna dei beni spesso avviene mediante i servizi di posta tradizionale (lettere), in particolare per gli acquisti on-line che tipicamente riguardano beni di peso e dimensione contenuti, tali da rientrare nei parametri dell'invio di corrispondenza."

Nella stessa Delibera l'Autorità evidenzia come *"Nel 2019 PI ha introdotto un'offerta a carnet del Pacco Delivery Standard che prevede uno sconto a volume (il prezzo del singolo invio si riduce in funzione del numero di invii inclusi nel carnet) e il servizio pick-up. Questa modalità di offerta del servizio potrebbe rendere in qualche modo il servizio universale fruibile anche per la clientela business (es. piccoli venditori on-line)"*.

A ciò si aggiunga che il pacco ordinario, proprio per la sua natura universale, è utilizzabile e utilizzato da tutta la clientela, non solo attraverso gli Uffici Postali a cui si rivolgono prevalentemente utenti business (cfr. *"La domanda di pacchi ordinari è costituita prevalentemente da clienti business e non da clienti consumer, che anzi rappresentano una quota significativamente minoritaria del totale degli invii di pacchi ordinari."* (Del.728/13/CONS, par.70.), ma anche con modalità di affrancatura e impostazione tipiche della PA e della clientela (es.

attraverso l'utilizzo di macchine affrancatrici e spedizione dai centri di accettazione "grandi clienti").

L'Autorità definisce in modo chiaro il mercato delle consegne di pacchi *e-commerce deferred* in ambito nazionale, caratterizzato da servizi con tempi di consegna estesi (c.d. consegna "deferred"), prevedendo una consegna di 3-5 giorni per il recapito nazionale, con tariffe relativamente basse. Vengono anche identificati gli operatori che nell'ambito del mercato delle consegne dei pacchi *e-commerce* in ambito nazionale sviluppano volumi di consegne *deferred* significativi (es. Amazon, Citypost, Hermes, Nexive, Poste Italiane, Delibera n. 212/20/CONS).

Nella più recente delibera 255/21/CONS (con la quale sono aggiornate e sottoposte a consultazione pubblica le risultanze della precedente delibera), l'Autorità ha, altresì, ritenuto di considerare in modo unitario i due mercati (consegne *deferred* e consegne espresse) precedentemente individuati in modo autonomo (All. B, punto 28 della delibera), rafforzando ulteriormente la potenziale sostituibilità tra il pacco universale e la generalità dei pacchi utilizzati per l'*e-commerce*.

Un ulteriore elemento a favore della sostituibilità tra servizi universali e non universali è rappresentato dal fatto che, a livello internazionale (invii provenienti da o destinati a Paesi esteri), si registra un larghissimo utilizzo di servizi universali anche per le spedizioni *e-commerce*.

È del tutto evidente come l'Autorità disponga degli elementi qualitativi e quantitativi per effettuare l'attivazione del fondo di compensazione sollevando in parte il FSU dell'onere iniquo non coperto dai fondi statali. Non solo.

Tra l'altro, tale considerazione trova riscontro nella costante prassi di AGCom in relazione alla ripartizione dell'onere del servizio universale telefonico espletato da Telecom Italia. In tale contesto l'Autorità, a seguito della liberalizzazione del mercato, ha imposto agli operatori alternativi di contribuire al finanziamento dell'onere, tramite un apposito fondo di compensazione, indipendentemente dal

fatto che essi operassero nel mercato della telefonia fissa o in quello della telefonia mobile. Si richiama, al riguardo, la recente delibera 92/21/CIR, relativa al periodo 2010-2013.

Nella misura in cui chiariscono e definiscono i fenomeni di cambiamento che interessano a vari livelli il mercato della corrispondenza, gli elementi portati all'evidenza di questo Giudice confermano altresì la carenza di motivazione della Delibera impugnata nella parte in cui è stata esclusa l'attivazione del Fondo di compensazione.

Tenuto conto dei profondi mutamenti del mercato, infatti, le valutazioni dell'Autorità rispetto alla mancata attivazione del Fondo di compensazione alla luce della quota di mercato *“prevalente”* di Poste Italiane si rivelano del tutto illogiche dal momento che i cambiamenti implicano l'esistenza sempre più marcata di servizi intercambiabili/sostituti dei servizi universali che ne ridefiniscano le quote.

Del resto, solo una volta definita la base di contribuzione ed i soggetti tenuti al pagamento, si potrebbe valutare compiutamente il grado di frammentazione e l'ampiezza della platea dei contribuenti, mentre l'Autorità ha apoditticamente escluso la possibilità di svolgere questa valutazione ritenendo il procedimento *“complesso, molto costoso e poco efficiente”*.

*

II. Violazione e/o falsa applicazione della Direttiva 67/97/CE – Violazione dell'art. 3, co. 13 del d.lgs. n. 261/1999. – Violazione e/o falsa applicazione Allegato I Direttiva 67/97/CE – Violazione dell'art. 3, co. 13 del d.lgs. n. 261/1999. – Eccesso di potere per sviamento, difetto d'istruttoria, carenza e illogicità della motivazione. Eccesso di potere per difetto e/o vizio della consultazione.

