

N. 02720/2014REG.PROV.COLL.

N. 00786/2014 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 786 del 2014, proposto da:
Poste Italiane S.p.A., rappresentata e difesa dagli avv. ti Marco Filippetto e Gaetano Stefano Pesante, con domicilio
eletto presso la Direzione Affari Legali di Poste Italiane in Roma, viale Europa, 175;

contro

Comune di Potenza, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avv. Concetta Matera, con
domicilio eletto presso la Segreteria del Consiglio di Stato in Roma, piazza Capo di Ferro 13;

nei confronti di

Ministero dello Sviluppo Economico, Ministero dell'Economia e delle Finanze, Autorità per le Garanzie nelle
Comunicazioni, in persona dei Ministri e del Presidente *pro tempore*, rappresentati e difesi dall'Avvocatura Generale
dello Stato, presso i cui uffici sono domiciliati in Roma, via dei Portoghesi, 12;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. BASILICATA: sezione I n. 681/2013, resa tra le parti, concernente la chiusura dell'ufficio
postale sito nella frazione di Avigliano Scalo

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Potenza, dei Ministeri dello Sviluppo Economico e del Ministero
dell'Economia e delle Finanze, nonché dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 15 maggio 2014 il Cons. Hadrian Simonetti, uditi per le parti gli Avvocati
Filippetto, Pesante e Matera e l'Avvocato dello Stato Bruni;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Il Comune di Potenza ha proposto ricorso al Tar per la Basilicata chiedendo l'annullamento della nota del 5.12.2012, con cui Poste Italiane gli ha comunicato la chiusura al pubblico dell'ufficio postale sito nella frazione di Avigliano Scalo, a far data dal 19.12.2012, chiusura motivata in ragione dell'impossibilità di garantirne l'equilibrio economico, oltre che la condanna della stessa Poste Italiane ad adottare le misure organizzative necessarie per ripristinare il servizio in questione.

Premettendo di agire quale ente esponenziale degli interessi della collettività e che a causa della chiusura di tale ufficio postale la popolazione locale, sita in una zona interna rurale e montana, sarebbe stata costretta a percorrere la distanza di non meno di km 5,3 per raggiungere l'ufficio postale più vicino, ha dedotto la violazione degli artt. 3 del d.lgs. 261/1999, 22 della l. 47/1994 e 17 della l. 412/1991, nonché la violazione dei principi costituzionali di uguaglianza, imparzialità e pari dignità, oltre che l'omessa comunicazione dell'avvio del procedimento e il difetto di istruttoria e di motivazione.

A fondamento del ricorso ha quindi sottolineato, preliminarmente, il carattere universale del servizio postale, tale da dover essere assicurato su tutto il territorio nazionale e a prezzi accessibili agli utenti, e la natura sostanzialmente pubblica di Poste italiane s.p.a. nonostante la sua veste formalmente privatistica, per cui per la soppressione di un suo ufficio, nell'ambito di un comune montano, vi sarebbe stato oltre tutto bisogno di acquisire il parere del sindaco.

2. Il Tar, riconosciuta la propria giurisdizione esclusiva ai sensi dell'art. 133 lett. c) c.p.a., con riferimento al servizio postale universale, e disposta istruttoria, all'esito del giudizio ha parzialmente accolto il ricorso non riconoscendo l'esistenza del presupposto del disequilibrio economico posto a fondamento della chiusura dell'ufficio postale della frazione di Avigliano Scalo. Ciò essenzialmente ai sensi degli artt. 115 c.p.c. e 64, co. 2, c.p.a., ossia sul rilievo che, nonostante l'ordinanza istruttoria n. 382/2013, Poste Italiane non aveva fornito tutti i dati richiesti, relativi ai ricavi e ai costi delle attività economiche diverse dal servizio postale in senso stretto, e che questo impediva di verificare se davvero sussistessero le condizioni di disequilibrio economico.

Il Tar ha quindi concluso ordinando l'apertura dell'ufficio postale della frazione di Avigliano Scalo, nel Comune di Potenza, per tre giorni alterni alla settimana, per complessive 18 ore.

3. Poste Italiane ha presentato appello avverso detta sentenza, deducendo con il primo motivo il difetto di giurisdizione già eccepito in primo grado, sottolineando la natura privatistica della società che, anche a seguito della direttiva 2008/6/CE, non sarebbe più neppure inquadrabile alla stregua di un concessionario di servizio pubblico ed i cui atti non sarebbero qualificabili come amministrativi.

