

# 1. EVOLUZIONE DELLA CONCORRENZA NELL'ECONOMIA NAZIONALE E INTERVENTI DELL'AUTORITÀ

## Dati di sintesi

Nel corso del 2010, in applicazione della normativa a tutela della concorrenza<sup>1</sup>, sono state valutate 502 operazioni di concentrazione, 11 intese, 13 possibili abusi di posizione dominante.

Attività svolta dall'Autorità	2009	2010
Intese	13	11
Abusi	7	13
Concentrazioni tra imprese indipendenti	510	502
Separazioni societarie	11	7
Indagini conoscitive	5	-
Inottemperanze all'obbligo di notifica di concentrazioni	8	7

Distribuzione dei procedimenti conclusi nel 2010 per tipologia ed esito				
	Non violazione di legge	Violazione di legge, autorizzazione condizionata, modifica degli accordi accettazione impegni	Non competenza o non applicabilità della legge	Totale
Intese	1	8	2	11
Abusi di posizione dominante	-	11	2	13
Concentrazioni fra imprese indipendenti	478	-	24	502

### *Le intese esaminate*

Nel 2010 sono stati portati a termine undici procedimenti istruttori in materia di intese<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Dal 1° dicembre 2009, con l'entrata in vigore del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea, i procedimenti condotti dall'Autorità ai sensi delle norme comunitarie in materia di intese ed abusi fanno riferimento agli articoli 101 e 102 del suddetto Trattato.

<sup>2</sup> PREZZO DEL GPL RISCALDAMENTO REGIONE SARDEGNA, TOLLING EDIPOWER, SERVIZIO GESTIONE ENERGETICA-STRUTTURE OSPEDALIERE VENETE, ANICA-LINEE GUIDA SVILUPPO CINEMA DIGITALE, CARTE DI CREDITO, COMMISSIONE INTERBANCARIA PAGOBANCOMAT, ACCORDI INTERBANCARI "RIBA-RID-BANCOMAT", ASL REGIONE PIEMONTE-GARA FORNITURA VACCINO ANTINFLUENZALE, TRANSCOOP-SERVIZIO TRASPORTO DISABILI, VENDITA AL DETTAGLIO DI PRODOTTI COSMETICI, CONSIGLIO NAZIONALE DEI GEOLOGI-RESTRIZIONI DEONTOLOGICHE SULLA DETERMINAZIONE DEI COMPENSI.

In cinque casi esaminati, il procedimento si è concluso con l'accertamento della violazione del divieto di intese restrittive della concorrenza: quattro casi hanno avuto ad oggetto la violazione dell'articolo 101 del TFUE<sup>3</sup>, mentre un caso ha riguardato la violazione dell'articolo 2 della legge n. 287/90<sup>4</sup>.

In un caso, l'Autorità non ha riscontrato la sussistenza di una fattispecie restrittiva della concorrenza<sup>5</sup>.

In altri tre casi, i procedimenti hanno portato a decisioni adottate ai sensi dell'articolo 14-ter, comma 1, della legge n. 287/90, con le quali l'Autorità ha accettato, rendendoli obbligatori, gli impegni presentati da una delle parti, senza accertare l'infrazione<sup>6</sup>.

In considerazione della gravità delle infrazioni commesse, nei cinque casi di violazione dell'articolo 101 del TFUE e dell'articolo 2 della legge n. 287/90, sono state comminate alle imprese sanzioni per un ammontare complessivo pari a oltre 111 milioni di euro.

Nel corso del 2010, l'Autorità ha altresì concluso un procedimento istruttorio di rideterminazione di una sanzione precedentemente comminata per un'intesa restrittiva della concorrenza<sup>7</sup>.

Al 31 dicembre 2010 risultano in corso dodici procedimenti, dei quali otto ai sensi dell'articolo 101 del TFUE<sup>8</sup> e quattro ai sensi dell'articolo 2 della legge n. 287/90<sup>9</sup>.

---

#### **Intese esaminate nel 2010 per settori di attività economica (numero delle istruttorie concluse)**

---

##### **Settore prevalentemente interessato**

Credito	3
Chimica, materie plastiche, gomma	1
Energia elettrica e gas	2
Industria farmaceutica	1
Attività professionali e imprenditoriali	1
Trasporti e noleggio di mezzi di trasporto	1
<b>Totale</b>	<b>9</b>

---

<sup>3</sup> PREZZO DEL GPL RISCALDAMENTO REGIONE SARDEGNA, VENDITA AL DETTAGLIO DI PRODOTTI COSMETICI, CONSIGLIO NAZIONALE DEI GEOLOGI-RESTRIZIONI DEONTOLOGICHE SULLA DETERMINAZIONE DEI COMPENSI, CARTE DI CREDITO.

<sup>4</sup> TRANSCOOP-SERVIZIO TRASPORTO DISABILI.

<sup>5</sup> ASL REGIONE PIEMONTE-GARA FORNITURA VACCINO ANTINFLUENZALE.

<sup>6</sup> TOLLING EDIPOWER, COMMISSIONE INTERBANCARIA PAGOBANCOMAT, ACCORDI INTERBANCARI "RIBA-RID-BANCOMAT".

<sup>7</sup> RIDETERMINAZIONE DELLA SANZIONE-VARIAZIONE DI PREZZO DI ALCUNE MARCHE DI TABACCHI.

<sup>8</sup> AUMENTO PREZZI BITUME, GARE ASSICURATIVE ASL E AZ. OSP. CAMPANE, LOGISTICA INTERNAZIONALE, SERVIZI DI AGENZIA MARITTIMA, GESTIONE DEI RIFIUTI CARTACEI-COMIECO, FEDERITALIA/FEDERAZIONE ITALIANA SPORT EQUESTRI (FISE), INTESA NEL MERCATO DELLE BARRIERE STRADALI, GARE D'APPALTO PER LA SANITÀ PER LE APPARECCHIATURE PER LA RISONANZA MAGNETICA.

<sup>9</sup> MANUTENZIONE IMPIANTI TERMICI COMUNE DI POTENZA, REPOWER ITALIA-PREZZO DISPACCIAMENTO ENERGIA ELETTRICA CENTRO SUD, GUIDA REMUNERAZIONI E TARIFFE 2009/2010 PER OPERATORI PUBBLICITARI, ORDINE DEGLI AVVOCATI DI BRESCIA.

### *Gli abusi di posizione dominante*

In materia di abusi di posizione dominante, nel 2010 l'Autorità ha portato a termine tredici procedimenti istruttori<sup>10</sup>.

In un caso, il comportamento è stato ritenuto in violazione dell'articolo 102 del Trattato CE<sup>11</sup> ed è stata comminata una sanzione di 2.165.787,00 euro.

In dieci casi, il procedimento istruttorio ha condotto ad una decisione ai sensi dell'articolo 14-ter, comma 1, della legge n. 287/90, con la quale l'Autorità ha accettato, rendendoli obbligatori, gli impegni presentati da una delle parti, senza accertare l'infrazione<sup>12</sup>.

---

#### **Abusi esaminati nel 2010 per settori di attività economica (numero delle istruttorie concluse)**

---

##### **Settore prevalentemente interessato**

Energia elettrica e gas	6
Diritti televisivi	1
Minerali non metalliferi	1
Trasporti e noleggio di mezzi di trasporto	3
Servizi pubblicitari	1
Radio e televisione	1
<b>Totale</b>	<b>13</b>

L'Autorità, inoltre, in due casi<sup>13</sup> ha disposto la chiusura dell'istruttoria riaperta in esecuzione di una sentenza del TAR del Lazio. Infatti, nel marzo 2010 il Consiglio di Stato ha riformulato la pronuncia del TAR, facendo rivivere integralmente gli originari provvedimenti dell'Autorità.

Al 31 dicembre 2010 sono in corso quattordici procedimenti ai sensi dell'articolo 102 TFUE<sup>14</sup>.

---

<sup>10</sup> AEROPORTI ROMA/TARIFE AEROPORTUALI, SEA/TARIFE AEROPORTUALI, MERCATO DEL CARTONGESSO, CONTO TV/SKY ITALIA, SORGENIA/A2A, SORGENIA/ACEA, SORGENIA/ITALGAS, SORGENIA/HERA, SORGENIA/IRIDE, T-LINK/GRANDI NAVI VELOCI, PROCEDURE SELETTIVE LEGA NAZIONALE PROFESSIONISTI CAMPIONATI 2010/2011 E 2011/2012, ENEL-DINAMICHE FORMAZIONI PREZZI MERCATO ENERGIA ELETTRICA IN SICILIA, FIEG FEDERAZIONE ITALIANA EDITORI GIORNALI/GOOGLE.

<sup>11</sup> MERCATO DEL CARTONGESSO.

<sup>12</sup> CONTO TV/SKY ITALIA, SORGENIA/A2A, SORGENIA/ACEA, SORGENIA/ITALGAS, SORGENIA/HERA, SORGENIA/IRIDE, T-LINK/GRANDI NAVI VELOCI, PROCEDURE SELETTIVE LEGA NAZIONALE PROFESSIONISTI CAMPIONATI 2010/2011 E 2011/2012, ENEL-DINAMICHE FORMAZIONI PREZZI MERCATO ENERGIA ELETTRICA IN SICILIA, FIEG FEDERAZIONE ITALIANA EDITORI GIORNALI/GOOGLE.

<sup>13</sup> AEROPORTI ROMA/TARIFE AEROPORTUALI, SEA/TARIFE AEROPORTUALI

<sup>14</sup> COMUNI VARI-ESPLETAMENTO GARE AFFIDAMENTO SERVIZIO DISTRIBUZIONE GAS, COMUNE DI PRATO-ESTRA RETI GAS, SKY ITALIA/AUDITEL, E POLIS/AUDIPRESS, TELECOM ITALIA-GARE AFFIDAMENTO SERVIZI TELEFONIA FISSA E CONNETTIVITÀ IP, WIND-FASTWEB/CONDOTTE TELECOM ITALIA, RTI/SKY-MONDIALI DI CALCIO, TNT POST ITALIA/POSTE ITALIANE, SAPEC AFRO/BAYER-HELM, RATIOPHARM/PFIZER, ARENAWAYS-OSTACOLI ALL'ACCESSO NEL MERCATO DEI SERVIZI DI TRASPORTO FERROVIARIO PASSEGGERI, FEDERITALIA/FEDERAZIONE ITALIANA SPORT EQUESTRI (FISE), GIOCHI24/SISAL.

### *Le operazioni di concentrazione esaminate*

Nel periodo di riferimento, i casi di concentrazione esaminati sono stati 502. In 478 casi l'Autorità non ha riscontrato una violazione di legge, 23 casi si sono conclusi per non applicabilità della legge e in un caso l'Autorità ha condotto un'istruttoria ai sensi dell'articolo 16 della legge n. 287/90, subordinando la decisione di autorizzazione dell'operazione alla modifica da parte delle imprese delle misure correttive precedentemente imposte<sup>15</sup>.

L'Autorità ha condotto, inoltre, sette istruttorie relative alla mancata ottemperanza dell'obbligo di comunicazione preventiva delle operazioni di concentrazione<sup>16</sup>. In tutti i casi è stata riscontrata la violazione dell'articolo 19, comma 2, della legge n. 287/90 e sono state comminate alle parti sanzioni pecuniarie per un ammontare complessivo pari a 210 mila euro.

Al 31 dicembre 2010, risultano in corso due procedimenti istruttori: uno per inottemperanza alla diffida-divieto di concentrazione<sup>17</sup>, uno per autorizzazione di una concentrazione<sup>18</sup>.

### *Separazioni societarie*

Nel 2010, l'Autorità ha valutato sette casi di separazione societaria, ai sensi dell'articolo 8, comma 2-ter, della legge n. 287/90. In due di essi, a seguito di procedimento istruttorio, l'Autorità ha accertato una violazione dell'obbligo di comunicazione preventiva, irrogando sanzioni pecuniarie per un ammontare complessivo pari a 12.500 euro<sup>19</sup>. I rimanenti casi si sono invece conclusi con un'archiviazione<sup>20</sup>.

Al 31 dicembre 2010, è in corso una sola istruttoria in materia<sup>21</sup>.

### *Indagini conoscitive*

Nel periodo di riferimento, l'Autorità non ha concluso alcuna indagine conoscitiva ai sensi dell'articolo 12 della legge n. 287/90.

Nel corso del 2010 sono state avviate tre indagini conoscitive<sup>22</sup>.

<sup>15</sup> BANCA INTESA/SANPAOLO IMI.

<sup>16</sup> TOSCANA ENEGIA/TOSCANA ENERGIA GREEN, ESSELUNGA/21 PUNTI VENDITA (59 RAMI DI AZIENDA), BILLA/6 PUNTI VENDITA DI ESSELUNGA, EUROSPIN LAZIO/15 RAMI DI AZIENDA, NEW MOTORS/RAMO DI AZIENDA DI CANNELLA AUTO, T.T. HOLDING/T&M CAR, ALLIANCE HEALTHCARE ITALIA/FARMA & TEC.

<sup>17</sup> BANCA INTESA/SANPAOLO IMI.

<sup>18</sup> EDENRED ITALIA/RISTOCHEF.

<sup>19</sup> AGSM VERONA, COMUNE DI MILANO-ATM/ATM SERVIZI.

<sup>20</sup> EGEA-ENTE PER LA ENERGIA E L'AMBIENTE/VALBORMIDA ENERGIA, ACSM-AGAM/ACSM-AGAM RETI GAS-ACQUA, POSTE ITALIANE/POSTE VITA, FER-FERROVIE EMILIA ROMAGNA/TSF-TELE SISTEMI FERROVIARI, AZIENDA TRASPORTI MILANESI/ATM SERVIZI DIVERSIFICATI.

<sup>21</sup> FERROVIA ADRIATICO SANGRITRANA.

<sup>22</sup> INDAGINE CONOSCITIVA SUL SETTORE AUDIOVISIVO, INDAGINE CONOSCITIVA SULLA PROCEDURA DI RISARCIMENTO DIRETTO E ASSETTI CONCORRENZIALI DEL SETTORE RC AUTO, INDAGINE CONOSCITIVA SULLA GRANDE DISTRIBUZIONE ORGANIZZATA.