Sotto altro profilo, la Delibera si rivela viziata per diverse e concorrenti ragioni anche in relazione alla determinazione dell'onere del Servizio Universale e, in particolare, l'azione complessivamente spiegata dall'Autorità nella definizione

dei valori relativi al calcolo dell'onere si rivela erranea in quanto muove da presupposti non corretti o, comunque, finisce per definire un risultato manifestamente irragionevole, illogico ed immotivato.

II.1 Sull'illegittima della metodologia di calcolo conseguente alla determinazione dei costi. Sull'illegittimità dell'esclusione dei servizi postali dal perimetro di calcolo dei costi del SU.

1. Nella metodologia di calcolo proposta da Poste Italiane nella fase istruttoria è stata rilevata anzitutto la necessità, in un'ottica di accuratezza e affidabilità, di considerare ai fini del costo netto del Servizio Universale non solo i costi e i ricavi della fornitura dei servizi e prodotti rientranti nel SU, bensì l'insieme di tutti i prodotti postali.

Sul punto, l'Autorità ha invece ritenuto di limitare il perimetro del calcolo solo ai costi del Servizio Universale ed ha osservato che tale scelta è coerente *“con l'allegato I alla direttiva postale n. 2008/06/CE, così come trasposto nel nostro ordinamento dall'art. 3, comma 13, del d.lgs. n. 261/1999, che recita: «il costo netto degli obblighi di servizio universale è ogni costo connesso all'operazione della fornitura del servizio universale e necessario per tale operazione»“* (Delibera, §2.4 V4).

A ben vedere, tale soluzione, che è suscettibile di rilevare in modo significativo nella determinazione dell'onere, contrasta con il quadro normativo fissato dalla Direttiva anche alla luce dell'esperienza riscontrata in ambito comunitario. In ogni caso, poi, la motivazione della Delibera è palesemente carente alla luce del contributo istruttorio presentato da Poste Italiane nella fase di consultazione.

2. Come rilevato nel corso del procedimento (cfr. pag. 4-12 delle Osservazioni), il Servizio Universale richiede un'estesa infrastruttura a cui sono associati costi di produzione e, in particolare, costi fissi di mantenimento della rete di accettazione e recapito per l'offerta del servizio che è sovradimensionata rispetto alla domanda.

La prestazione del SU impone quindi il mantenimento di rilevanti costi fissi indipendentemente dai volumi lavorati, mentre gli operatori non gravati dagli obblighi organizzano la rete di trasporto in relazione agli effettivi volumi trasportati.

Pertanto, al fine di saturare la propria rete e limitare i costi fissi, la Società è incentivata ad ampliare la propria offerta commerciale con ulteriori servizi. Questo è il motivo per cui **tutti i fornitori del Servizio Universale in Europa usano la rete per servizi non universali** (ad esempio il recapito di invii promozionali ed i servizi di corriere espresso).

Dal punto di vista contabile, tuttavia, il costo degli elementi dell'infrastruttura deve essere ripartito da Poste Italiane ed attribuito in modo appropriato, applicando gli stessi fattori di costo tra servizi soggetti ad obblighi di fornitura e servizi non soggetti ad obblighi di fornitura.

Per effetto della fornitura dei servizi non universali, dunque, il costo del Servizio Universale risulterà, contabilmente, diminuito, ma nella realtà il fornitore continuerà a sostenere interamente i costi fissi della rete universale solo in parte coperti dai ricavi dei servizi non universali (cfr. pag. 5 doc. consultazione laddove si chiarisce che *“la fornitura di servizi non universali attraverso la rete universale, tuttavia, inevitabilmente penalizza la redditività contabile dei servizi stessi, sia per effetto della rigidità operativa e dei costi generata dai vincoli di universalità, sia per effetto del fatto che, in base alla direttiva 2008/6/CE, i costi insaturi correlati ai vincoli di universalità della rete devono essere ripartiti, da un punto di vista di contabilità dei costi, in egual misura (con gli stessi driver) tra servizi universali e non. In altre parole, la fornitura di servizi non universali attraverso la rete universale migliora la redditività (contabile) dei servizi universali, assorbendo costi insaturi dalla rete, ma penalizza la redditività (contabile) dei servizi non universali, che subiscono l'effetto negativo dei vincoli di universalità”*).

Ed infatti, poiché i volumi dall'area delle prestazioni del Servizio Universale diminuiscono e aumentano quelli dei prodotti liberi in conseguenza del processo di liberalizzazione del mercato (a titolo di esempio le Pubbliche Amministrazioni bandiscono gare per la fornitura dei servizi postali non universali), consistenti volumi di invii di corrispondenza - che prima venivano consuntivata nell'area del Servizio Universale - finiscono nell'area dei servizi postali non universali, ma il costo del portalettere che fornisce entrambi i servizi è il medesimo e deriva dall'obbligo di SU di recapitare la posta quotidianamente.