3.1. Nel merito della questione, ha criticato di contraddittorietà e di illogicità la sentenza per avere valutato l'equilibrio economico del servizio considerando in modo promiscuo tutte le diverse attività economiche espletate da Poste, compresi i servizi bancari in ordine ai quali, tuttavia, lo stesso Tar aveva declinato la propria giurisdizione; quando invece avrebbe dovuto verificare le condizioni di equilibrio economico con riguardo ai soli ricavi del servizio postale universale.

3.2. Ha inoltre precisato come l'elemento della presenza continuativa di punti di accesso sull'intero territorio nazionale, isole minori e zone montane comprese, a prezzi accessibili, debba essere interpretato secondo i criteri di ragionevolezza declinati nel D.M. 7.10.2008, il cui art. 2 consente delle limitate deroghe, e che, nel caso in esame, sarebbero stati rispettati.

3.3. Si è costituito il Comune di Potenza, replicando con memoria ai motivi dell'appello e chiedendo la conferma della sentenza impugnata.

3.4. Si è costituita, solo formalmente, l'Avvocatura dello Stato in rappresentanza dei Ministeri dell'Economia e dello Sviluppo economico e dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni.

3.5. Rinunciata da Poste l'istanza cautelare inizialmente presentata, all'udienza pubblica del 15.5.2014, in vista della quale la stessa parte ha depositato una memoria illustrativa, la causa è stata discussa ed è passata in decisione.

4. Deve essere esaminata, preliminarmente, la questione relativa alla giurisdizione, avendo Poste con il primo motivo di appello censurato la sentenza di primo grado nella parte in cui ha affermato la giurisdizione del giudice amministrativo per la parte della controversia che attiene al servizio postale universale.

4.1. E' utile ricordare in premessa come l'azione di liberalizzazione intrapresa dalle istituzioni comunitarie in vari settori di attività di interesse economico, a lungo contrassegnate da situazioni di monopolio legale, tra i quali il servizio pubblico postale, si è accompagnata alla definizione della nozione di servizio universale corrispondente, secondo il diritto

europeo, all'insieme delle prestazioni che devono essere rese disponibili sull'intero territorio, a condizioni di prezzo accessibili a tutti, secondo caratteristiche che debbono essere armonizzate negli ordinamenti interni dei diversi Stati membri.

Ai sensi dell'articolo 3 del d.lgs n. 261 del 1999 - con cui si è data attuazione alla direttiva 97/67/CE, da ultimo modificata dalla direttiva 2008/6/CE, ponendo le basi per un mercato postale completamente liberalizzato - il servizio postale universale ricomprende attualmente la raccolta, il trasporto, lo smistamento e il recapito degli invii postali fino a 2 kg, compresi gli invii raccomandati e assicurati, e dei pacchi fino a 20 kg; con la precisazione che la parte del servizio universale riservata in via esclusiva a Poste italiane s.p.a. è ora limitata alle sole notificazioni e comunicazioni a mezzo posta degli atti giudiziari e dei verbali delle violazioni del codice della strada (v. art. 4), mentre su tutto il resto, anche nell'ambito dello stesso servizio universale, è possibile il confronto concorrenziale di altri operatori titolari di licenza individuale o di autorizzazione generale.

Anche la direttiva emanata nel 2008 ha conservato il servizio universale, inteso come servizio che gli Stati sono tenuti a rendere alle rispettive collettività, ribadendone ed anzi accentuandone semmai la funzione di coesione sociale e territoriale, con particolare riferimento alla capillarità della rete postale. Sicché la disciplina nazionale (per come da ultimo modificata dal d.lgs. 58/2011 che è successivo al Decreto del Mise) prescrive, conseguentemente, che la fornitura del servizio postale sia assicurata su tutto il territorio nazionale, incluse le situazioni particolari delle isole minori e delle zone rurali e montane, in via continuativa per tutta la durata dell'anno (v. art. 3, co. 1 e 5 lett. c), e che l'Autorità di regolamentazione del settore postale (divenuta infine con l'art. 21, co. 14, del d.l. 201/2011, dopo non poche incertezze e non pochi ritardi, l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni) sia competente ad adottare i provvedimenti regolatori in materia di qualità e caratteristiche del servizio postale universale, anche con riferimento alla determinazione dei criteri di ragionevolezza funzionali alla individuale dei punti del territorio nazionale necessari a garantire una regolare ed omogenea fornitura del servizio.