### *L'attività di segnalazione e consultiva*

Le segnalazioni effettuate dall'Autorità ai sensi degli articoli 21 e 22 della legge n. 287/90, in relazione alle restrizioni della concorrenza derivanti dalla normativa esistente o dai progetti normativi, sono state 92. Come negli anni passati, esse hanno riguardato un'ampia gamma di settori economici.

---

#### **Attività di segnalazione e consultiva per settori di attività economica (numero degli interventi)**

---

<b>Settore</b>	<b>2010</b>
Acqua	2
Assicurazioni e fondi pensione	4
Agricoltura e allevamento	1
Energia elettrica e gas	19
Costruzioni	1
Editoria e stampa	2
Industria farmaceutica	2
Servizi finanziari	3
Attività ricreative, culturali e sportive	1
Servizi postali	1
Smaltimento rifiuti	2
Ristorazione	3
Servizi vari	8
Telecomunicazioni	12
Trasporti e noleggio di mezzi di trasporto	13
Radio e televisione	4
Varia	2
Sanità e altri servizi sociali	2
Servizi pubblicitari	3
Industria petrolifera	1
Meccanica	1
Informatica	3
Grande distribuzione	2
<b>Totale</b>	<b>92</b>

## Agricoltura e attività manifatturiere

### PRODOTTI AGRICOLI E ALIMENTARI

#### *Intese*

#### *RIDETERMINAZIONE DELLA SANZIONE - VARIAZIONE DEL PREZZO DI ALCUNE MARCHE DI TABACCHI*

Nell'aprile 2010 l'Autorità ha concluso un procedimento istruttorio volto a rideterminare la sanzione irrogata all'Ente Tabacchi Italiani - ETI (ora British American Tobacco Italia Spa) a esito di una pregressa procedura istruttoria, conclusasi nel marzo del 2003 con l'irrogazione di una sanzione ad ETI pari a 20 milioni di euro<sup>23</sup>. Ciò in quanto ETI era stato considerato responsabile non soltanto della condotta anticoncorrenziale direttamente tenuta dal 1999 al 2001, ma anche di quella posta di essere da AAMS dal giugno 1993 al 1998.

Il procedimento di rideterminazione della sanzione a carico di ETI è scaturito dalla necessità di ottemperare alla decisione del Consiglio di Stato 3 aprile 2009, n. 2083, nella quale il giudice amministrativo aveva ritenuto che, alla luce dei criteri indicati dalla Corte di Giustizia con la sentenza 11 dicembre 2007 (causa C-280/06), ETI non potesse essere chiamato a rispondere delle condotte tenute da AAMS ed aveva, pertanto, annullato il provvedimento dell'Autorità, fermo restando il potere di quest'ultima di riesercitare il proprio potere sanzionatorio.

Nel corso del procedimento per la rideterminazione della sanzione, l'Autorità ha attribuito rilievo a tre circostanze ai fini del giudizio di gravità: 1) la particolarità e la novità della vicenda giuridica a suo tempo esaminata, dimostrata, peraltro, dal lungo e complesso contenzioso, sfociato in un rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia proprio sulla questione dell'imputabilità di un illecito antitrust in caso di successione tra due enti pubblici; 2) la diversità del ruolo di ETI: infatti, mentre nel provvedimento del 2003 l'Autorità aveva ritenuto che AAMS ed ETI fossero un'unica entità giuridica - che aveva ideato ed attuato la concertazione iniziata nel 1993 - in esito al contenzioso è risultato invece indubbio che ETI costituiva un soggetto giuridico diverso rispetto ad AAMS, subentrato *ex lege* in tutti i rapporti giuridici attivi e passivi facenti capo a tale società, e, dunque, anche nei contratti di licenza con Philip Morris che, a far data dal 1° marzo 1999, AAMS aveva già stipulato e rinnovato; 3) il notevole ridimensionamento della durata dell'infrazione.

<sup>23</sup> Si ricorda che nel marzo 2003, l'Autorità aveva accertato che le due principali imprese attive nel mercato italiano delle sigarette - il gruppo Philip Morris da un lato e AAMS-Amministrazione Autonoma dei Monopoli di Stato, dall'altro cui era subentrato nel corso del 1999 ETI-Ente Tabacchi Italiani (dapprima ente pubblico economico e poi società per azioni) per le attività produttive e commerciali nel settore dei prodotti del tabacco - avevano posto in essere, tra il giugno del 1993 ed il dicembre 2001, un'intesa restrittiva consistita in un'alterazione della concorrenza sui prezzi delle sigarette nel mercato nazionale, in violazione dell'articolo 2, comma 2, della legge n. 287/90.

In particolare, l'Autorità ha considerato che ETI, in ragione della vicenda giuridica che lo aveva interessato, si era trovato a proseguire l'attività di un soggetto pubblico (AAMS), avente le caratteristiche di un'azienda autonoma statale, della cui legittimità poteva ragionevolmente non dubitare, soprattutto nella fase iniziale della trasformazione.

Tenuto conto della complessità del contesto giuridico e fattuale nel quale la condotta si era concretamente sviluppata, nonché della novità della fattispecie presa in considerazione, l'Autorità ha pertanto ritenuto di dover irrogare a BAT una sanzione pecuniaria amministrativa del valore simbolico di 10mila euro.

### *Indagini conoscitive*

#### *INDAGINE CONOSCITIVA SULLA GRANDE DISTRIBUZIONE ORGANIZZATA*

Nell'ottobre 2010 l'Autorità, a fronte della importante evoluzione delle forme organizzative e delle modalità contrattuali che regolano i rapporti fra gli operatori del settore della distribuzione commerciale moderna, ha avviato un'indagine conoscitiva nel settore della Grande Distribuzione Organizzata (GDO), al fine di approfondire le dinamiche competitive del settore, anche alla luce della loro importanza sulla formazione dei prezzi finali.

Sotto il profilo delle relazioni orizzontali, in particolare, l'incremento del grado di concentrazione strutturale realizzatosi sui diversi mercati locali, il crescente ricorso a forme di aggregazione più deboli, rappresentate da strutture consortili o associative, ovvero da accordi e legami meramente contrattuali (quali i contratti di affiliazione commerciale) appaiono aver spostato gradualmente il piano della competizione orizzontale dai gruppi di imprese ad aggregazioni di vario tipo, caratterizzate da un'ampia gamma di forme giuridiche ed organizzative.

Per ciò che concerne le relazioni verticali con i fornitori, si è registrata tanto una crescente rilevanza delle centrali d'acquisto, con conseguente rafforzamento del potere contrattuale delle imprese della GDO nei confronti delle piccole e medie imprese produttrici, quanto, parallelamente, una graduale intensificazione della presenza degli operatori della GDO quali diretti concorrenti dei propri fornitori, attraverso il crescente utilizzo delle marche private del distributore (c.d. *private label*).

I fenomeni evidenziati sembrano incidere in modo significativo sulle dinamiche competitive della grande distribuzione, nonché dei settori a monte della stessa, determinando l'esigenza di un inquadramento innovativo delle fattispecie rilevanti sotto il profilo concorrenziale.

In particolare, nell'analisi dei rapporti di concorrenza orizzontali, appaiono meritevoli di approfondimento le dinamiche concorrenziali esistenti tra gli operatori del settore della GDO in presenza di vincoli che comportano la messa in comune di una o più funzioni aziendali (rapporti di affiliazione, consorzi, centrali e supercentrali di acquisto, ecc.).

Dal punto di vista delle criticità competitive derivanti dalla modificazione dei rapporti verticali, assumono rilievo il ruolo delle *private label* nella definizione delle relazioni contrattuali con i fornitori, nonché la natura e l'impatto delle crescenti richieste, da parte delle catene della GDO ai fornitori

medesimi, di forme di contribuzione all'attività espositiva, promozionale e distributiva sganciate dalle quantità e dai prezzi di acquisto.

L'Autorità ha ritenuto quindi opportuno, in considerazione dell'importanza delle dinamiche competitive esistenti nel settore distributivo e, più in generale, nell'ambito dell'intera filiera agro-alimentare, nella formazione dei prezzi finali di vendita dei beni prodotti dall'industria, effettuare un'indagine conoscitiva di natura generale nel settore della distribuzione agroalimentare, con particolare riferimento all'effettivo grado di concorrenza esistente tra le imprese aderenti ai vari raggruppamenti presenti nel settore, alle dinamiche contrattuali con le quali si determinano le condizioni di acquisto e di vendita dei prodotti agroalimentari, all'eventuale rilevanza concorrenziale, anche sui mercati della produzione agricola e industriale, dei comportamenti tenuti dagli operatori della GDO nella contrattazione delle condizioni di acquisto. Al 31 dicembre 2010, l'indagine è in corso.

### **Segnalazioni**

#### *NORMATIVA IN MATERIA DELL'ATTIVITÀ DI CONTROLLO DELLE ATTITUDINI PRODUTTIVE DEL BESTIAME*

Nel marzo 2010 l'Autorità ha inviato alcune osservazioni, ai sensi dell'articolo 21 della legge n. 287/90, ai Presidenti di Senato e Camera in merito alle distorsioni concorrenziali derivanti dall'articolo 1 della legge n. 280/99 *“Modifiche ed integrazioni alla L. 15 gennaio 1991, n. 30, recante disciplina della riproduzione animale, anche in attuazione della direttiva 94/28/CE del Consiglio del 23 giugno 1994”*. La norma in esame prevede che *“i controlli delle attitudini produttive sono svolti, per ogni specie, razza o altro tipo genetico, dall'Associazione italiana allevatori (AIA) in conformità ad appositi disciplinari mediante l'Ufficio centrale dei controlli ed i propri uffici provinciali”*, mentre il compito di istituire e tenere i libri genealogici viene assegnato in via di principio alle associazioni di allevatori.

In primo luogo, l'Autorità ha osservato che tale norma, riconoscendo all'AIA la competenza esclusiva in merito ai controlli sulle attitudini produttive degli animali, ed escludendo di fatto le altre associazioni di allevatori, appariva idonea a determinare ingiustificati vantaggi concorrenziali a favore delle imprese associate all'AIA, a danno degli allevatori non iscritti a tale associazione; tali vantaggi potevano tradursi, in particolare, nell'individuazione di canali distributivi e commerciali privilegiati per i prodotti agro-alimentari degli iscritti all'AIA. La restrizione appariva poi ancora più evidente in considerazione del fatto che l'AIA svolgeva ulteriori servizi a favore dei propri iscritti, attraverso la creazione di marchi a ombrello volti a promuovere più prodotti della filiera agro-alimentare nazionale.

In secondo luogo, l'Autorità ha sottolineato come la norma segnalata presentasse elementi di disallineamento rispetto alla disciplina comunitaria, in quanto impediva che una costituenda associazione di allevatori che volesse tenere o istituire i libri genealogici potesse svolgere i controlli necessari alla loro tenuta, funzione richiesta dalla normativa comunitaria per il riconoscimento pubblico di tali organismi.



In considerazione di ciò, l'Autorità ha ritenuto che la norma segnalata non fosse giustificata da esigenze di carattere generale della Pubblica Amministrazione, quali quella di interagire con operatori qualificati in grado di svolgere controlli accurati, garantendo nel contempo un'offerta di prodotti rispondenti a standard qualitativi adeguati. Tenuto conto che l'individuazione degli operatori dovrebbe fondarsi su criteri di selezione e accesso al mercato basati esclusivamente sull'accertamento del possesso di requisiti di professionalità e di specifiche capacità tecniche, l'Autorità ha auspicato una revisione della normativa vigente in materia al fine di garantire condizioni di accesso a tali attività non ingiustificatamente discriminatorie.

## PRODOTTI FARMACEUTICI

### *Abusi*

#### *SAPEC AGRO/BAYER-HELM*

Nel febbraio 2010 l'Autorità ha avviato un'istruttoria nei confronti delle società Bayer Cropscience AG e Bayer Cropscience Srl, entrambe appartenenti al gruppo Bayer, al fine di accertare l'esistenza di eventuali violazioni dell'articolo 102 del TFUE nel mercato nazionale dei fungicidi a base della sostanza attiva fosetyl-aluminium utilizzati contro la peronospora della vite. L'istruttoria è stata avviata a seguito di una segnalazione della società Sapec Agro SA, con la quale essa lamentava che Bayer Cropscience AG avrebbe abusato della posizione dominante, negando ripetutamente l'accesso a due studi da essa condotti sugli effetti del fosetil sull'uomo e sull'ambiente, necessari per il rinnovo delle autorizzazioni alla commercializzazione dei prodotti a base di tale sostanza e non duplicabili per espressa disposizione normativa.

Nel provvedimento di avvio, l'Autorità ha ricostruito innanzitutto il complesso quadro normativo nel quale si inseriscono le condotte denunciate.

La direttiva 91/414/CEE del Consiglio, del 15 luglio 1991 relativa all'immissione in commercio dei prodotti fitosanitari nella Comunità europea, prevede che il rilascio della relativa autorizzazione avvenga a determinate condizioni, tra cui quella che il prodotto fito-sanitario contenga sostanze attive che siano presenti in un elenco allegato (Allegato I) alla direttiva stessa.

Per la commercializzazione di una sostanza attiva non inclusa nell'Allegato I, i soggetti interessati devono seguire una specifica procedura, presentando, tra i vari documenti, un fascicolo ("Fascicolo II") contenente un dossier tecnico che consenta di valutare i possibili rischi per l'uomo e per l'ambiente della sostanza utilizzata.

Per le sostanze attive contenute nel prodotto già presenti nell'elenco di cui all'Allegato I della direttiva 91/414, quest'ultima prevede, inoltre, che, prima di compiere esperimenti in cui siano coinvolti animali vertebrati, chi presenta la domanda di autorizzazione chieda all'autorità competente dello Stato se il prodotto sia identico ad un prodotto fito-sanitario già autorizzato. In tal caso, l'autorità fornisce il nome e l'indirizzo dei detentori di analoghe

autorizzazioni precedenti e, allo stesso tempo, comunica a questi il nome e l'indirizzo del richiedente.