Sul punto, già in sede di consultazione Poste Italiane ha sottolineato che *“già da alcuni anni, è emersa una tendenza di spostamento di volumi dall'area dei prodotti universali all'area dei prodotti non universali; ciò, ad esempio, è conseguenza della liberalizzazione del mercato e della normativa in materia di appalti pubblici, che ha spinto anche le PPAA a bandire gare per la fornitura di servizi postali. Tale fenomeno, peraltro, è stato già registrato da AGCom nella Delibera 621/16/CONS (“Riesame delle previsioni in materia di accesso alla rete e all'infrastruttura postale di poste italiane”) laddove l'Autorità ha rilevato che “Analizzando in dettaglio l'andamento dei prodotti postali che compongono l'aggregato del servizio universale si osserva che le perdite maggiori (circa 840 milioni di invii in meno nel 2015 rispetto al 2012) si registrano per gli invii multipli, quali ad esempio la posta massiva e la c.d. posta registrata (invii raccomandati e assicurati) che costituiscono l'84% dei volumi di corrispondenza nazionale, ossia quella spedita e consegnata in Italia. Tale riduzione è dovuta sia al calo fisiologico dei volumi postali, di cui si è già accennato, sia alla pressione competitiva dei prodotti non inclusi nel perimetro del servizio universale, quali ad esempio i prodotti a data e ora certa”. Tale fenomeno è, inoltre, confermato dal trend storico dei volumi 2016-2020 dei servizi postali, come riportato nell'Osservatorio sulle comunicazioni n.1/2021 effettuato dall'Autorità”.*

Ciò comporta che Poste Italiane sopporta anche per la fornitura dei servizi non universali costi superiori a quelli sostenuti dagli operatori liberi da vincoli di

servizio universale (tant'è AGCom nella Delibera 452/18/CONS ha fissato il costo dell'Ipotetico Concorrente Efficiente – cd. ICE – a un livello decisamente inferiore a quello effettivamente sopportato da Poste). In altri termini, per effetto dei vincoli del SU Poste Italiane supporta un onere significativo e iniquo anche sulla componente non universale dei servizi postali offerti che dovrebbe integrale compensazione.

Alla luce di questi elementi Poste Italiane ha incluso nel perimetro di calcolo tutti i servizi che vengono forniti tramite la rete del SU, così da evitare effetti distorsivi sul calcolo dell'onere di SU e garantirne l'accuratezza e l'affidabilità della valutazione.

Del reso, l'inclusione nel perimetro di calcolo del costo netto dei servizi non universali è necessaria proprio in quanto per consentire la prestazione di tali servizi viene utilizzata la medesima infrastruttura dei servizi postali universali (i.e. rete di accettazione, centri di lavorazione, rete di trasporto e rete di recapito).

Tali elementi sono stati – come evidenziato – diffusamente rappresentati da Poste Italiane in sede di consultazione (nel documento “*Osservazioni in merito alle specifiche proposte di decisione ed agli orientamenti dell'Autorità contenuti nell'Allegato B alla Delibera n. 79/21/CONS, predisposte dalla Società Poste Italiane*”) e, tuttavia, sono rimasti del tutto disattesi nella Delibera senza che l'Autorità abbia fornito una motivazione sufficiente a superare le criticità riscontrate.

3. La valutazione dell'Autorità sul punto, poi, contrasta anche con le **scelte effettuate dalla Commissione Europea** nell'ambito delle analisi svolte sugli approcci finora utilizzati per il calcolo nei diversi Stati membri e, in alcuni casi, dalle stesse autorità di regolazione.

In particolare, con lo studio *Frontier* (“*Study on the principles used to calculate the net costs of the postal USO*”) è stato confermato che l'approccio *profitability cost (PC)* adottato anche dall'Autorità è focalizzato sulle implicazioni operative

e di prodotto derivanti dagli obblighi di SU piuttosto che sulla fornitura dei prodotti universali.

Alla stessa conclusione giunge il parere della società *WIK-Consult GmbH*, che conferma come a livello internazionale sia consolidata la prassi del calcolo del costo netto in riferimento al complesso dei servizi postali.

Anche la *National Agency for Research* del Regno Unito, l'OfCom, nel documento denominato “*Securing financially sustainable universal service*” del marzo 2012, ha rilevato come nel calcolo del costo netto debbano essere considerati anche costi e ricavi dei prodotti non del Servizio Universale offerti. Nella definizione di Ofcom rientrano i servizi postali non universali che sono offerti da tutti gli FSU allo scopo di migliorare il livello di saturazione dei costi fissi della rete universale.

Nel caso di Poste Italiane, i servizi postali non universali assorbono una quota rilevante dei costi fissi della rete universale e, con i relativi ricavi, contribuiscono alla copertura di tali costi (cfr. *Royal Mail Regulatory Financial Statements 2019-20 August 2020* <https://www.royalmailgroup.com/media/11242/rfs-2019-20-signed.pdf> “*È essenziale che le attività commerciali non appartenenti al Servizio Universale utilizzino la rete del Servizio Universale. Così facendo, questi prodotti e servizi danno un contributo materiale al costo fisso significativo della fornitura della rete del Servizio Universale. È importante riconoscere che, poiché continuiamo a vedere i volumi di posta del Servizio Universale diminuire, ci sarà un limite alla misura in cui il contributo delle attività commerciali non appartenenti al Servizio Universale può sostenere questi costi fissi*”).