In questo contesto, il citato d.lgs. 58/2011 ha previsto che il servizio universale sia affidato a Poste italiane s.p.a. (che è, come noto, una società ad oggi totalmente partecipata dal Ministero dell'Economia e della Finanze) per un periodo di quindici anni, con scadenza quindi fino al 2016, fatta salva la possibilità di revoca qualora la verifica dello stato del rispetto degli obblighi del contratto di programma dia esito negativo. Il decreto legislativo ha poi confermato l'obbligo per il fornitore del servizio universale di istituire la separazione contabile distinguendo, fra singoli servizi, i prodotti rientranti nel servizio universale, per i quali è previsto un finanziamento statale, e quelli esclusi da tale ambito ed offerti in condizioni di piena concorrenza con gli altri operatori.

I rapporti tra lo Stato e il fornitore del servizio universale sono disciplinati dal contratto di programma. Il Contratto di programma tra il Ministero dello sviluppo economico e Poste Italiane per il triennio 2009-2011 è stato approvato con l. n. 183/2011, fatti salvi gli adempimenti previsti dalla normativa comunitaria. L'efficacia del contratto è stata quindi 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.

4.2. Così ricostruito il quadro normativo nella sua evoluzione più recente, venendo alla questione della giurisdizione deve darsi atto di come, in precedenti controversie aventi ad oggetto sempre la chiusura o la riduzione dell'orario di apertura degli uffici postali, si siano registrati, nella giurisprudenza di primo grado, orientamenti differenti.

4.2.1. Da una parte è stata negata la giurisdizione del giudice amministrativo, sul duplice rilievo della natura formalmente privatistica di Poste italiane, che eserciterebbe la propria libertà di impresa piuttosto che un potere amministrativo propriamente inteso, e della necessità, per gli utenti o per gli enti (anche locali) che li rappresentano, di 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 (previsione aggiunta in occasione del recepimento della direttiva del 2008). Ritenendosi pertanto che, nella prima fase della vicenda, o non vi sarebbe tutela giurisdizionale (Tar Umbria, n. 223/2003) oppure questa andrebbe azionata dinanzi al giudice ordinario (Tar Umbria n. 453/2013).

4.2.2. Dall'altra parte, invece, si è riconosciuta la giurisdizione del giudice amministrativo, ora sulla base di una lettura ampia ed in chiave oggettiva della nozione di servizio pubblico (è il caso della sentenza qui impugnata e di quella, ancora più recente, del Tar Lazio, III ter, n. 1117/2014), ora facendo leva, per analogia, sull'art. 1 del d.lgs. 198/2009, nel senso che l'attribuzione della giurisdizione (anche) su determinati profili inerenti la stessa erogazione del servizio (ad esempio la violazione di standard qualitativi o degli obblighi contenuti nelle carte di servizi) e che investono diritti soggettivi degli utenti (cd. *class action* pubblica) non potrebbe, a maggior ragione, non attrarre nella giurisdizione amministrativa anche gli atti prodromici aventi natura organizzativa posti in essere dal concessionario del servizio (Tar Campania, Salerno, n. 533/2013).

4.2.3. Il Collegio reputa che il secondo degli orientamenti appena richiamati sia il più persuasivo, per le ragioni già indicate dai Giudici di primo grado, cui possono aggiungersi due ulteriori considerazioni.

La prima è che la fattispecie in esame non è riconducibile ad un semplice ed isolato rapporto di utenza, dal momento che la condotta di Poste Italiane determina effetti di carattere generale su di 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.

Né vale enfatizzare la natura dell'atto "impugnato" dal Comune in questo giudizio, sul rilievo che in realtà l'azione proposta dall'ente locale – in sede di giurisdizione esclusiva - ha caratteri più ampi che vanno al di là del tradizionale schema impugnatorio, essendo preordinata all'ottenimento di una pronuncia di condanna, al ripristino del servizio, che postula in senso logico il previo accertamento della violazione degli obblighi di servizio universale.

La seconda considerazione è che, nelle previsioni della disciplina nazionale sopra richiamata, 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.