Non essendo presente nell'Allegato I della direttiva 91/414, il fosetil beneficiava, fino al 2000, della deroga concessa dalla direttiva stessa al fine di consentire la commercializzazione delle sostanze attive non incluse nell'elenco per un periodo massimo di 10 anni. Successivamente, il regolamento n. 451/2000 disponeva l'inclusione del fosetil tra le sostanze attive per cui sarebbe stato necessario svolgere un programma di valutazione, al fine di consentirne l'eventuale inclusione nell'Allegato I della direttiva 91/414. Tale inclusione veniva disposta, a conclusione del periodo di valutazione e con effetto dal 1° maggio 2007, dalla direttiva 2006/64/CE. Quest'ultima direttiva imponeva agli Stati membri di rivedere, entro il 31 ottobre 2007, le autorizzazioni all'immissione in commercio rilasciate ai produttori di fungicidi contenenti fosetil, al fine di verificare che la sostanza ivi contenuta fosse "equivalente" a quella già sottoposta al programma di valutazione ed iscritta nell'Allegato I<sup>24</sup>.

Infine, il regolamento comunitario n. 1107/2009, che sostituisce la direttiva 91/414, ha rafforzato quanto già previsto in materia di limitazione della sperimentazione su animali vertebrati. Il nuovo regolamento, infatti, contiene: i) la raccomandazione di evitare la duplicazione di test sui vertebrati; ii) l'obbligo, per i titolari degli studi, di concederne, alle società che ne facciano legittima richiesta, l'accesso a condizioni eque, trasparenti e non discriminatorie; iii) la facoltà per l'autorità competente di uno Stato membro di utilizzare, qualora le parti non abbiano raggiunto l'accordo, le relazioni dei test e degli studi su animali vertebrati esistenti per esaminare la domanda del richiedente potenziale.

In tale contesto devono essere accertate e valutate le condotte denunciate dalla società Sapec.

In particolare, nel 2000, dopo l'entrata in vigore del regolamento n. 451/2000 (con il quale il fosetil veniva incluso nell'elenco dei prodotti fitosanitari oggetto del programma di valutazione volto a consentirne l'eventuale inclusione nell'elenco di cui all'Allegato I della direttiva 1991), la società Aventis CropScience, in seguito acquisita da Bayer, notificava il proprio interesse ad avviare tale procedura.

Nel 2006, a conclusione del periodo di valutazione, il *fosetil* veniva introdotto tra le sostanze attive di cui all'elenco dell'Allegato I della direttiva 91/414. L'inclusione del *fosetil* nell'Allegato I costringeva le imprese attive nella produzione e vendita di fungicidi a base di tale sostanza a presentare, alle autorità dei diversi Stati membri, un'istanza di rinnovo delle autorizzazioni in loro possesso, corredata da un Fascicolo II sul fosetil, ovvero da una "lettera di accesso" ad un Fascicolo II predisposto da terzi. Tale fascicolo avrebbe dovuto essere oggetto di un "giudizio di equivalenza", condotto a livello comunitario, rispetto all'analogo fascicolo che era già stato presentato da ACS/Bayer e sul quale si basava l'inclusione del *fosetil* nell'Allegato I.

<sup>24</sup> In Italia, il D.M. Salute 2007, nel recepire la Direttiva 2006/64, disponeva che le imprese titolari di autorizzazioni all'immissione in commercio di prodotti fitosanitari contenenti *fosetil*, interessate ad ottenere il rinnovo di tale autorizzazione, presentassero, entro il 30 aprile 2007, un proprio Fascicolo II sul *fosetil* o, in via alternativa, una "lettera di accesso" ad un Fascicolo II già predisposto da terzi.

Sapex e altre imprese, che avevano fino ad allora prodotto e commercializzato fungicidi a base di *fosetil* in vari Stati membri approvvigionandosi della sostanza attiva da produttori cinesi, non essendo questi ultimi interessati ad avviare le pratiche per ottenere l'autorizzazione alla produzione di *fosetil*, si riunivano nella European Union Fosetyl-Aluminium Task Force, al fine di predisporre un proprio Fascicolo II e, in particolare, di dividere i costi della realizzazione e/o acquisizione di due studi tossicologici disponibili in quel momento, entrambi di proprietà di ACS/Bayer (gli Studi).

Al riguardo, l'Autorità ha rilevato che nel corso del lungo negoziato tra le imprese della Task Force e Bayer, iniziato a dicembre 2006 e proseguito nei due anni successivi, quest'ultima si sarebbe sempre rifiutata, con diversi appigli legali e formali, di concedere la necessaria lettera di accesso agli Studi, così portando alla revoca delle autorizzazioni della Task Force e alla sostanziale sterilizzazione dello strumento della procedura di conciliazione.

Tale atteggiamento, da un lato, è apparso in evidente contrasto con la *ratio* della normativa comunitaria, laddove questa prevede che i detentori di studi relativi ad esperimenti su animali vertebrati necessari al completamento del dossier dei soggetti richiedenti una nuova autorizzazione, ovvero il rinnovo di autorizzazioni già in possesso, forniscano la massima collaborazione in modo da evitare duplicazioni negli esperimenti sui vertebrati<sup>25</sup>; dall'altro, sembrerebbe aver provocato l'esclusione dal mercato delle imprese appartenenti alla Task Force, in ragione della revoca delle autorizzazioni in loro possesso, con il risultato di permettere a Bayer ed Helm di rimanere gli unici operatori attivi nella produzione e commercializzazione di fungicidi a base di *fosetil* nel mercato italiano.

In considerazione di ciò, l'Autorità ha ritenuto che le condotte di Bayer appaiono suscettibili di configurare una fattispecie abusiva in quanto le evidenze acquisite forniscono forti indizi: i) dell'assenza di valide giustificazioni alternative all'intento escludente; ii) di una loro concreta portata escludente, in considerazione del fatto che la permanenza nel mercato degli operatori della *Task Force* ne è risultata impedita; iii) dell'idoneità delle condotte a provocare un danno ai consumatori, in termini di incremento dei prezzi e minore possibilità di scelta. Al 31 dicembre 2010 l'istruttoria è in corso.

<sup>25</sup> In particolare, il quadro normativo vigente al momento dell'adozione della condotta limitava fortemente la possibilità per i detentori di studi relativi ad esperimenti su animali vertebrati di negare l'accesso agli stessi. Infatti, la richiamata direttiva 91/414/CEE prevedeva che il detentore ed il richiedente facessero "i passi necessari per trovare un accordo circa lo scambio di informazioni" e che le amministrazioni a tal fine fornissero le informazioni necessarie a consentire il contatto tra i soggetti interessati. Inoltre, la direttiva ha previsto la possibilità per gli Stati membri, laddove le parti non siano in grado di giungere ad un accordo sullo scambio di informazioni, di adottare misure nazionali che obblighino il richiedente ed i detentori a mettere in comune i dati, determinando la procedura per l'utilizzazione delle informazioni e il ragionevole equilibrio degli interessi. Nel recepire la suddetta direttiva comunitaria, il decreto legislativo n. 194/95 ha esplicitato che lo scambio di informazioni circa i nominativi dei soggetti è effettuato "al fine di rendere possibile un accordo circa lo scambio di informazioni necessario per evitare la duplicazione degli esperimenti sugli animali vertebrati". Inoltre, ha previsto, per il caso di mancato accordo, un procedimento amministrativo che si può concludere con un provvedimento volto a consentire, al soggetto che richiede l'autorizzazione, di avere accesso ai dati, sia pure assicurando un ragionevole equilibrio fra gli interessi delle parti, su ciò rinviando a un successivo decreto del Ministro dell'Industria, sentito il Ministro della Sanità. Quest'ultimo decreto, adottato nel febbraio 2007, ha poi definito la procedura conciliativa da svolgersi a tal fine presso il Ministero dello Sviluppo Economico, d'intesa con il Ministero della Salute.

*RATIOPHARM/PFIZER*

Nell'ottobre 2010, l'Autorità ha avviato un procedimento nei confronti delle società Pfizer Italia e Pfizer Health AB, al fine di accertare l'esistenza di un eventuale abuso di posizione dominante ai sensi dell'articolo 102 del TFUE sul mercato italiano dei farmaci appartenenti alla classe degli analoghi delle prostaglandine, medicinali utilizzati per la cura del glaucoma dell'occhio.

Il procedimento è stato avviato a seguito di una segnalazione di Ratiopharm Italia Srl, società italiana del gruppo Ratiopharm, operatore tedesco attivo a livello mondiale nella produzione e commercializzazione di farmaci generici. Tale gruppo ha sviluppato un prodotto generico a base di *latanoprost* (principio attivo alla base del farmaco Xalatan di Pfizer) per la cura del glaucoma, già sottoposto all'iter valutativo presso l'AIFA.

La società Ratiopharm ha lamentato, in particolare, alcuni comportamenti posti in essere da Pfizer volti ad impedire o ritardare l'ingresso nel mercato italiano dei farmaci generici della specialità Xalatan. In particolare, secondo il denunciante, Pfizer avrebbe artatamente richiesto ed ottenuto una proroga della copertura brevettuale della suddetta specialità, attraverso la richiesta di un brevetto divisionale<sup>26</sup> a cui è seguita la richiesta di un certificato di protezione complementare (anche CPC)<sup>27</sup>. Successivamente, nel mese di agosto 2010, è pervenuta una segnalazione da parte della *European Generic Medicines Association*, volta ad evidenziare le difficoltà di ingresso dei genericisti sul mercato italiano, con particolare riferimento ai farmaci contenenti il principio attivo *latanoprost*.

Sulla base di quanto sostenuto dal denunciante, la società Pfizer avrebbe inoltrato una richiesta di brevetto divisionale, a 13 anni di distanza dalla richiesta del brevetto principale, con una rivendicazione solo formalmente più ampia di quella oggetto del brevetto originario, ma il cui ambito di tutela si sovrapponeva in realtà a quello del brevetto principale: la nuova rivendicazione si riferiva, infatti, ad una classe di molecole che già comprendeva il *latanoprost*, oggetto del precedente brevetto. Peraltro, a seguito della richiesta del brevetto divisionale, non si sarebbe verificata alcuna immissione in commercio di nuovi farmaci da parte di Pfizer, ma solo l'inoltro all'Ufficio Italiano Brevetti della domanda di certificato di protezione complementare, che, in Italia, non era stato richiesto nei tempi previsti dalla legge. In sostanza, il denunciante ha sostenuto che tale richiesta era esclusivamente volta a prolungare la copertura brevettuale del farmaco Xalatan, già protetto dal brevetto principale, portandola dal settembre 2009 al luglio 2011, così da allinearla a quella in vigore negli altri Paesi europei.

<sup>26</sup> Il brevetto divisionale rappresenta una protezione brevettuale che nasce da una precedente invenzione principale, della quale dovrebbe costituire una specificazione; pertanto, la data di presentazione, nonché la validità temporale del brevetto divisionale sono mutate dal brevetto principale (art. 76, Convenzione di Monaco). In particolare, la domanda divisionale di brevetto europeo può essere depositata soltanto per elementi già ricompresi nella descrizione dell'invenzione contenuta nel testo depositato in principio, ma che si riferiscono a invenzioni separabili o distinte.

<sup>27</sup> La normativa brevettuale delle specialità medicinali attribuisce all'inventore del farmaco, in aggiunta al brevetto, una privativa "complementare" volta a prolungare la durata dell'esercizio dei diritti di sfruttamento esclusivo dell'invenzione al fine di compensare gli anni trascorsi tra il rilascio del titolo brevettuale e l'immissione in commercio del farmaco, che richiede lo svolgimento di controlli da parte dell'Autorità competente (cfr. Regolamento CEE n. 1768/92 del 18 giugno 1992, entrato in vigore il 2 gennaio 1993).

I suddetti elementi - segnatamente: *i*) la tempistica della richiesta di brevetto divisionale (strumentale a richiedere il CPC in Italia dove Pfizer aveva ommesso di farlo nel 1997); *ii*) l'assenza dell'immissione in commercio di un nuovo farmaco, che normalmente segue all'ottenimento di un brevetto divisionale; *iii*) la successiva richiesta di CPC esclusivamente in Italia e non in altri Paesi comunitari in cui la protezione del brevetto principale viene a scadenza solo nel luglio 2011 - hanno portato l'Autorità a ritenere che le condotte di Pfizer possano essere state intenzionalmente e strumentalmente dirette a creare uno stato di incertezza giuridica in merito alla possibilità di commercializzare un nuovo farmaco generico. Pfizer avrebbe così reso più oneroso per i genericisti il costo effettivo di ingresso sul mercato, in termini di programmazione e di realizzazione. In particolare, Pfizer avrebbe ostacolato l'ingresso dei genericisti in Italia, che risultavano essere in condizioni di commercializzare il farmaco generico a base di *latanoprost* sul mercato italiano già dal mese di maggio 2010<sup>28</sup>. Pfizer, infatti, ha di fatto mantenuto l'esclusiva nella produzione di farmaci a base di *latanoprost* anche successivamente alla scadenza della copertura brevettuale originariamente ottenuta su tale sostanza.

L'impatto sulla concorrenza di siffatti comportamenti appare rilevante nella misura in cui essi sono atti a determinare impedimenti o ritardi all'accesso al mercato delle specialità generiche, come sottolineato, peraltro, nella recente indagine della Commissione sulla concorrenza nel settore farmaceutico. L'Autorità ha, pertanto, ritenuto che la fattispecie esaminata rientri nell'ambito di applicazione dell'articolo 102 del TFUE in quanto la strategia escludente di Pfizer interessa il mercato nazionale, che costituisce parte rilevante del mercato comunitario, ed è idonea a limitare gli scambi tra gli Stati Membri, impedendo l'accesso dei genericisti sul mercato italiano dei farmaci appartenenti alla classe degli analoghi delle prostaglandine. Nel dicembre 2010, il procedimento è stato esteso soggettivamente nei confronti della società Pfizer Inc.

Al 31 dicembre 2010, il procedimento è in corso.