Il tema del perimetro di riferimento per il calcolo del costo netto del SU è stato affrontato esplicitamente, peraltro, anche da alcuni regolatori postali europei, le cui posizioni sono state sottoposte all'Autorità nella risposta alla consultazione pubblica.

Il regolatore belga IBPT (*Institut Belge des Services Postaux et des Télécommunications*), sulla base di uno studio commissionato alla società TERA

Consultant, ha pubblicato nel 2014 una Comunicazione, sulla metodologia di calcolo del costo netto e ritenuto rilevante, nella verifica del costo netto, non tanto i singoli prodotti/servizi, ma i processi (es. raccolta, trasporto, smistamento, ecc.) che insistono sull'infrastruttura.

Attraverso questa metodologia possono essere, quindi, inclusi nel calcolo del costo netto quei servizi che, pur non rientrando nel SU sono effettivamente offerti tramite l'infrastruttura universale e con la quale, di conseguenza, condividono i costi.

L'ANR belga ritiene inoltre che debbano considerarsi anche gli obblighi (e quindi i costi dell'infrastruttura) imposti per la fornitura del servizio universale, piuttosto che l'inclusione, o meno, nel calcolo di uno specifico prodotto. Tale valutazione è coerente con quanto indicato nel report 2014 di ERPG *“Exploration of challenges to overcome when implementing a net cost calculation methodology based on a reference scenario - Benchmark of experiences”*, in cui si evidenzia che nel calcolo del costo netto non rileva l'obbligo o meno di fornire un determinato prodotto, quanto invece gli obblighi che scaturiscono dai servizi universali.

4. Peraltro, anche l'Autorità ha preso atto di tale fenomeno con la Delibera 621/16/CONS (*“Riesame delle previsioni in materia di accesso alla rete e all'infrastruttura postale di poste italiane”*) ove è stato rilevato che *“Analizzando in dettaglio l'andamento dei prodotti postali che compongono l'aggregato del servizio universale si osserva che le perdite maggiori (circa 840 milioni di invii in meno nel 2015 rispetto al 2012) si registrano per gli invii multipli, quali ad esempio la posta massiva e la c.d. posta registrata (invii raccomandati e assicurati) che costituiscono l'84% dei volumi di corrispondenza nazionale, ossia quella spedita e consegnata in Italia. Tale riduzione è dovuta sia al calo fisiologico dei volumi postali, di cui si è già accennato, sia alla pressione competitiva dei prodotti non inclusi nel perimetro del servizio universale, quali ad esempio i prodotti a data e ora certa”*.

Tale fenomeno è, inoltre, confermato dai volumi 2016-2020 dei servizi postali, come riportato nell'Osservatorio sulle comunicazioni n. 1/2021 effettuato dall'Autorità.

Si aggiunga che in questi anni si è registrata non solo una “osmosi” tra i servizi di corrispondenza universali e non universali, ma anche una “*intercambiabilità*” tra servizi di corrispondenza (e segnatamente della posta registrata) e dei pacchi (come evidenziato dall'Autorità nella Delibera 452/18/CONS “V.17. *L'integrazione del recapito dei pacchi con quello della corrispondenza tradizionale riguarda soprattutto la posta registrata in quanto esiste un significativo grado di assimilabilità tra i due prodotti. Si consideri, infatti, che: i) entrambe le tipologie di prodotto prevedono la consegna a mano al cliente, ii) hanno livelli di prezzi equiparabili (entrambi hanno marginalità più consistenti rispetto alla posta indescritta), iii) SLA (es. tempi di recapito) e servizi aggiuntivi simili (es. tracciatura); infine, iv) sia il recapito della posta descritta sia quello dei pacchi può essere organizzato in base a giri del portalettere più ampi rispetto a quelli previsti per il recapito dell'indescritta in quanto il portalettere deve raggiungere un minor numero di punti di consegna*”). Analogamente la Fondazione Ugo Bordoni ha di recente sostenuto che si “*sta disegnando un nuovo perimetro del mercato, prodotto dagli sconfinamenti del mercato digitale (comunicazioni elettroniche) e del segmento CEP, soprattutto per effetto dell'espansione determinato dalla diffusione del commercio elettronico. Le comunicazioni cartacee, in riduzione sia in termini di volumi che di ricavi, diventano quindi parte di un nuovo mercato allargato, inclusivo di comunicazioni digitali e pacchetti, entrambi in forte crescita*”).