Sicché, in conclusione, deve essere ribadita la giurisdizione del giudice amministrativo e quindi respinto il primo motivo dell'appello.

5. Nel merito della controversia, è bene osservare, per meglio chiarire quale sia l'esatto oggetto del giudizio, come la sentenza di primo grado abbia accolto il primo motivo dell'originario ricorso presentato dal Comune di Potenza, concernente la violazione dell'art. 3 del d.lgs. 261/1999, in combinato disposto con il settimo motivo, relativo al difetto di istruttoria.

5.1. Come risulta chiaro al punto 6. della motivazione, si è infatti accertato, per un verso, la mancata dimostrazione del presupposto, invocato da Poste, del disequilibrio economico, di cui il gestore non avrebbe fornito la prova e che comunque andrebbe semmai accertato valutando l'intera attività erogata dall'ufficio postale e non il solo servizio universale; e, per altro verso, che il principio di economicità, che pure contrassegna anche il servizio universale, va interpretato conformemente al criterio di ragionevolezza di cui all'art. 3, co. 5, lett. c) d.lgs. 261/1999.

Di contro, tutti gli altri motivi in origine dedotti dal Comune, che il Tar ha in parte respinto ed in altra parte assorbito, non sono stati riproposti dalla parte appellata e su di essi, quindi, si è ormai formato il giudicato.

5.2. Sicché si controverte in questa sede essenzialmente in ordine al rispetto dell'art. 3 del d.lgs. 261/1999, con specifico riferimento ai criteri di distribuzione degli uffici postali sul territorio nazionale, e sulla completezza dell'istruttoria che ha condotto Poste italiane a disporre la chiusura dell'ufficio sito nella frazione di Avigliano Scalo nel Comune di Potenza.

5.3. Sul punto bisogna far riferimento a quanto disciplinato dal Decreto del Ministero dello Sviluppo Economico del 7.10.2008 e dal Contratto di programma 2009-2011, stipulato dallo Ministero per lo sviluppo economico con Poste italiane, dove è previsto che Poste trasmetta all'Autorità di regolamentazione l'elenco degli uffici che non garantiscono condizioni di equilibrio economico.

5.4. I criteri individuati tanto nel decreto ministeriale che nel contratto di programma sono definiti con riguardo all'intero territorio nazionale, "senza previsioni specifiche – si legge nella delibera dell'AGcom n. 236/2013, con cui è stato dato avvio ad una consultazione pubblica proprio su tale questione, al fine di rivedere i criteri – che tengano conto della particolare conformazione di alcune aree geografiche".

Se per un verso i Considerando 19 e 22 della ricordata direttiva 2008/6/CE richiamano l'attenzione proprio sul ruolo delle reti postali nelle regioni montuose e insulari, al fine di integrare gli operatori economici nell'economia nazionale e di soddisfare le esigenze degli utenti, assicurando la coesione sociale e territoriale; il Decreto ministeriale del 2008, nel seguire apparentemente il solo ed unico criterio della distanza chilometrica, non distingue – a differenza di quanto avviene in altri stati membri dell'Unione – in ragione della natura, urbana o rurale, delle aree geografiche interessate.

5.5. Al di là del fatto che tali criteri (elaborati dal Ministero dello Sviluppo Economico, prima del recepimento dell'ultima direttiva europea, nell'allora duplice veste di soggetto concedente, responsabile del servizio pubblico, e al contempo organismo regolatore *pro tempore*) sono attualmente al vaglio dell'Autorità che, acquisite le funzioni di regolamentazione del settore postale sul finire del 2011, ha avviato una consultazione pubblica, è evidente che quegli stessi criteri debbono comunque essere interpretati in senso conforme alle direttive europee sopra richiamate, a garanzia dell'effetto utile e della primazia del diritto UE (cfr. Tar Lazio, n. 1117/2014 cit.).

5.6. Di conseguenza, a fronte di situazioni particolari legate alla conformazione geografica dell'area interessata, il criterio dell'economicità non può essere assunto a dato assoluto ed anche le distanze chilometriche debbono essere valutate con estrema attenzione, rifuggendo da qualunque automatismo.

In questo senso, se è vero che gli uffici postali cd. marginali rappresentano verosimilmente un costo elevato per Poste

italiane, è vero anche che il loro ridimensionamento, ovvero la loro razionalizzazione, non può avvenire seguendo una logica solamente di tipo economico e senza prevedere valide alternative.