### *Intese*

#### *GARA DI FORNITURA VACCINI - REGIONE PIEMONTE*

Nell'ottobre 2010, l'Autorità ha concluso un'istruttoria avviata nei confronti delle società Solvay Pharma Spa e Sanofi Pasteur MSD Spa, al fine di verificare la sussistenza di comportamenti restrittivi della concorrenza consistenti in un coordinamento finalizzato ad alterare gli esiti di una gara

<sup>28</sup> Si deve sottolineare che avverso l'inserimento nel maggio scorso, da parte dell'AIFA, nelle liste di trasparenza dei prodotti corrispondenti allo Xalatan di ratiopharm e di Sifi Spa, Pfizer avviava una serie di procedimenti giudiziari, di fronte al giudice ordinario ed amministrativo. In particolare, la società faceva ricorso contro la decisione di AIFA; in merito a tale ricorso, il giudice di primo grado concedeva, in sede cautelare, la sospensione della commercializzazione dei farmaci generici, avvenuta a decorrere dal 24 giugno 2010. Tuttavia, il successivo decreto del 6 luglio 2010 del Consiglio di Stato, emanato a seguito del ricorso delle società Ratiopharm e Sifi, accoglieva l'istanza cautelare delle Parti e rinnovava la validità della decisione dell'AIFA. Tale decreto è stato successivamente confermato con ordinanza del 27 luglio 2010. Pertanto, da tale data, le specialità generiche dello Xalatan venivano commercializzate in Italia, in regime di sostituibilità. In sostanza, a seguito delle diverse pronunce degli organi giurisdizionali, i farmaci generici a base di *latanoprost* sono stati effettivamente immessi sul mercato italiano in data 17 maggio 2010, ma sono stati poi ritirati in data 27 giugno e resi di nuovo disponibili dal 6 luglio 2010.

bandita dalla ASL AL di Alessandria - relativa alla fornitura di vaccini antinfluenzali - o, quantomeno, a limitare lo svolgimento del gioco concorrenziale tra le società stesse, così da mantenere stabili nel tempo le posizioni di mercato acquisite. Nel provvedimento di avvio l'Autorità aveva altresì ipotizzato che i citati comportamenti potessero costituire il frutto di un più ampio coordinamento posto in essere dalle società Solvay e Sanofi avente per oggetto o per effetto di restringere o falsare la concorrenza in maniera consistente nel mercato della fornitura dei vaccini antinfluenzali non solo nella Regione Piemonte, ma anche in altre regioni del territorio italiano, configurando pertanto anche un pregiudizio al commercio intracomunitario.

L'istruttoria è stata avviata a seguito di una segnalazione della ASL AL della Regione Piemonte, che aveva denunciato l'anomalo comportamento delle due imprese in occasione della citata gara indetta - nel mese di settembre 2009 - per la fornitura di vaccino antinfluenzale occorrente per la campagna di vaccinazione 2009-2010. In sostanza, la ASL AL lamentava che a tale gara avevano partecipato soltanto Sanofi e Solvay, presentando offerte di gran lunga superiori a quella posta a base d'asta, ragion per cui la gara non era stata aggiudicata.

A seguito di ciò, era stata indetta nello stesso mese una successiva gara, elevando il prezzo a base d'asta: a tale gara aveva presentato un'offerta solo Sanofi, risultando pertanto aggiudicataria del lotto.

Dagli accertamenti istruttori è emersa, tuttavia, l'esistenza di una variabilità dei prezzi degli operatori che lasciava escludere la sussistenza di una concertazione tra le società e, più in generale, tra i maggiori operatori del settore finalizzata alla ripartizione del mercato e alla stabilità delle quote nel tempo. In altri termini, ciascuno dei due operatori sembrava aver agito secondo logiche squisitamente imprenditoriali. In particolare, Sanofi aveva partecipato alla prima procedura indetta dall'ASL AL con un prezzo superiore a quello posto a base d'asta, ma comunque inferiore a quelli di aggiudicazione da parte della stessa società in alcune gare precedenti espletate da altre ASL nel corso della stessa campagna di vaccinazione. Parimenti, in occasione della seconda gara, avendo la ASL AL innalzato il prezzo a base d'asta ed avendo Solvay offerto un prezzo superiore a tale livello in occasione della prima gara, Sanofi si era limitata ad aumentare la propria offerta appena al di sotto del nuovo prezzo di riferimento.

Con riferimento alle condotte poste in essere da Solvay, dall'istruttoria è emerso che lo stock di vaccini a disposizione di tale società era quasi esaurito nel periodo in cui le gare della ASL AL sono state bandite. La società, pertanto, dopo l'annullamento della prima gara, aveva preferito non partecipare alla seconda gara - presentando offerte in altre due gare più convenienti dal punto di vista del rapporto tra prezzo di offerta e quantità di vaccino messe all'asta - ed attenuando così il rischio di non essere in grado di soddisfare tutte le eventuali forniture aggiudicate.

L'Autorità, quindi, alla luce delle informazioni disponibili, ha ritenuto non sussistenti le condizioni per accertare che le società Sanofi e Solvay avessero posto in essere un'intesa in violazione dell'articolo 101 del TFUE, e ha chiuso il procedimento istruttorio.



## Segnalazioni

### VINCOLI IN MATERIA DI APERTURA DI PARAFARMACIE

Nell'agosto 2010, l'Autorità ha inviato alcune osservazioni, ai sensi dell'articolo 22 della legge n. 287/90, ai Presidenti di Senato e Camera, al Presidente del Consiglio dei Ministri, al Ministro del Lavoro e delle Politiche Sociali e al Ministro della Salute, in merito agli effetti distorsivi della concorrenza derivanti dalle disposizioni contenute nell'articolo unico del DDL 2079 recante "*Norme in materia di apertura di nuove parafarmacie*", in discussione in seno alla 12° Commissione permanente (Igiene e Sanità) del Senato. Tali norme prevedevano la sospensione dell'apertura di nuove parafarmacie in attesa della ridefinizione della disciplina relativa alla vendita dei farmaci, nonché, in ogni caso, una limitazione numerica, sulla base di criteri demografici, delle parafarmacie autorizzate all'esercizio in ciascun Comune.

L'Autorità ha osservato che la disciplina contenuta nel disegno di legge si inseriva in un filone di norme, già segnalate in passato dall'Autorità, che apparivano delineare un'inversione di tendenza rispetto all'auspicabile ed avviato processo di liberalizzazione della distribuzione farmaceutica, in grado di porre seriamente a rischio la presenza delle parafarmacie sul mercato, nonché la loro idoneità a svolgere un'effettiva pressione concorrenziale nei confronti delle farmacie. La disciplina segnalata, infatti, precludendo l'apertura di nuovi esercizi, perlomeno fino al varo della riforma della distribuzione farmaceutica, poneva un vincolo di natura strutturale particolarmente stringente, che andava ad aggiungersi al regime della pianta organica previsto per le farmacie, già segnalato in passato come ingiustificatamente restrittivo.

Al riguardo, l'Autorità ha ribadito, innanzitutto, come il contingentamento del numero di esercizi farmaceutici presenti sul territorio si traducesse sostanzialmente nella protezione dei livelli di reddito degli esercizi esistenti, in particolare delle farmacie, piuttosto che nel conseguimento di una razionale e soddisfacente distribuzione territoriale degli esercizi di vendita al pubblico dei farmaci.

L'Autorità ha rilevato, inoltre, che la norma in esame riduceva ingiustificatamente la concorrenza che il libero sviluppo di questo nuovo canale distributivo stava esercitando e appariva in grado di limitare significativamente le possibilità di scelta dei consumatori, con probabili effetti negativi sul livello dei prezzi e sulla qualità del servizio offerto. Alla luce di ciò, l'Autorità ha auspicato che non si procedesse all'approvazione delle norme in oggetto.

### PROCEDURE DI AUTORIZZAZIONE PER L'IMMISSIONE IN COMMERCIO DI FARMACI GENERICI

Nel marzo 2010, l'Autorità, ai sensi dell'articolo 22 della legge n. 287/90, ha segnalato all'Agenzia Italiana del Farmaco alcune problematiche di ordine concorrenziale derivanti dalle procedure seguite in sede di rilascio delle autorizzazioni di immissione in commercio di medicinali generici di una specialità di riferimento. In particolare, l'Autorità ha richiamato l'attenzione sulla possibilità che l'esistenza di controversie relative al rispetto da parte del

genericista delle norme in materia di proprietà industriale possa ritardare oltremodo l'*iter* autorizzatorio del farmaco generico, ostacolando così il processo di apertura del mercato farmaceutico.

Al riguardo, pur manifestando piena consapevolezza in merito alla funzione svolta dalla tutela brevettuale per le imprese produttrici delle specialità di riferimento, in quanto fondamentale per favorire la competizione fondata sull'innovazione di prodotto, l'Autorità ha sottolineato l'importanza di non ignorare la circostanza che la *litigation* può essere utilizzata dalle imprese titolari di brevetti scaduti con la finalità strategica di ritardare o impedire l'ingresso dei concorrenti sul mercato.

L'Autorità ha constatato infatti come, in occasione di una domanda di autorizzazione per l'immissione in commercio di farmaci generici a base di acidi grassi polinsaturi Omega-3 EPA/DHA, la valutazione di tale richiesta si fosse protratta per un periodo di tempo molto lungo a causa di una sospensione giustificata, secondo l'Agenzia Italiana del Farmaco, dall'esistenza di una causa brevettuale in sede giurisdizionale.

Alla luce di ciò, l'Autorità ha ritenuto che subordinare la concessione delle autorizzazioni per l'immissione in commercio di farmaci generici alla risoluzione delle dispute inerenti a presunte violazioni della proprietà industriale, in assenza di un obbligo in tal senso in capo al soggetto deputato a concedere l'autorizzazione, possa determinare effetti pregiudizievoli per la concorrenza, ritardando l'ingresso nel mercato dei farmaci generici. In tal senso, l'Autorità ha altresì ricordato che lo stesso Consiglio di Stato, nella sentenza n. 3993/2004, ha precisato che l'indicazione contenuta nell'articolo 10 della Direttiva 2001/83/CE (ripreso nell'articolo 10 del decreto legislativo n. 219/2006) - che nel disciplinare le domande semplificate di autorizzazione per l'immissione in commercio di medicinali generici "*fa salva la disciplina della tutela della proprietà industriale e commerciale*" - doveva essere interpretata nella direzione di esentare i soggetti che concedono l'autorizzazione da qualsiasi indagine circa l'esistenza di una protezione brevettuale e commerciale.

In considerazione di ciò, l'Autorità ha auspicato che la valutazione delle richieste di immissione in commercio di medicinali generici, nel rispetto dei necessari criteri di sicurezza, efficacia e qualità, a piena garanzia della salute pubblica, possa svolgersi con modalità tali da consentire l'ingresso di imprese produttrici di farmaci generici in tempi utili per avviare un effettivo processo concorrenziale.

## PRODOTTI PETROLIFERI

### *Intese*

#### *AUMENTO PREZZI BITUME*

Nel maggio 2010, l'Autorità ha avviato un procedimento istruttorio ai sensi dell'articolo 101 del TFUE nei confronti delle società Alma Petroli Spa, Api-Anonima Petroli Italiana Spa, ERG Petroli Spa (ora TotalErg Spa), Eni Spa,



Esso Italiana Srl, IES-Italiana Energia e Servizi Spa, Iplom SpA, Shell Italia Spa e Total Italia Spa (ora TotalErg Spa), al fine di accertare l'esistenza di una eventuale violazione del divieto di intese restrittive nel mercato della vendita ex-raffineria (all'ingrosso) del bitume. Il procedimento è stato avviato a seguito di alcune segnalazioni da parte di imprese e associazioni di imprese attive nel settore dell'edilizia e delle costruzioni stradali riguardanti presunte anomalie negli andamenti dei prezzi del bitume stradale in alcune regioni italiane a partire dall'estate 2008 e, più in generale, fenomeni di distorsione della concorrenza nei mercati della vendita all'ingrosso (ex-raffineria) di tale prodotto.

In particolare, dall'attività di indagine svolta nella fase pre-istruttoria era emerso che, a partire dal luglio 2008, i prezzi medi di vendita all'ingrosso del bitume stradale praticati dalle parti avevano cominciato a divergere dalla quotazione di riferimento dell'olio combustibile ad alto tenore di zolfo, rispetto alla quale sarebbe stato invece lecito attendersi una forte correlazione, come era avvenuto per tutto l'anno e mezzo precedente. Inoltre, tali prezzi medi delle società petrolifere si erano tutti allontanati dalla quotazione di riferimento con la medesima tempistica, mantenendo dunque un forte parallelismo nell'andamento delle loro curve.

Sulla base di tali elementi, l'Autorità ha ipotizzato l'esistenza, quantomeno a partire dal 2008, di un coordinamento delle strategie commerciali tra le imprese che offrono il prodotto, manifestatosi in particolare attraverso la determinazione congiunta del livello dei prezzi del bitume e la compartimentazione dei mercati. Tale coordinamento potrebbe inoltre essere stato favorito da un contesto di mercato oligopolistico, peraltro caratterizzato da una ridotta elasticità della domanda dovuta all'assenza di prodotti sostitutivi per gli usi del bitume.

Nell'ottobre 2010 l'Autorità ha poi disposto la prosecuzione del procedimento nei confronti della società TotalErg Spa in luogo delle società Total Italia Spa ed ERG Petroli Spa, entrambe incorporate per fusione in TotalErg Spa dal settembre 2010. Al 31 dicembre 2010, l'istruttoria è in corso.

#### *PREZZO PER IL GPL DA RISCALDAMENTO REGIONE SARDEGNA*

Nel marzo 2010, l'Autorità ha concluso un procedimento istruttorio ai sensi dell'articolo 101 del TFUE nei confronti delle società ENI Spa, Liquigas Spa e Butan Gas Spa, accertando un'intesa restrittiva della concorrenza nei mercati della distribuzione di GPL in bombole e in piccoli serbatoi su tutto il territorio nazionale.