5. Con questi elementi presentati nel corso della consultazione Poste Italiane ha evidenziato le ragioni per cui la Metodologia di Poste Italiane consente di quantificare in modo corretto il costo netto derivante dagli obblighi di SU. Tale necessità è avvalorata dalla constatazione che nell'ambito delle diverse implementazioni del calcolo del costo netto e della letteratura economica di

settore è ormai consolidata la necessità di calcolare il costo netto in riferimento non al solo perimetro dei servizi universali, ma considerando tutti i servizi postali nel loro complesso.

A tal riguardo, sono state richiamate da Poste Italiane anche le scelte effettuate dalla Commissione Europea nell'ambito delle valutazioni circa l'ammissibilità delle compensazioni pubbliche erogate a favore di Poste Italiane ai sensi della normativa sugli Aiuti di Stato.

In particolare, la Commissione ha calcolato il costo netto utilizzando un perimetro allargato a tutti i servizi offerti da PI e nell'ultima Decisione sulle compensazioni pubbliche per la fornitura del SU relative al periodo 2020-2024 (State Aid SA.55270 (2020/N)), la CE ha continuato ad utilizzare come perimetro di calcolo del costo netto quello relativo all'Azienda nel suo complesso.

Alla luce delle determinazioni della Commissione, dunque, la scelta operata dall'Autorità di continuare a determinare il costo del SU con riferimento ai soli servizi universali si rivela del tutto illogica.

Al riguardo, si rileva altresì che non hanno alcun pregio le osservazioni di A.RE.L. sul perimetro di calcolo, risultando esse in palese contrasto con le disposizioni della Direttiva postale.

Peraltro, in occasione dell'antecedente ciclo regolatorio stabilito con la Delibera n. 298/17/CONS (recante “*Servizio postale universale: analisi e applicabilità del meccanismo di ripartizione e valutazione dell'eventuale costo netto per gli anni 2013 e 2014*”), la stessa Autorità aveva rappresentato l'opportunità “*di ampliare il perimetro di riferimento in considerazione sia della continua riduzione dei volumi postali complessivi, sia dell'evoluzione di mercato alla luce delle osservazioni presentate nel corso della consultazione circa l'utilizzo della rete di PI anche per la fornitura di servizi non rientranti nel SU*” (v. Delibera n. 298/17/CONS, §90).

L'ampliamento del perimetro per gli anni futuri era stato proposto anche nella Delibera n. 214/19/CONS recante “*Servizio postale universale: analisi e*

applicabilità del meccanismo di ripartizione e valutazione dell'eventuale costo netto per gli anni 2015 e 2016" al §28 (*"Per quanto riguarda la scelta del perimetro da utilizzare ai fini della valutazione del costo netto si richiama quanto riportato nella delibera n. 298/17/CONS all'esito della consultazione pubblica. In continuità con la scelta assunta nelle precedenti verifiche (delibere nn. 412/14/CONS e 298/17/CONS), l'Autorità ritiene opportuno basare le proprie valutazioni sul perimetro relativo ai soli servizi rientranti nel SU, non escludendo la possibilità per gli anni futuri di optare per un allargamento del perimetro, in considerazione della continua riduzione dei volumi postali complessivi, dell'evoluzione del mercato, nonché dell'utilizzo della rete di PI anche per la fornitura di servizi non rientranti nel SU".*)

Pertanto, nonostante l'Autorità abbia già riconosciuto la fondatezza delle argomentazioni sviluppate da Poste Italiane, non si è attivata per l'adozione di una metodologia di calcolo evidentemente più accurata e coerente con le indicazioni della Direttiva postale e della Commissione europea, limitandosi ancora una volta a rinviare la possibilità di ampliare il perimetro di riferimento, o – *rectius* – di adottare una corretta metodologia di calcolo del costo netto, a conferma dei richiamati vizi di difetto di istruttoria e, comunque, della manifesta illogicità ed irragionevolezza delle determinazioni assunte.

II.2 Sull'illegittima della metodologia di calcolo conseguente alla determinazione dei ricavi. Sull'illegittimità dell'esclusione del c.d. scenario controfattuale proposto da Poste Italiane.

6. Nell'elaborazione dello scenario controfattuale (NFSU), Poste Italiane ha rilevato che i costi che sosterebbe e i ricavi che conseguirebbe in un mercato concorrenziale senza gli obblighi del SU (e, quindi, senza vincoli in termini di portafoglio prodotti, livelli di servizio, rete di vendita e distributiva ed aree territoriali in cui operare) sulla base della domanda di mercato sarebbero tali da comportare un risultato di esercizio negativo, con la ragionevole conseguenza che il fornitore NFSU piuttosto che incorrere in una perdita sceglierebbe di non

operare, ovvero di avere un controfattuale con risultato economico nullo (Delibera, § 33-36).

Di contro, l'Autorità sostiene che lo scenario sopra delineato non sarebbe ipotizzabile, in quanto sarebbe in contrasto con la *“formulazione letterale della norma”*, contenuta nell'allegato I alla Direttiva e, sotto altro profilo, che *“è difficile pensare che l'operatore, che in Italia detiene la leadership nel settore postale, in assenza di obblighi di SU, possa decidere di non fornire i servizi postali, esponendosi al rischio che tale cambiamento possa determinare una alterazione dei profitti dell'operatore negli altri segmenti di mercato in cui è attivo”* (Delibera, § 2.4 V19-V21).