5.7. Nella delibera 49/2014 dell'Agcom, adottata nel corso della ricordata consultazione pubblica avviata dall'Autorità e nell'esercizio di un potere (sostanzialmente) normativo, in particolare nell'allegato A che concerne proprio i criteri di distribuzione dei punti di accesso alla rete postale, si indica ad esempio, come possibile soluzione innovativa, il servizio di accettazione presso il domicilio del cliente di invii di posta raccomandata erogato attraverso i portalettere provvisti di apposito dispositivo palmare, meccanismo innovativo sulla base del quale – si osserva incidentalmente nella stessa delibera, sebbene il tema esuli dalle competenze dell'Autorità, come anche di questo Giudice - sarebbe possibile offrire anche servizi non strettamente postali, come il pagamento dei bollettini premarcati per le utenze domestiche.

5.8. In questa, necessaria, chiave di lettura dei criteri di distribuzione dei punti di accesso, la scelta effettuata nel caso qui in esame da Poste italiane è da ritenersi non conforme all'art. 3, co. 1 e 5 lett. C), del d.lgs. 261/1999, secondo cui, *rispettivamente, è assicurata la fornitura del servizio universale e delle prestazioni in esso ricomprese, di qualità determinata, da fornire permanentemente in tutti i punti del territorio nazionale, incluse le situazioni particolari delle isole minori e delle zone rurali e montane, a prezzi accessibili all'utenza e, più precisamente, la dizione «tutti i punti del territorio nazionale» trova specificazione, secondo criteri di ragionevolezza, attraverso l'attivazione di un congruo numero di punti di accesso, al fine di tenere conto delle esigenze dell'utenza. Detti criteri sono individuati con provvedimento dell'autorità di regolamentazione.*

5.9. La stessa scelta è anche il risultato di un'istruttoria incompleta e parziale, siccome incentrata sul solo dato economico dell'asserita impossibilità di garantire condizioni di equilibrio, racchiusa in una motivazione piuttosto generica e che presumibilmente, valutando il solo servizio universale, potrebbe valere, del tutto in astratto, per un numero indefinito ed assai elevato di uffici postali dislocati sul tutto il territorio nazionale.

5.10. L'incompletezza dell'istruttoria, nell'elevare il solo dato economico ad esclusivo parametro di riferimento sulla base del quale disporre la chiusura dell'ufficio, dispensa il Collegio dall'esaminare la questione, lungamente dibattuta nel giudizio di primo grado, se le condizioni economiche, di equilibrio o meno, debbano essere accertate tenendo conto dell'intera attività dell'ufficio postale o, piuttosto, solamente di quella riferita al servizio universale, non considerando neppure quei costi di gestione che sono in comune.

6. Si intende che la decisione in esame non pregiudica, nel prosieguo della vicenda, l'autonomia imprenditoriale di Poste ma è volta ad assicurare che, a garanzia del servizio universale nella sua matrice comunitaria, tali scelte siano frutto di un ragionevole ed equilibrato bilanciamento tra il dato economico e le esigenze degli utenti, specie di quanti si trovano in condizioni più disagiate, a tutela della coesione sociale e territoriale (v. art. 14 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, richiamato espressamente dalla direttiva 2008/6/CE) .

In questa prospettiva, appare non più eludibile che l'Autorità, all'esito dei procedimenti già avviati, detti dei criteri aggiornati di individuazione dei punti di accesso, nell'esercizio dei suoi poteri regolatori (cui si aggiungono quelli di controllo, di vigilanza e sanzionatori), cui Poste dovrà attenersi, stabilendone la congruità anche in ragione 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 movimento.

7. In conclusione, l'appello va respinto e la sentenza confermata, sebbene con una motivazione in parte differente.

8. La novità e la complessità delle questioni trattate costituiscono giustificati motivi per compensare le spese di lite tra tutte le parti costituite.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza),

definitivamente pronunciando sull'appello, lo respinge, confermando la sentenza impugnata con motivazione in parte differente.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 15 maggio 2014 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Romeo, Presidente

Angelica Dell'Utri, Consigliere

Hadrian Simonetti, Consigliere, Estensore

Silvestro Maria Russo, Consigliere

Massimiliano Noccelli, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 27/05/2014

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)