Il procedimento era stato avviato nell'aprile 2008 nei confronti di Butan Gas Spa, Eni Spa, Fiamma 2000 Spa, Liquigas Spa, Sarda Gas Petroli di Antonio Pisano & C. Sas e Ultragas Tirrena Spa, a seguito di alcune denunce di consumatori in merito all'elevato livello dei prezzi di vendita del GPL in bombole per uso domestico nel solo territorio della Regione Sardegna. Nel provvedimento di avvio, l'Autorità aveva in particolare prestato rilievo alla circostanza che, in generale, il contesto di mercato dell'attività di imbottigliamento e distribuzione all'ingrosso di Gpl risultava tendenzialmente oligopolistico, posto che sull'intero territorio nazionale era attivo un numero

ridotto di operatori e il prodotto risultava omogeneo. Con specifico riferimento poi al territorio sardo, l'assenza di una rete per la distribuzione di gas metano rendeva il GPL essenziale per gli usi domestici: da ciò conseguiva una elasticità della domanda al prezzo di tale prodotto inferiore rispetto ad altre zone del territorio che sperimentavano una *interfuel competition*. Dai dati in possesso dell'Autorità, relativi agli anni 2005-2006, era emersa, inoltre, una quasi totale coincidenza (in livello e andamento) dei prezzi dell'ingrosso praticati dai principali imbottiglieri/distributori di bombole di GPL attivi in Sardegna, nonché una forte analogia delle dinamiche dei prezzi consigliati al pubblico di GPL sfuso e in bombole da parte dei principali operatori, sebbene con valori assoluti differenziati.

Sulla base di tali elementi, l'Autorità aveva ipotizzato che il livello dei prezzi di vendita al dettaglio di GPL in bombole nella Regione Sardegna potesse essere la conseguenza di un coordinamento delle strategie commerciali realizzato tra le principali imprese attive nella fase a monte dell'imbottigliamento /distribuzione all'ingrosso nel mercato sardo.

Nell'ottobre 2008, l'Autorità ha ricevuto da Eni una domanda di trattamento favorevole *ex* articolo 15, comma 2-*bis* della legge n. 287/90, successivamente integrata, in cui veniva prospettata l'esistenza di un'intesa diversa e più ampia, per oggetto e durata, rispetto a quella ipotizzata in sede di avvio del procedimento: in particolare, le società Butan Gas, Eni e Liquigas nel periodo 1994-2005, e con effetti ancora per l'anno 2006, avrebbero posto in essere un cartello segreto volto alla determinazione congiunta dei listini dei prezzi al pubblico del GPL sfuso e in bombole su tutto il territorio nazionale. Sulla base di tale richiesta, l'Autorità ha deliberato, con riferimento alle sole società Butan Gas, Eni e Liquigas, l'estensione oggettiva del procedimento a un'intesa riguardante il coordinamento sui listini del GPL sfuso e in bombole sull'intero territorio nazionale.

In esito al procedimento istruttorio, sulla base delle dichiarazioni rese da Eni e degli elementi acquisiti, l'Autorità ha accertato che in effetti, per almeno dieci anni, ovvero tra il 1995 e il 2005, Eni, Butan Gas e Liquigas avevano posto in essere un'intesa restrittiva della concorrenza in violazione dell'articolo 101 del TFUE. Tale intesa aveva avuto ad oggetto la concertazione delle rispettive politiche di prezzo del GPL in bombole e in piccoli serbatoi sull'intero territorio nazionale ed era stata realizzata attraverso una prassi di contatti regolari e ricorrenti tra i rappresentanti delle tre società volta a ridurre, a vantaggio delle imprese coinvolte, i margini di incertezza altrimenti connaturati all'autonoma determinazione delle proprie condotte.

I dati emersi hanno mostrato un elevato livello di parallelismo nella definizione dei listini da parte delle tre società relativamente alla decisione di variare i prezzi, ovvero di lasciarli immutati, in genere, ma non esclusivamente, in risposta all'andamento della quotazione internazionale della materia prima (FOB Bethouia); è stato altresì accertato un sostanziale parallelismo nella decorrenza e nell'entità di tali variazioni di prezzo.

Date le condizioni strutturali e le modalità di funzionamento dei mercati del GPL per usi domestici, l'Autorità ha considerato che il coordinamento dei listini risultava suscettibile di influenzare i prezzi effettivi praticati ad un

numero estremamente elevato di rivenditori (per il GPL in bombole) e di consumatori finali (per il GPL in piccoli serbatoi) nei diversi mercati locali; in tal senso, l'intesa era idonea a mantenere su livelli più elevati i margini derivanti dall'attività di distribuzione del GPL per usi domestici. Inoltre, la simmetria riscontrata nella variazione delle politiche commerciali, unita all'estrema segmentazione dei mercati, era altresì funzionale al mantenimento delle quote di vendita delle tre società.

L'analisi istruttoria condotta dall'Autorità ha consentito così di confermare quanto dichiarato da ENI nella sua domanda di trattamento favorevole, conducendo all'accertamento di un'intesa tra i tre principali operatori di mercato; diversamente, non sono emersi elementi idonei a comprovare la sussistenza di un'intesa tra le società Fiamma, Sardagas e Ultragas in violazione dell'articolo 2 della legge n. 287/90, con specifico riferimento al mercato locale del GPL in bombole in Sardegna.

In ragione delle informazioni fornite e della collaborazione completa e continuativa prestata, l'Autorità ha riconosciuto ad Eni il beneficio della non imposizione della sanzione, di cui al paragrafo 2 della Comunicazione sulla non imposizione e sulla riduzione delle sanzioni ai sensi dell'articolo 15 della legge n. 287/90. Tenuto conto della gravità e della durata dell'infrazione accertata, l'Autorità ha comminato alle altre due società facenti parte del cartello una sanzione pecuniaria amministrativa di valore pari a circa 4 milioni 800 mila euro per Butan Gas e di valore pari a circa 17 milioni 142 mila euro per Liquigas.

Nell'aprile 2010, l'Autorità ha provveduto a rettificare la sanzione a carico della società Butan Gas in circa 6 milioni 785 mila euro, dopo che questa aveva reso noto di aver comunicato un importo errato del valore delle vendite di GPL in bombole e in piccoli serbatoi sull'intero territorio nazionale per l'anno 2005.

### ***Segnalazioni***

#### ***ATTIVITÀ DI PROSPEZIONE E SFRUTTAMENTO DI GIACIMENTI DI PETROLIO E GAS NATURALI IN ITALIA - RICHIESTA ESENZIONE ASSOMINERARIA***

Nel dicembre 2010, è pervenuta una richiesta di parere da parte della Presidenza del Consiglio dei Ministri nell'ambito di una procedura *ex art. 219* d.lgs. n. 163/06 (con il quale è stato recepito nel nostro ordinamento l'art. 30 della direttiva 2004/17/CE), avviata su istanza di Assomineraria e volta a stabilire se le imprese attive nelle attività di prospezione e produzione di petrolio e gas naturale in Italia possano essere dispensate dall'applicazione del corpus di norme sugli appalti pubblici, limitatamente ai contratti destinati a consentire loro lo svolgimento delle suddette attività sul territorio nazionale.

L'Autorità è stata chiamata ad esprimere il proprio parere in merito alla definizione stessa del prodotto - in particolare, se limitare l'analisi alle attività per le quali è stata richiesta la deroga non prendendo in considerazione la posizione delle principali imprese interessate nella distribuzione all'ingrosso di gas naturale - e dell'area geografica per i quali la Commissione europea valuterà l'esposizione alla concorrenza.

Sulla base di considerazioni relative alle importazioni di gas naturale in Italia, agli impegni assunti dalla società Eni Spa nell'ambito del caso comunitario IV 39.315 - ENI (cessione delle quote di partecipazione nei gasdotti TENP, Transgas e TAG), nonché alla recente evoluzione della disciplina dei tetti *antitrust* nel mercato dell'approvvigionamento all'ingrosso di gas naturale (d.lgs. n. 130/10), l'Autorità ha ritenuto che, nel caso di specie, la Commissione europea non dovrebbe discostarsi da precedenti decisioni relative all'Olanda<sup>29</sup> e al Regno Unito<sup>30</sup>. In altre parole, la Commissione europea dovrebbe prendere in considerazione i seguenti mercati: (i) della prospezione per il petrolio e il gas naturale, di dimensione mondiale, (ii) della produzione di petrolio, anch'esso di dimensione mondiale; (iii) della produzione di gas naturale, di dimensione pari allo SSE più Russia e Algeria.

*MODIFICHE ALLO SCHEMA DI DISEGNO DI LEGGE ANNUALE PER IL MERCATO E LA CONCORRENZA-DISTRIBUZIONE CARBURANTI.*

Nel settembre 2010, l'Autorità ha inviato alcune osservazioni ai sensi dell'articolo 22 della legge n. 287/90 ai Presidenti di Senato e Camera, al Presidente del Consiglio dei Ministri e al Ministro dello Sviluppo Economico in relazione ad alcune modifiche allo schema di disegno di legge annuale per il mercato e la concorrenza, di cui all'articolo 47 della legge n. 99/09, allegate ad un verbale di intesa sottoscritto nel corso dello stesso mese fra il Ministero dello Sviluppo Economico e le principali organizzazioni di categoria dei gestori degli impianti di distribuzione di carburante per autotrazione.

In merito alle suddette modifiche, l'Autorità ha ritenuto in via di principio condivisibili quelle che prevedevano l'eliminazione di vincoli di esclusiva di approvvigionamento nei rapporti tra produttori e distributori, in quanto elementi utili all'auspicabile liberalizzazione delle forme contrattuali per la gestione dell'impianto di distribuzione di carburante; l'Autorità, in tal senso, ha ritenuto le modifiche proposte suscettibili di contribuire alla definizione di un sistema distributivo più concorrenziale ed alla creazione di un mercato di approvvigionamento all'ingrosso dei carburanti per autotrazione, solo nella misura in cui esse nella prassi applicativa possano portare in concreto alla diversificazione nelle relazioni contrattuali tra compagnie e gestori.

Per altri aspetti, l'Autorità ha viceversa evidenziato il carattere peggiorativo, sotto il profilo concorrenziale, delle nuove proposte, rispetto alle soluzioni normative in materia, individuate originariamente nello schema di disegno di legge annuale predisposto dal Ministero dello Sviluppo Economico, le quali apparivano, correttamente, tenere conto delle indicazioni fornite dall'Autorità nelle proprie segnalazioni in materia di riforma del settore della distribuzione carburanti.

<sup>29</sup> Decisione dell'8 luglio 2009 2009/546/CE in GUUE L181/53 del 14 luglio 2009.

<sup>30</sup> Decisione del 29 marzo 2010 2010/192/EU in GUUE L84/52 del 31 marzo 2010.

In particolare, l'Autorità ha ritenuto che tanto la limitazione al 25% della quota di risorse del Fondo per la razionalizzazione della rete dei carburanti (di cui al decreto legislativo n. 32/98) destinabile alla chiusura dei retisti indipendenti, quanto l'eliminazione della previsione di una contribuzione maggiorata del 50% al suddetto Fondo, da parte degli impianti dei comuni "inadempienti" nell'attività di chiusura degli impianti incompatibili, si configurassero come idonee a dilazionare il processo di ammodernamento della rete di distribuzione di carburante nazionale e, in quanto tali, fossero suscettibili di determinare effetti di mantenimento dell'attuale inefficienza della rete.

L'Autorità ha poi sottolineato il carattere riduttivo delle proposte di modifica agli articoli 28 e 29 dello schema di disegno di legge i quali, nella formulazione originaria, valevano a garantire lo sviluppo di una forte "selfizzazione" della rete - misura auspicabile al fine della modernizzazione della rete di distribuzione nazionale e della riduzione del c.d. "stacco" dei prezzi nazionali dalla media europea - mediante l'eliminazione dell'eccessiva pervasività della regolamentazione locale, a fronte dei principi di piena liberalizzazione all'apertura degli impianti di distribuzione prescritti dalla riforma nazionale del 2008 (articolo 83 della legge n. 133/08).

Questo obiettivo veniva perseguito, mediante gli artt. 28 e 29 dell'originario schema di disegno di legge annuale per la concorrenza, stabilendo il divieto per Regioni e Province Autonome di porre vincoli in materia di utilizzo di apparecchiature *self service pre-pay* durante le ore di apertura in cui gli impianti forniscono anche la modalità servito, e di apertura di nuovi impianti, ovvero trasformazione di impianti esistenti, in modalità completamente automatizzata (c.d. impianti *ghost*), ovvero impedendo agli enti locali di porre l'obbligo per i nuovi impianti di assicurare, contemporaneamente, la distribuzione di carburanti e di metano e/o GPL. Detto obbligo configura l'imposizione di un costo aggiuntivo ai nuovi entranti, ed è da considerarsi in tal senso discriminatorio e ingiustificatamente restrittivo dell'accesso al mercato.

Nelle ipotesi di modifica allo schema di disegno di legge, tuttavia, tale ultima previsione veniva integralmente soppressa, venendo semplicemente prevista "anche" la presenza di impianti *self service* in ogni impianto di distribuzione, senza però più affermare il divieto in capo alle Regioni ed alle Province Autonome di regolamentare in modo restrittivo l'effettiva operatività degli stessi; inoltre, veniva anche eliminata la possibilità, precedentemente contemplata, di esercizio delle attività *non oil* da parte di soggetti non titolari delle licenze di esercizio (salvo rinuncia del diritto da parte di questi ultimi).

L'Autorità, ritenendo le nuove formulazioni previste per gli artt. 28 e 29 del disegno di legge annuale poco efficaci rispetto all'indifferibile esigenza di garantire un'uniforme applicazione a livello locale dei principi di liberalizzazione sanciti a livello nazionale, ha quindi auspicato che queste venissero espunte dal testo del disegno di legge annuale per il mercato e la concorrenza, o direttamente in sede di analisi del provvedimento da parte del Consiglio dei Ministri, o in sede di esame parlamentare dello stesso, reintroducendo altresì disposizioni realmente liberalizzatrici a favore del mercato e dei consumatori, ferma restando la previsione che prevedeva la caduta dell'esclusiva di fornitura.

## ALTRE ATTIVITÀ MANIFATTURIERE

### *Abusi*

#### *MERCATO DEL CARTONGESSO*

Nel giugno 2010 l'Autorità ha concluso un'istruttoria ai sensi dell'articolo 102 del TFUE nei confronti della società Saint-Gobain Ppc Italia Spa (già Bpb Italia Spa), accertando l'esistenza di un abuso di posizione dominante nel mercato della produzione e vendita di cartongesso. Il procedimento era stato avviato a seguito della denuncia della società Fassa Spa nella quale si lamentavano alcune condotte escludenti poste in essere da Saint Gobain Ppc al fine di impedire o quantomeno ostacolare e ritardare l'ingresso di Fassa in tale mercato.