L'assunto dell'Autorità si fonda su presupposti erronei o, comunque, su un grave difetto di istruttoria.

7. In primo luogo, il convincimento dell'Autorità muove dalla previsione dell'Allegato I della Direttiva, secondo cui *“[i]l costo netto degli obblighi di servizio universale deve essere calcolato 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”*.

Se è vero che nello scenario controfattuale previsto dal criterio di calcolo assunto dal Legislatore comunitario prevede che sia stimato il costo del servizio da parte dell'operatore in assenza degli obblighi del servizio universale, la *“formulazione letterale”* non esclude affatto che l'operatore possa cessare l'attività in perdita. Se così non fosse, d'altro canto, non si potrebbe definire come *“operatore libero da obblighi di servizio”*.

Del resto, se la disciplina muove proprio dalla finalità di realizzare una verifica del risultato economico in assenza di prestazioni obbligatorie in ragione della fornitura del Servizio Universale, il rispetto della *ratio* del criterio definito dal Legislatore comunitario non consente di escludere l'eventualità che l'operatore decida di non svolgere un'attività in perdita.

La scelta di un operatore economico razionale svincolato da obblighi regolatori, infatti, così come ipotizzato nello scenario controfattuale da Poste Italiane, sarà quella di tendere unicamente alla massimizzazione del proprio profitto, dismettendo tutte le attività in perdita.

Il risultato negativo nello scenario NFSU, dunque, è ottenuto proprio in ragione dell'applicazione della nuova metodologia del costo netto (PC Approach, condiviso dall'Autorità) e la circostanza che il calcolo restituisca una perdita - o che venga ridotto ad un risultato nullo in quanto l'operatore NFSU deciderebbe di uscire dal mercato - è solo la conseguenza di un principio economico di base, ovvero che un'impresa non continua ad operare in perdita.

In questa prospettiva, lo scenario delineato dall'Autorità è palesemente illogico. Il precipitato delle valutazioni dell'Autorità è che il costo netto di PI non sarebbe quello misurato nella realtà concreta dei fatti e dei bilanci, ma sarebbe pari a quello fattuale, ridotto, tuttavia, delle perdite che Poste Italiane andrebbe incontro anche nel caso in cui fosse libera dagli obblighi di universalità, non potendo, secondo l'Autorità, procedersi alla cessazione delle attività postali.

Sul punto, si rileva, per contro, che, nell'ambito del regime concessorio che regola la fornitura del servizio universale, Poste, in qualità di concessionaria, potrebbe, già nello scenario fattuale, svincolarsi dagli obblighi di servizio cessandone completamente la fornitura, tenuto conto della significativa alterazione del sinallagma contrattuale correlata alle ingenti e costanti perdite subite nella fornitura e non compensate dallo Stato.

8. Anche nella parte in cui l'Autorità sostiene che lo scenario resti inverosimile sull'assunto che ciò determinerebbe *“un’alterazione dei profitti dell’operatore negli altri segmenti di mercato in cui è attivo”* si risolve in una constatazione non motivata e, comunque, non dimostrata.

Come osservato nel corso dell'istruttoria, la prospettazione di Poste Italiane è stata ritenuta ammissibile dalla stessa Commissione europea nella Decisione *State*

Aid 43243 (2015/N) – in cui è stato rilevato che l’analisi sul costo netto deve essere considerata unitariamente.

In tale decisione, la Commissione effettua un’analisi *ex ante* della congruità delle compensazioni per il SU nel loro importo massimo al fine di verificare, in particolare, che il FSU non goda di un indebito vantaggio competitivo (“*no over-compensation*”).

L’analisi della Commissione si è incentrata su determinati aspetti e le Decisioni del 2015 e del 2020 hanno statuito che la compensazione statale all’onere di SU riconosciuta a Poste Italiana e calcolata in base al meccanismo del *subsidy-cap* è anche in grado di promuovere l’innovazione e il processo di efficientamento del fornitore del servizio postale universale.

L’attività dell’Autorità è quindi la medesima analisi fatta *ex post* con cadenza annuale e con un elevato grado di dettaglio. L’analisi della Commissione si concentra attentamente sulla valutazione della metodologia utilizzata nel calcolo e della coerenza dei risultati, analizza l’idoneità del modello utilizzato e la credibilità e verosimiglianza degli scenari, ovvero prende in considerazione sia lo scenario fattuale che controfattuale, per verificarne l’effettiva accuratezza e plausibilità.

La Commissione evidenzia che lo scenario controfattuale rappresenta ciò che l’operatore avrebbe fatto in assenza degli obblighi di fornitura del servizio universale, non escludendo neppure l’eventualità di interrompere la prestazione del servizio (“*[t]he counterfactual scenario represents what the company would do without the obligation to provide the universal service. In the counterfactual scenario notified by the Italian authorities, PI would continue to provide postal services in an optimized form in 2012 and 2013 but would stop the provision of these services from 2014 onwards [...] even after optimization*”). “*The Commission considers that the counterfactual scenario described above is credible as it is grounded in the factual situation of PP*” (punti 85 e 97 della Decisione 2015).