Dal punto di vista merceologico, l'Autorità ha ritenuto che il mercato rilevante fosse quello del cartongesso. La principale materia prima utilizzata per la produzione è il gesso, che proviene generalmente da depositi minerari naturali. L'Autorità ha ritenuto invece che il gesso chimico, perlomeno all'epoca delle condotte abusive, non potesse considerarsi una valida e completa alternativa a quello naturale derivante dalle pietre di gesso presenti in natura. In entrambi i casi, il gesso va comunque trasportato fino al luogo in cui è situata la struttura produttiva e di lavorazione, e va stoccato in opportune aree, ovvero i depositi. Ai fini della delimitazione geografica di tale mercato, l'Autorità ha considerato che gli elevati costi di trasporto vincolano considerevolmente il raggio di distribuzione dei prodotti. In ragione di ciò, sulla base delle analisi condotte ha considerato congrua una distanza massima di 500 km tra luogo di produzione e luogo di consegna al cliente del prodotto. Tenuto conto che, nel caso di specie, la localizzazione del progetto industriale della società Fassa riguardava il Nord Ovest piemontese, l'Autorità ha ritenuto che dal punto di vista geografico il mercato rilevante coincidesse sostanzialmente con l'Italia Centro-Settentrionale e il Sud-Est della Francia. In tale mercato, Bpb è risultata detenere una posizione dominante in ragione di una pluralità di elementi, tra cui l'elevata quota di mercato, la disponibilità di un marchio riconosciuto, la gamma di prodotti offerti, la collocazione strategica dei due impianti produttivi nel territorio italiano e la loro integrazione con gli impianti nei Paesi confinanti del gruppo multinazionale di appartenenza Saint-Gobain.

Nel corso del procedimento istruttorio, l'Autorità ha accertato che Bpb Italia aveva posto in essere una complessa e articolata strategia tesa ad impedire, o quantomeno fortemente ostacolare e ritardare, l'ingresso nel mercato del nuovo operatore Fassa Spa, inibendo a quest'ultima società l'accesso all'approvvigionamento di materia prima gesso in quantità e qualità tali da consentire la produzione di cartongesso in concorrenza con Bpb. Più specificamente, è emerso che la società Fassa progettava l'apertura di un impianto di cartongesso in una collocazione geografica tale da rappresentare una concreta minaccia concorrenziale per Bpb, con un progetto minerario e industriale che si collocava centralmente rispetto all'area di rilevanza strategica per quest'ultima, nella quale essa deteneva una posizione dominante: la macroripartizione geografica del Centro-Nord Italia (zona di particolare



influenza dell'impianto Bpb di Casola) e quella del Sud-Est della Francia (nel raggio d'azione dello stabilimento di Chambéry del gruppo Saint-Gobain). Impedire l'ingresso di Fassa nel mercato avrebbe perciò significato per Bpb preservare gli equilibri raggiunti in queste aree, conservando o persino rafforzando la posizione dominante ivi detenuta.

La condotta globale abusiva era stata attuata tanto attraverso l'acquisizione strumentale di riserve gessifere strategiche, ovvero la dimostrazione di un interesse per le stesse allo scopo di determinarne l'apprezzamento e di sottrarre riserve fondamentali al concorrente, quanto mediante l'instaurazione di una serie di ricorsi giudiziari (di natura sia civile che amministrativa) per il tramite di soggetti terzi. Ulteriori aspetti della complessiva strategia escludente sono risultati consistere in un intenso e continuo monitoraggio, da parte di Bpb, delle attività del concorrente e in acquisti fondiari strategici finalizzati ad ostacolare gli approvvigionamenti gessiferi di Fassa attraverso una antieconomica parcellizzazione della relativa proprietà terriera.

Il procedimento istruttorio ha dimostrato che le condotte di Bpb avevano comportato per Fassa l'aumento dell'incertezza relativa alla disponibilità di adeguate riserve di gesso necessarie alla produzione, rilevando a tale proposito l'aleatorietà della futura effettiva disponibilità dei terreni, agricoli (dove insistono le riserve di gesso) e industriali (dove insiste lo stabilimento produttivo), in dipendenza dell'esito dei ricorsi civili (di prelazione e riscatto agrario) e dei ricorsi amministrativi intentati da soggetti terzi. Inoltre, le condotte di Bpb avevano comportato per Fassa anche l'aumento dei costi di accesso ad adeguate riserve di gesso necessarie alla produzione, a causa tra l'altro: dell'interessamento di Bpb a terreni per i quali vi erano trattative già avviate da Fassa; dell'aumento indotto nelle quotazioni dei terreni gessiferi rilevanti; dei diversi oneri (di tempo, di risorse legali, economiche, ecc) connessi all'instaurarsi delle azioni giudiziarie. Per effetto delle condotte abusive di Bpb, la società concorrente Fassa ha sopportato un notevole innalzamento dei costi di accesso al mercato, accesso che è stato altresì ritardato di almeno 3 anni.

Nell'aprile 2010, Bpb ha comunicato all'Autorità di voler assumere spontaneamente alcune iniziative finalizzate ad attenuare le conseguenze della propria condotta, sia ponendo in essere comportamenti che garantivano maggiore disponibilità di gesso per la società Fassa (in particolare addivenendo con questa ad accordi per la vendita di alcuni terreni gessiferi), sia adoperandosi per la risoluzione delle controversie giudiziarie pendenti.

L'Autorità ha ritenuto che la complessa strategia globale posta in essere da Bpb integrasse un abuso di posizione dominante volto ad escludere Fassa, della quale aveva fortemente ostacolato l'ingresso sul mercato ritardandolo di almeno tre anni. L'Autorità ha considerato che la violazione accertata risultava caratterizzata da gravità per l'ulteriore pregiudizio arrecato alle dinamiche concorrenziali in un mercato già condizionato da barriere all'ingresso, dalla presenza di tre operatori storici e dalla posizione dominante in capo a Bpb. È stata altresì considerata la circostanza per cui la società che aveva subito le condotte abusive era un qualificato nuovo *player*, che con il suo ingresso avrebbe potuto favorire e migliorare l'operare dei meccanismi di mercato. Ha assunto

rilievo, infine, nella valutazione della gravità dell'abuso, la cui durata è stata qualificata in 5 anni e mezzo, anche la possibilità che esso avesse l'effetto di eliminare, in una certa misura, la concorrenza potenziale, in ragione dell'effetto di monito su futuri eventuali nuovi entranti diversi da Fassa.

In ragione della gravità e durata dell'infrazione accertata, e tenendo conto delle iniziative intraprese da Bpb allo scopo di attenuare, quantomeno parzialmente, le conseguenze della sua condotta, l'Autorità ha comminato a Saint-Gobain Ppc Italia Spa una sanzione amministrativa pecuniaria pari a circa 2 milioni 165 mila euro.

## *Intese*

### *VENDITA AL DETTAGLIO DI PRODOTTI COSMETICI*

Nel dicembre 2010, l'Autorità ha concluso un procedimento istruttorio ai sensi dell'articolo 101 del TFUE, accertando che le società Henkel Italia Spa, Unilever Italia Holdings Srl, Reckitt-Benckiser Holdings (Italia) Srl, Colgate-Palmolive Spa., Procter & Gamble Srl., Sara Lee Household & Body Care Italy Spa, L'Oreal Italia Spa, Società Italo Britannica L.Manetti-H.Roberts & Co. Spa, Beiersdorf Spa, Johnson&Johnson Spa, Mirato Spa, Paglieri Profumi Spa, Ludovico Martelli Srl, Weruska&Joel Srl, Glaxosmithkline Consumer Healthcare Spa, Sunstar Suisse SA, nonché l'Associazione Italiana dell'Industria di Marca-Centromarca avevano posto in essere un'intesa restrittiva della concorrenza avente ad oggetto un complesso sistema di alterazione delle dinamiche competitive nel settore nazionale dei prodotti cosmetici (ossia i prodotti per l'igiene personale, i prodotti igienico-sanitari, i prodotti per l'igiene orale, i prodotti per la rasatura e la depilazione, i prodotti per capelli e i prodotti per il viso) commercializzati attraverso la Grande Distribuzione Organizzata.

Il procedimento era stato avviato nel giugno 2008 a seguito della presentazione, da parte della società Henkel, di una domanda semplificata in forma orale di non imposizione della sanzione, ai sensi dell'articolo 15 della legge n. 287/90. Nel luglio 2008 e nel novembre 2008, anche le società Colgate-Palmolive Spa e il gruppo Procter & Gamble avevano presentato domande semplificate in forma orale per l'ammissione al programma di clemenza, ritenendo di poter fornire informazioni e documenti idonei a rafforzare la capacità degli Uffici di fornire la prova delle infrazioni ipotizzate nel provvedimento di avvio.

Tenuto conto delle informazioni e dei documenti acquisiti nel corso dell'istruttoria, il procedimento è stato esteso soggettivamente nei confronti della Società Italo Britannica L.Manetti-H.Roberts & Co. Spa, delle società Beiersdorf Spa, Johnson & Johnson Spa e di Centromarca e, successivamente, anche nei confronti delle società Mirato Spa, Paglieri Profumi Spa, Ludovico Martelli-Srl, Weruska&Joel Srl, Glaxosmithkline Consumer Healthcare Spa, Glaxosmithkline Spa, Biochimica Spa, Sodalco Srl e Sunstar Suisse SA.

Sulla base degli elementi istruttori acquisiti, l'Autorità ha accertato che l'intesa tra i produttori di prodotti cosmetici distribuiti attraverso il canale *retail* aveva avuto ad oggetto l'allineamento, generalmente al di sopra del tasso di inflazione, dei prezzi di listino dei prodotti cosmetici e delle altre strategie



commerciali praticate alla Grande Distribuzione Organizzata. E' risultato, infatti, che le parti del procedimento avevano scambiato informazioni sensibili sulle principali variabili concorrenziali e coordinato le loro strategie commerciali soprattutto nel corso delle riunioni del "Gruppo Chimico" dell'Associazione Nazionale dell'Industria di Marca-Centromarca. Durante le riunioni del settore chimico, in particolare, i concorrenti procedevano a veri e propri "giri di tavolo" nell'ambito dei quali venivano comunicate le avvenute o le pianificate variazioni dei listini e le principali indicazioni commerciali emerse nel corso della "prima tornata" di negoziazione annuale con gli operatori della Grande Distribuzione Organizzata. Il coordinamento delle strategie commerciali si è manifestato in maniera particolarmente esplicita nel corso del 2005 quando, a fronte del comportamento aggressivo del distributore Esselunga, i produttori hanno elaborato e promosso, congiuntamente con Centromarca, azioni comuni finalizzate ad arginare i rischi delle condotte commerciali sulla stabilità del loro coordinamento.

L'Autorità ha ritenuto che l'insieme delle condotte accertate, poste in essere dalle principali imprese del settore e concretatesi nell'intenso scambio di informazioni nel corso delle riunioni del Gruppo Chimico di Centromarca, nello scambio di informazioni realizzato al di fuori delle riunioni associative, nell'allineamento degli aumenti dei prezzi di listino comunicati alla GDO e nel coordinamento evidenziato in occasione del comportamento commerciale aggressivo assunto da Esselunga nel corso del 2005, costituissero parte di un'intesa unica, complessa e continuata dal 2000 al 2007, la quale era suscettibile di integrare una violazione grave della concorrenza volta alla totale alterazione del confronto concorrenziale nel settore dei prodotti cosmetici commercializzati attraverso il canale *retail*.

In ragione della gravità e della durata delle infrazioni accertate, l'Autorità ha comminato alle imprese interessate sanzioni complessive per un ammontare pari a circa 81 milioni di euro, riconoscendo tuttavia, ai sensi dell'art. 15 della legge 287/90, a Henkel il beneficio dell'immunità e a Colgate-Palmolive Spa e a Procter & Gamble una riduzione della sanzione.

#### *GARA D'APPALTO PER LA SANITÀ PER LE APPARECCHIATURE PER LA RISONANZA MAGNETICA*

Nel febbraio 2010, l'Autorità ha avviato un'istruttoria nei confronti delle società Toshiba Medical Systems Srl, Philips Spa, Siemens Healthcare Diagnostics Srl e Alliance Medical Srl al fine di accertare l'esistenza di eventuali violazioni dell'articolo 101 TFUE nei mercati della produzione e vendita di apparecchiature elettromedicali di diagnostica per immagini e della fornitura di assistenza e manutenzione post-vendita. Il procedimento è stato avviato a seguito di una segnalazione relativa a presunte distorsioni della concorrenza nel settore della fornitura di apparecchiature elettromedicali e diagnostiche, con particolare riferimento alla gara d'appalto bandita dalla Società Regionale per la Sanità Spa (Soresa) nel giugno 2009 per l'acquisto e noleggio di apparecchiature per risonanza. In particolare, le predette società avrebbero partecipato ad un incontro svoltosi nel luglio 2009, nell'ambito del quale avrebbero definito le modalità di partecipazione alla suddetta gara.

Nel provvedimento di avvio l'Autorità, a una prima valutazione, ha ritenuto il mercato rilevante coincidente con la gara bandita da Soresa per l'acquisto e noleggio di apparecchiature per risonanza magnetica, per un importo complessivo pari a 8 milioni 885 mila euro. Al riguardo, l'Autorità ha ritenuto che le informazioni disponibili in ordine a tale gara suggerirebbero che Siemens Healthcare Diagnostics Srl, Philips Spa, Toshiba Medical Systems Srl e Alliance Medical Srl abbiano definito congiuntamente le modalità di partecipazione alla suddetta gara, limitando il confronto concorrenziale tra le stesse e condizionando le possibilità di partecipazione e di aggiudicazione del relativo contratto di fornitura; l'Autorità ha considerato inoltre che, sebbene Alliance Medical non sia qualificabile come diretta concorrente dei produttori di apparecchiature elettromedicali, tale società costituisce tuttavia un potenziale *partner* dei produttori di apparecchiature medicali in tutte quelle gare in cui la stazione appaltante, come nel caso in oggetto, formula una richiesta congiunta di beni e servizi. Nel marzo 2010, il procedimento è stato esteso soggettivamente alla società Siemens Spa - *Settore Healthcare*, anch'essa attiva nel settore della produzione e vendita di apparecchiature elettromedicali. Al 31 dicembre 2010, l'istruttoria è in corso.

#### *INTESA NEL MERCATO DELLE BARRIERE STRADALI*

Nel gennaio 2010 l'Autorità ha avviato un'istruttoria nei confronti delle società Metalmeccanica Fracasso Spa, Industria Meccanica Varricchio Spa, Tubosider Spa, Car Segnaletica Stradale Srl, San Marco Spa, Ilva Pali Dalmine Industries Spa e Steam Generators Srl (già Edilacciai Srl, già Marcegaglia Building Spa), nonché del Consorzio Manufatti Stradali Metallici Comast - in liquidazione -, per accertare l'esistenza di eventuali violazioni dell'articolo 101 del TFUE nei mercati della fornitura e della posa in opera di barriere di sicurezza stradali. Il procedimento è stato avviato a seguito di una segnalazione da parte della Guardia di Finanza - Nucleo Speciale Tutela Mercati, che a sua volta trae origine dall'attività investigativa condotta dal Nucleo di Polizia Tributaria della Guardia di Finanza di Trento nell'ambito di un procedimento penale della Procura della Repubblica presso il Tribunale di Trento.

Dalle informazioni fornite, risulta che in occasione delle riunioni nell'ambito del Comast, almeno tra il 2003 e il 2007, i soci del consorzio avrebbero scambiato informazioni e concordato le loro azioni al fine di ottenere quale risultato: *i)* la spartizione, sulla base di quote predeterminate, del mercato nazionale della vendita di barriere stradali a imprese terze e/o enti, garantendo, di volta in volta, alle consorziate l'applicazione del miglior prezzo di offerta preventivamente concordato; *ii)* la condivisione e l'utilizzo di un listino prezzi comune relativo alle diverse tipologie di barriere stradali, per quantificare gli importi da offrire per ogni singola commessa; *iii)* la ripartizione delle partecipazioni a gare d'appalto pubbliche in materia di fornitura e posa in opera di barriere stradali, attraverso l'indicazione delle società consorziate che avrebbero dovuto partecipare, di quali ribassi sarebbero stati presentati in sede di offerta e di quale consorziata avrebbe dovuto essere assegnataria della gara

stessa; iv) l'adozione di comportamenti finalizzati ad ostacolare, direttamente o indirettamente, altre aziende concorrenti.

Dunque, le principali imprese attive nel settore avrebbero posto in essere un'intesa finalizzata ad alterare le dinamiche concorrenziali nell'aggiudicazione delle gare d'appalto, utilizzando il consorzio quale luogo e strumento per condividere informazioni e programmare interventi coordinati. Al 31 dicembre 2010, l'istruttoria è in corso.

### *Inottemperanze*

#### *ALLIANCE HEALTHCARE ITALIA/FARMA & TEC*

Nel maggio 2010, l'Autorità ha concluso un'istruttoria nei confronti della società Alliance Healthcare Italia Spa (AHI d'ora in avanti) per violazione dell'obbligo di comunicazione preventiva delle operazioni di concentrazione, al fine di verificare la mancata ottemperanza all'obbligo di comunicazione.

AHI è una società *holding* di partecipazioni delle controllate italiane del gruppo Alliance Boots, attive prevalentemente nel settore della distribuzione e vendita di prodotti farmaceutici e parafarmaceutici. Nel settore dei *software* gestionali, interessato dalla denunciata operazione, AHI è presente mediante la società controllata Farma Tre Informatica Srl.

Farma&Tec Srl (FT d'ora in avanti) è una società italiana attiva nello sviluppo di *software* gestionali, prevalentemente rivolti al comparto delle farmacie, e nella fornitura dei relativi servizi di assistenza e manutenzione. FT, che da parte sua controlla le due società Tau Services Srl e Mondofarma Srl, risulta allo stato partecipata da AHI e dalle due società Readytec Spa e Dpe Srl. In precedenza, Readytec Spa era socio unico di FT, detenendone l'intero capitale sociale. L'operazione, tardivamente notificata, è consistita nell'acquisizione nel maggio 2006 del controllo della società FT attraverso l'acquisto di una frazione del capitale sociale pari al 50% ceduta dal precedente socio unico, la società Readytec Spa. Nel 2010 Alliance Healthcare avrebbe acquistato dalla medesima Readytec una ulteriore percentuale del capitale di FT. Tuttavia, sin dal 2006 Alliance Healthcare poteva esercitare un controllo sulla società attraverso l'esercizio del potere di veto sulle decisioni strategiche, nonostante la *shifting majority* detenuta dai due azionisti di minoranza.

L'Autorità ha considerato che l'operazione, comportando l'acquisizione del controllo di un'impresa, costituiva una concentrazione ai sensi dell'articolo 5, comma 1, lettera b), della legge n. 287/90 e risultava soggetta all'obbligo di comunicazione preventiva in quanto il fatturato realizzato nell'ultimo esercizio a livello nazionale dalle imprese interessate è risultato superiore alla soglia di cui all'articolo 16, comma 1, della legge n. 287/90.

Tenuto conto dell'assenza di dolo, della comunicazione spontanea, benché tardiva dell'operazione, della modesta incidenza concorrenziale dell'operazione, del lasso di tempo intercorso prima della comunicazione all'Autorità dell'avvenuta operazione (oltre tre anni e mezzo), l'Autorità ha comminato ad AHI una sanzione pecuniaria pari a 10 mila euro.

## Segnalazioni

### *BANDO DI GARA RELATIVO ALLA FORNITURA DI TOMOGRAFI E SERVIZI CONNESSI ED ACCESSORI PER LE PUBBLICHE AMMINISTRAZIONI*

Nell'ottobre 2010, a seguito del ricevimento della relativa richiesta, l'Autorità ha trasmesso un parere ai sensi dell'articolo 22 della legge n. 287/90 al Ministero dell'Economia e delle Finanze in merito allo schema del bando di gara per l'affidamento della *“fornitura di tomografi computerizzati (tc), tomografi a risonanza magnetica (rm), servizi connessi e dispositivi e servizi accessori per le Pubbliche Amministrazioni”*, predisposto dalla Concessionaria Servizi Informatici Pubblici CONSIP Spa (di seguito CONSIP).

Al riguardo, l'Autorità ha osservato che le previsioni relative all'affidamento del subappalto contenute nel disciplinare di gara non apparivano conformi alle previsioni di cui all'articolo 38 del d.lgs n. 163/2006, come novellato dall'articolo 3, comma 1, della legge n. 166/2009, laddove espressamente stabilivano che il divieto di subappalto non operava *“tra imprese controllate o collegate ai sensi dell'articolo 2359 c.c. e comunque tra imprese che rappresentano, ai fini della partecipazione alla gara, un unico centro decisionale”*.

L'Autorità, inoltre, ha colto l'occasione per richiamare l'attenzione sui rischi connessi all'identificazione, dal punto di vista tecnico, delle caratteristiche dei prodotti oggetto del bando, sottolineando che requisiti tecnici eccessivamente dettagliati avrebbero potuto avere l'effetto di limitare il numero dei potenziali partecipanti alla gara predeterminando, in alcuni casi, l'unico possibile aggiudicatario della stessa. Attesa l'elevata concentrazione del mercato interessato e la generalizzata obsolescenza delle apparecchiature in dotazione delle strutture sanitarie pubbliche, l'Autorità ha ritenuto, altresì, necessario segnalare l'opportunità di disciplinare la gara in maniera tale da incentivare il più alto tasso di innovazione tecnologica evitando, al contempo, rischi di collusione tra le poche grandi imprese presenti sul mercato.

Lo sviluppo tecnologico, in un tale contesto, avrebbe potuto essere favorito da previsioni dei bandi di gara formulati in modo tale da privilegiare, tra i criteri di aggiudicazione, le prestazioni finali e i risultati diagnostici conseguibili attraverso l'utilizzo delle apparecchiature. In tale ottica, criteri di aggiudicazione della gara oggettivi, basati sui risultati diagnostici delle apparecchiature oggetto di approvvigionamento avrebbero consentito alle amministrazioni sanitarie di massimizzare e trasferire agli utenti i benefici acquisibili in termini di efficienza allocativa e tecnica.

### *GARA TRATTAMENTI DI DIALISI EXTRACORPOREA E DI SERVIZI CONNESSI*

Nel settembre 2010, l'Autorità ha espresso un parere ai sensi dell'articolo 22 della legge n. 287/90 in relazione alle bozze del bando di gara e del relativo disciplinare per la fornitura di trattamenti di dialisi extra-corporea e dei servizi connessi, come predisposti da CONSIP. L'Autorità ha ritenuto che le previsioni contenute in tali bozze fossero sostanzialmente conformi agli orientamenti espressi dalla medesima in materia di badi di gara predisposti da CONSIP.

Tuttavia, l'Autorità ha rilevato che le previsioni concernenti l'affidamento del subappalto non apparivano conformi alle previsioni di cui all'articolo 38 del d.lgs. n. 163/2006, laddove esse espressamente statuiscono che il divieto di subappalto non opera "tra imprese che rappresentano, ai fini della partecipazione alla gara, un unico centro decisionale".

## Energia elettrica e gas naturale

### ENERGIA ELETTRICA

#### *Abusi*

*SORGENIA/A2A, SORGENIA/ACEA, SORGENIA/ITALGAS, SORGENIA/HERA, SORGENIA/IRIDE*

Nei mesi di settembre e ottobre 2010, l'Autorità ha concluso cinque procedimenti istruttori ai sensi dell'articolo 102 del TFUE nei confronti delle società: A2A Spa, A2A Reti Elettriche Spa ("A2A RE"), A2A Reti Gas Spa ("A2A RG") (procedimento A411); ACEA Spa, ACEA Distribuzione Spa ("AD") (procedimento A411A); Italgas Spa, Eni Spa (procedimento A411B); HERA Spa (procedimento A411C); Iride Spa (ora Iren Spa), AEM Torino Distribuzione Spa ("AEM"), Genova Reti Gas Srl ("GRG") (procedimento A411D), accettando gli impegni presentati dalle società A2A, A2A RE, A2A RG, ACEA, AD, Italgas, Iren, AEM, GRG e HERA ai sensi dell'articolo 14-ter della legge n. 287/90 e chiudendo l'istruttoria senza accertamento dell'infrazione,

I procedimenti erano stati avviati a seguito di segnalazioni della società Sorgenia - attiva nella vendita di elettricità e gas al dettaglio ma non integrata nella distribuzione - relative a ostacoli e ritardi messi in atto dalle società di distribuzione appartenenti a gruppi integrati nella vendita nei confronti degli operatori nuovi entranti nei mercati della vendita al dettaglio di elettricità e gas. Tali ostacoli consistevano nella mancata adozione di strumenti informatici per la gestione dei cambi di fornitore (*switching*) e dei rapporti con i venditori, nella mancata attivazione di strumenti volti ad aiutare i venditori nuovi entranti a correggere i dati in proprio possesso<sup>31</sup> necessari allo *switching*, nella mancata fornitura o nel grave ritardo con il quale venivano forniti<sup>32</sup> le letture di *switching*<sup>33</sup>, i dati storici di consumo (nel settore elettrico), i dati periodici di misura e, infine, nella scarsa trasparenza dei criteri di stima dei dati di consumo stessi.

<sup>31</sup> Si ricorda che per effettuare lo *switching* di un punto di prelievo di energia elettrica occorre fornire al distributore due dati identificativi di tale punto, il POD (codice identificativo alfanumerico univocamente associato a tale punto) e il codice fiscale /PIVA del titolare di tale punto di prelievo. Nel caso di *switching* di un punto di prelievo di gas, i dati identificativi da fornire al distributore sono il PDR (codice identificativo associato a tale punto) e la matricola del contatore del punto di prelievo.

<sup>32</sup> Tali dati storici permettono una migliore pianificazione degli acquisti di energia elettrica da parte del venditore e una più accurata stima dei consumi in fase di fatturazione.

<sup>33</sup> La lettura di *switching* è la lettura dei consumi a partire dalla quale i prelievi di elettricità o di gas sono attribuiti dal distributore al nuovo fornitore.

Tali comportamenti avrebbero accresciuto i costi dei nuovi entranti, sia direttamente (attraverso il maggior costo da sostenere per interfacciarsi al distributore, per correggere i dati necessari allo *switching*, per sollecitare l'invio dei dati di misura, per rispondere alle lamentele e alle richieste dei clienti da acquisire o acquisiti) che indirettamente (attraverso il peggioramento della qualità del servizio reso dai nuovi entranti a clienti acquisiti e quindi attraverso la perdita di reputazione dei nuovi entranti, da compensare con maggiori sconti).

Un accertamento preliminare ha confermato l'esistenza di discriminazioni oggettive nei confronti dei venditori non integrati con il distributore locale. In primo luogo, è emerso che la larga maggioranza degli *switching* non portati a termine dipendeva da errori di anagrafica del relativo punto di prelievo. La percentuale di *switching* non riusciti è risultata molto contenuta per i venditori integrati - grazie al vantaggio informativo detenuto, eredità del sistema pre-liberalizzazione -, mentre per i venditori concorrenti essa è risultata maggiore, e inversamente proporzionale sia al grado di sviluppo dello strumento di comunicazione con i venditori non integrati adottato dal distributore, sia alla possibilità di accedere alle informazioni contenute nell'anagrafica dei punti di prelievo serviti dal distributore stesso<sup>34</sup>.

In secondo luogo, è emerso un mancato rispetto delle tempistiche regolamentari riguardo la fornitura delle letture di *switching*.