In conclusione, mentre la Commissione ha attentamente osservato tutti gli elementi rilevanti per affermare che l'ipotesi controfattuale di dismissione delle attività postali in perdita è pienamente credibile, l'Autorità non ha pienamente considerato tali valutazioni.

Sul punto, l'Autorità si è limitata a rilevare che *“Infine, si osserva che la CE nell'ultima decisione sugli aiuti di Stato⁴⁶ ha rilevato la necessità di attribuire una parte consistente di costi comuni ai servizi finanziari, giungendo ad una valutazione del costo netto sensibilmente inferiore rispetto alla decisione precedente.⁴⁷ Quindi è verosimile che l'Autorità, utilizzando il perimetro allargato non giunga a risultati sensibilmente differenti da quelli ai quali è giunta con perimetro ristretto ai soli servizi universali.*

9. In ogni caso, poi, l'Autorità nell'ambito dell'analisi dei costi evitati ha effettuato ulteriori rettifiche al valore dei costi evitati determinati da PI che risultano comunque affette da vizi, così come dettagliatamente riportato nelle Osservazioni (pagg. 18 e ss. doc. consultazione).

II.3 Sull'illegittimità della metodologia di calcolo conseguente alla determinazione dei profitti ragionevoli. Sull'illegittimità dell'esclusione dei valori di *EBIT Margin*.

10. La Direttiva ha introdotto nel calcolo dell'onere del SU anche la valorizzazione del c.d. profitto ragionevole, inteso come diritto dell'operatore di realizzare il margine di utile per prestare il Servizio Universale per l'intera durata dell'incarico tenendo conto del livello di rischio connesso all'attività.

La metodologia comunemente utilizzata per la determinazione di questo valore muove dall'esperienza delle analisi regolatorie nel settore TLC (telecomunicazioni). In particolare, per calcolare il profitto l'Autorità ha assunto come criterio quello del Costo Medio Ponderato del Capitale (*Weighted average cost of capital – WACC*) assumendo che, rispetto ad altri indicatori di redditività che forniscono un'indicazione statica dei margini di un'impresa (es. ROE-*Return on equity*, ROI-*Return on investments* o ROS-*Return on sales*), il WACC rifletta

in maniera più adeguata la remunerazione attesa dagli azionisti nel medio/lungo periodo (ossia in un lasso di tempo che consideri la durata dell'obbligo del SU).

A partire dal 2018, Poste Italiane ha proposto all'Autorità una metodologia diversa ed ha utilizzato il tasso c.d. EBIT MARGIN applicato ai ricavi al posto del tasso WACC applicato al capitale impiegato.

In particolare, Poste Italiane ritiene che già dal 2018 il calcolo dei Profitti ragionevoli avrebbe dovuto essere effettuato utilizzando l'EBIT *margin*, portando i valori del 2018 e del 2019 rispettivamente a Euro 123 Ml e Euro 115 Ml in luogo dei 32 e 31 valorizzati dall'Autorità.

La diversa metodologia proposta da Poste Italiane considera la circostanza che il settore postale è un settore ad alta intensità di manodopera (*labour intensity*) a differenza del settore TLC in cui è richiesto un significativo sforzo in termini di capitale. Sulla scorta di questi rilievi Poste Italiane ritiene che l'indicatore EBIT *margin* sia più appropriato per quantificare i profitti ragionevoli perché tiene conto sia dell'incidenza del costo del lavoro che dell'evoluzione del contesto di mercato, mentre il WACC si fonda unicamente sul capitale investito che per gli operatori del settore postale è relativamente basso e registra una riduzione progressiva.

La stessa Autorità, nella Delibera n. 412/14/CONS (*"Servizio postale universale: analisi e applicabilità del meccanismo di ripartizione e valutazione dell'eventuale costo netto per gli anni 2011 e 2012"*) aveva sostenuto che l'EBIT MARGIN fosse un indicatore più appropriato del WACC per calcolare il profitto ragionevole, in considerazione della quota consistente di costi operativi correlati al fattore lavoro rispetto al valore delle immobilizzazioni.

Sul punto, nella fase di consultazione, Poste Italiane ha riportato anche le esperienze e valutazioni di altri paesi europei e, in particolare, le considerazioni dell'autorità di regolazione - Office of Communications (Ofcom) del Regno Unito (cfr. pag. 48 doc. consultazione), nonché le precedenti decisioni della

Commissione Europea (cfr. Commissione Europea, nella Decisione SA.43243 (2015/N).

Ciononostante, la Delibera 199/21/CONS ha ritenuto opportuno continuare ad utilizzare la metodologia del WACC in continuità con il passato per evitare di “*sovrastimare i profitti ragionevoli*” riservandosi tuttavia la possibilità di ricorrere all’EBIT MARGIN negli anni futuri laddove il capitale impiegato si riduca molto.

Al di là dei profili di natura tecnica circa la correttezza della metodologia utilizzata nella determinazione del c.d. profitto ragionevole, sui quali ci si riserva sin d’ora domanda istruttoria volta all’avvio della verifica e consulenza tecnica, è indubbio che la motivazione dell’Autorità nella parte in cui esclude l’utilizzo della diversa metodologia di calcolo proposta da Poste Italiane (*Ebit margin*) sia carente – sotto il profilo dell’istruttoria – in quanto l’ipotesi non viene vagliata dall’Autorità; e – sotto il profilo della motivazione – la Delibera non indica per quali ragioni i rilievi di Poste Italiane (cfr. doc. consultazione pagg. 45-54) non possano essere condivisi.

II.4 Sull’illegittimità della metodologia di calcolo conseguente alla determinazione dei vantaggi intangibili e commerciali.

11. La Direttiva prevede che nel calcolo del costo netto del SU si tenga conto di tutti gli altri elementi pertinenti compresi i “*vantaggi intangibili e commerciali*” di cui beneficia il fornire del Servizio Universale (es. economie di scopo, esenzione IVA, vantaggi commerciali), ovvero sia i benefici che l’impresa consegue in termini di redditività per il suo *status*.

A tal riguardo, nella proposta di calcolo e nella fase di consultazione Poste Italiane ha evidenziato che le economie di scopo e l’esenzione IVA risultano già inclusi nel calcolo del costo netto (in quanto ricavi dell’operatore FSU o del NFSU) e che i vantaggi sarebbero quindi riconducibili principalmente ai ricavi conseguiti in virtù del valore maggiore attribuito dai clienti al marchio (valore del

brand) ed alle possibili sinergie commerciali scaturenti dalla vendita congiunta di diversi prodotti (complementarità della domanda).

L'Autorità, pur concordando in parte con Poste Italiane, ritiene tuttavia che sulla base delle medesime valutazioni già espresse nelle precedenti determinazioni i vantaggi intangibili e commerciali non si limitino solo al valore del marchio (*brand*), ma che vi siano anche i vantaggi derivanti dalle occasioni di contatto con la clientela.

Muovendo da tali rilievi l'Autorità modifica la proposta di Poste Italiane e indica come valore dei vantaggi intangibili: Euro 105 milioni per il 2017 (rispetto a 30 milioni); Euro 120 milioni per il 2018 (rispetto a 34 milioni) e Euro 126 milioni per il 2019 (rispetto a 35 milioni).

Nella fase di consultazione Poste Italiane ha criticato l'impostazione assunta dall'Autorità ed ha proposto un calcolo dei vantaggi legati al valore del *brand* utilizzando il valore del risultato operativo (Ebit) dei servizi finanziari non per ciascuna annualità ma con la media del valore relativo al periodo 2017-2019.

La proposta di Poste Italiane di prospettare una diversa ipotesi di calcolo si fonda sull'opportunità di determinare un valore che, a fronte del calcolo ipotetico, assicuri un corretto bilanciamento e proporzionalità dei valori onde evitare che le fluttuazioni significative del risultato dei servizi finanziari da un anno all'altro si riflettano sui vantaggi intangibili che contribuiscono alla determinazione dell'onere del servizio universale.

I rilievi di Poste Italiane, tuttavia, sono rimasti privi di riscontro nella Delibera e l'Autorità si è limitata a ritenere *“corretto che all'aumentare del EBIT aumenti anche il vantaggio per PP”*.

Ancorché l'apoditticità del rilievo sia *ex se* sufficiente a sostenere la carenza di motivazione della Delibera, il punto evidentemente non è se l'incremento dei vantaggi intangibili debba determinare anche l'aumento del risultato dei servizi finanziari (Ebit), bensì la possibilità ed opportunità di utilizzare nell'alveo di valutazioni comunque ipotetiche un risultato ponderato che suscettibile di

attenuare l'incidenza delle fluttuazioni. Elemento questo rimasto del tutto privo di riscontro nella motivazione della Delibera.

Inoltre, Poste Italiane ha rappresentato di non condividere la scelta di utilizzare come fattore per riproporzionare la stima, la percentuale di UP chiusi nello scenario controfattuale, invece della percentuale dei ricavi finanziari che questi generano. Anche rispetto a questo profilo, la motivazione del provvedimento è del tutto carente.

P.Q.M.

voglia l'ecc.mo Giudice adito disattesa ogni contraria istanza ed eccezione accogliere il ricorso e per l'effetto annullare i provvedimenti impugnati. Con ogni conseguenziale statuizione in ordine alle spese di lite. Ai sensi dell'art. 13 del D.P.R. 30 maggio 2002, n. 115, si dichiara che il valore della presente causa è indeterminato ed è dovuto il contributo unificato nella misura di Euro 6.000,00. Si producono i documenti in copia come da separato indice.

Roma, 22 settembre 2021

Avv. Paul Simon Falzini

Prof. Avv. Aristide Police