In terzo luogo, sono emersi ritardi nell'invio delle letture periodiche, dovuti al fatto che la tipica modalità di comunicazione di tali dati è l'invio assieme alle fatture (cartacee) di trasporto dell'elettricità o del gas. La qualità dei dati di misura nel settore elettrico è comunque in continuo miglioramento, grazie all'installazione di contatori elettronici abilitati alla telelettura. La telelettura permette di avere misure reali mensili per una proporzione di punti vendita che attualmente va dai due terzi di HERA all'85% di AEM, riducendo significativamente i problemi derivanti dall'utilizzo di stime dei consumi da parte del distributore<sup>35</sup>.

In tutti i casi i diversi distributori hanno presentato impegni al fine di risolvere le problematiche concorrenziali emerse. Gli impegni ritenuti necessari per eliminare le preoccupazioni concorrenziali dell'Autorità avrebbero dovuto eliminare le fonti di possibile discriminazione dei venditori non integrati con il distributore locale. Ciò avrebbe richiesto l'adozione di interfacce di comunicazione avanzate, la predisposizione di modalità di accesso al database anagrafico del distributore, il rispetto delle tempistiche regolamentari per la

<sup>34</sup> Nel caso di Italgas - società che si è autonomamente dotata fin dalla fine del 2008 di un portale web evoluto per gestire i rapporti con i venditori (*switching* incluso) e che ha messo a disposizione di tutti i venditori un sistema per la verifica preliminare dei dati necessari allo *switching* - i tassi di successo degli *switching* sono risultati elevatissimi anche per i concorrenti di ENI div. Gas & Power (97%). All'estremo opposto, i tassi di insuccesso degli *switching* gas presso HERA - società che si è dotata di un portale evoluto solo a partire dal luglio 2009 - sono risultati dell'1% per il venditore integrato Hera Comm e del 31% in media per i venditori concorrenti. Per AD, A2A RE e AEM le differenze nei tassi di successo a favore dei venditori integrati si aggiravano sui 7-11 punti percentuali, mentre sono risultate più elevate per A2A RG.

<sup>35</sup> Per quanto riguarda il gas, una maggiore trasparenza delle stime dei prelievi sarà assicurata dal nuovo Codice di Rete tipo (cfr. del. AEEG ARG/gas 193/09), che prevede che tutti i distributori forniscano nelle fatture di trasporto il dettaglio dei consumi stimati per ciascun punto di prelievo, sulla base dei profili di prelievo standard definiti dal regolatore.



comunicazione dei dati di misura e l'adozione di modalità di comunicazione che rendessero tali dati facilmente riutilizzabili dai venditori.

Riguardo alle interfacce di comunicazione, nel corso del procedimento alcuni distributori (A2A RG, GRG e HERA in ottemperanza ad obblighi regolamentari relativi al settore del gas, AD anticipando la regolamentazione del settore elettrico) hanno reso operativo un portale web evoluto, volto a gestire i rapporti con i venditori, tra cui quelli relativi agli *switching*. A2A RG e GRG si sono impegnate ad estendere le funzionalità di tale portale in modo da permettere anche gli *switching* "massivi"<sup>36</sup> - cosa già prevista dai sistemi di AD e HERA. A2A RE e AEM si sono invece impegnate a dotarsi (in anticipo rispetto a quanto prescritto dalla regolamentazione) di un portale web evoluto per gestire i rapporti con i venditori e in particolare lo *switching* (sia singolo, che massivo).

Riguardo all'accesso alle informazioni anagrafiche contenute nel database del distributore, tutti i distributori coinvolti - con l'esclusione di Italgas, che già offriva tale servizio - si sono impegnati a offrire sui propri portali un servizio di verifica preliminare (*on-line* o con tempi di risposta ristretti nel caso di verifiche massive) dei dati necessari allo *switching* ("*pre-check*"). Tale servizio comprende funzionalità volte al recupero dell'eventuale dato mancante o errato, secondo un sistema simile a quello implementato da ENEL Distribuzione nel quadro degli impegni assunti nel procedimento A410, *Exergia / ENEL - Servizio di salvaguardia*, chiuso nel dicembre 2009, che consente, nei casi in cui la verifica della contestuale presenza della medesima coppia di dati tanto nel database del venditore che in quella del distributore dia esito negativo, di indicare il dato errato ai fini della verifica con il potenziale cliente oppure di recuperare il dato mancante; in caso di esito positivo, i sistemi implementati da AEM e ACEA forniranno anche una serie di dati tecnici aggiuntivi. Riguardo ai dati di misura, tutti i distributori coinvolti si sono impegnati a rendere i dati accessibili e scaricabili attraverso il portale e a rispettare le tempistiche regolamentari relativamente alla messa a disposizione di tali dati, alle letture di *switching* e alla messa a disposizione dei dati storici in occasione dello *switching*<sup>37</sup>.

Tutti i distributori si sono infine impegnati a mettere a disposizione dei venditori i dati relativi ai punti di prelievo contendibili (punti di prelievo in zone di nuove urbanizzazione oppure - con esclusione di HERA - punti di prelievo con contratto cessato ma non disattivate).

L'Autorità ha ritenuto che gli impegni presentati - nel contesto determinato dall'evoluzione della regolamentazione avvenuta nel corso del procedimento - fossero sufficienti ad eliminare le preoccupazioni concorrenziali espresse nei provvedimenti di avvio istruttoria. In particolare: i) il *pre-check* appare in grado

<sup>36</sup> Ossia, la presentazione simultanea di un gran numero di richieste di *switching*.

<sup>37</sup> AEM, al fine di facilitare le operazioni dei venditori, rilascerà prima i dati di misura pre-validati e poi quelli definitivi validati. Italgas si è impegnata a creare una procedura specifica per assicurare che ai quesiti dei venditori riguardanti i dati di misura venga data una risposta certa. Al fine di migliorare la qualità dei dati di misura gas, GRG si è impegnata a creare un sistema di individuazione delle letture anomale, che prevede anche un nuovo tentativo di lettura nel caso l'incongruità sia confermata dalle successive verifiche. Al fine di facilitare la sincronizzazione tra il ciclo di fatturazione dei venditori di gas e il ciclo delle letture effettuate dal distributore, HERA si è invece impegnata a rendere pubblico il proprio calendario di lettura.

di ridurre significativamente, se non eliminare, le difficoltà di *switching* legate all'anagrafica e il vantaggio informativo detenuto dai venditori integrati, mettendo in grado i venditori concorrenti di quelli integrati di presentare al distributore dati di qualità comparabile a quella del venditore integrato, ii) l'adozione di portali evoluti, la messa a disposizione dei dati di misura attraverso di essi e la percentuale di letture reali messe a disposizione di tutti i venditori nel settore elettrico, nel rispetto delle tempistiche regolamentari, migliorano significativamente la qualità del servizio reso dai nuovi entranti ai clienti acquisiti e riducono i costi di gestione di tali clienti, eliminando alcuni significativi svantaggi nella concorrenza, anche di natura reputazionale, nei confronti dei venditori integrati.

La tipologia di impegni accettati conferma non solo che la violazione di obblighi regolamentari - come nel caso dei ritardi nelle letture di *switching* e dei dati di misura storici - può configurare anche una violazione della normativa antitrust, ma anche che quest'ultima può concretizzarsi in una interpretazione restrittiva degli obblighi regolamentari, che determini una discriminazione dei venditori non integrati. L'apertura di un procedimento *antitrust* anche in presenza di un formale rispetto degli obblighi regolamentari può quindi essere intesa come un esempio di sinergia tra autorità di regolamentazione e di concorrenza nel perseguimento di obiettivi comuni - nel caso presente, una maggiore concorrenzialità dei mercati della vendita al dettaglio, anche attraverso una maggiore efficienza dei distributori -, in cui l'azione *antitrust* può stimolare il superamento di resistenze ad una evoluzione regolamentare pro-concorrenziale. In questo senso, gli impegni accettati dall'Autorità, nel superare la regolamentazione esistente attraverso il *pre-check*, ne anticipano l'evoluzione verso un sistema integrato che potrebbe eliminare ogni differenza nei patrimoni informativi dei venditori che concorrono sul mercato della vendita.

#### *ENEL-DINAMICHE FORMAZIONI PREZZI MERCATO ENERGIA ELETTRICA IN SICILIA*

Nel dicembre 2010, l'Autorità ha concluso con l'accettazione degli impegni presentati dalle parti ai sensi dell'articolo 14-ter, comma 1, della legge n. 287/90 un'istruttoria avviata nei confronti delle società ENEL Spa e ENEL Produzione Spa ("EP") al fine di accertare l'esistenza di eventuali violazioni dell'articolo 102 del TFUE nel mercato della vendita all'ingrosso di energia elettrica nella macrozona Sicilia. La procedura era stata avviata nel gennaio 2010 a seguito di una segnalazione inviata nell'agosto 2009 dall'Autorità per l'Energia Elettrica e il Gas (AEEG) in esito all'istruttoria conoscitiva sulle dinamiche di formazione dei prezzi dell'energia elettrica in Sicilia tra la fine del 2008 e gli inizi del 2009. L'analisi dell'AEEG sottolineava l'esiguità dei margini di offerta<sup>38</sup> siciliani nel trimestre considerato e identificava diversi casi

<sup>38</sup> E' la differenza tra capacità disponibile e domanda.



di trattenimento di capacità<sup>39</sup> (economico e fisico) da parte dei due operatori principali siciliani, ENEL e Edipower. L'AEEG evidenziava inoltre un possibile coordinamento tra le strategie dei *toller* di Edipower.

L'analisi dei dati forniti dall'AEEG effettuata dall'Autorità sembrava inoltre indicare l'esistenza di una forte correlazione tra i picchi del prezzo zonale siciliano nel periodo considerato e episodi di trattenimento di capacità da parte di EP. In particolare, l'Autorità evidenziava come EP avesse fissato il prezzo zonale siciliano nel mese di gennaio 2009 offrendo uno degli impianti siciliani a ciclo combinato alimentato a gas naturale ("CCGT") a prezzi superiori ai 200 €/MWh -largamente superiori ai costi variabili per tale tecnologia -, nonché riscontrava diversi episodi di possibile trattenimento economico di impianti turbogas<sup>40</sup>. Nelle ore in cui vi era stato trattenimento di capacità di CCGT si registravano prezzi superiori del 35% (a parità di margine di offerta), mentre in presenza di trattenimento di turbogas la differenza saliva al 60%.

A fronte di tali evidenze, l'Autorità, temendo che il trattenimento di capacità osservato fosse parte di una generale strategia messa in atto da EP per mantenere a livelli elevati il prezzo zonale siciliano nel 2008 e nel 2009, ha aperto un'istruttoria per presunto abuso di posizione dominante, sulla base della considerazione che il trattenimento di capacità costituisce una forma di limitazione dell'offerta a danno dei consumatori, come affermato anche dalla Commissione europea in un caso simile<sup>41</sup>. Contemporaneamente, l'Autorità ha aperto un ulteriore procedimento (TOLLING EDIPOWER) sul possibile coordinamento tra i *toller* di Edipower nella definizione delle offerte dell'impianto siciliano di San Filippo del Mela.

Nel giugno 2010 ENEL e EP hanno presentato impegni, successivamente integrati, ai sensi dell'articolo 14-ter della legge n. 287/90.

Tali impegni consistevano nella fissazione di un *bid-cap*, pari a 190 €/MWh per il 2011, alle offerte effettuate dalle unità di generazione di proprietà del gruppo ENEL localizzate in Sicilia, per il periodo 1/1/2011 - 31/12/2013. Il bid cap è indicizzato (per il 2012-2013) al prezzo del petrolio Brent e potrà essere rimodulato per tenere conto delle previste variazioni nel costo degli oneri ambientali. EP ha inoltre dichiarato la sua intenzione di attenersi per i CCGT siciliani ad una politica di massimizzazione delle quantità vendute.

L'Autorità ha ritenuto che gli impegni presentati potessero significativamente limitare l'esercizio da parte di ENEL del proprio potere di mercato attraverso il

<sup>39</sup> In un mercato - come il Mercato del Giorno Prima - in cui tutta l'energia acquistata è valorizzata al prezzo marginale, definito dall'offerta in corrispondenza della quale si incontrano domanda e offerta di energia elettrica (system marginal price), il trattenimento di capacità è volto a modificare il prezzo marginale, rendendo marginale un'offerta più costosa. Si definisce "trattenimento fisico" la differenza tra la capacità disponibile di una unità di generazione e la capacità offerta in vendita sul Mercato del Giorno Prima. Per "trattenimento economico" si intende invece l'offrire parte della capacità di generazione ad un prezzo molto elevato, tale da ridurre significativamente la probabilità che sia accettata in vendita. L'AEEG, nello specifico, ha classificato come "trattenimento economico" le quantità offerte, ma non accettate in vendita, ad un prezzo superiore al 95esimo percentile dell'appropriata distribuzione mensile dei prezzi e superiore al costo variabile di generazione dell'unità.

<sup>40</sup> Sia EP che E.ON Produzione SpA dispongono di turbogas a ciclo aperto in Sicilia. Pur trattandosi di una tecnologia di generazione particolarmente costosa, l'esistenza di concorrenza tra EP ed E.ON rendeva possibile l'identificazione di episodi di trattenimento di capacità.

<sup>41</sup> Cfr. la decisione della Commissione del 26 novembre 2008 nel caso COMP/39.388 - *German Electricity Wholesale Market*, §28.

trattenimento di capacità. Ciò alla luce delle seguenti considerazioni: i) la contestuale attuazione degli impegni assunti dai *toller* di Edipower nel procedimento TOLLING EDIPOWER - sulla base dei quali parte della capacità di San Filippo del Mela verrà offerta al costo variabile, che costituirà quindi un implicito *bid cap* per i CCGT di EP -, ii) l'impatto dell'ammontare delle coperture contrattuali dal rischio prezzo acquistate da ENEL sulla profittabilità futura di una strategia di trattenimento, iii) l'entrata in funzione in Sicilia di un nuovo ciclo combinato da 400 MW in diretta concorrenza con i CCGT di EP, iv) le evidenze emerse sulla misura del trattenimento fisico di EP e sull'assenza di significativi episodi di trattenimento fisico in Sicilia da parte di EP nel periodo considerato e v) il livello del *bid cap* - inferiore ai prezzi di offerta dei turbogas di EP nel 2009 e a quello al quale i CCGT erano stati offerti nelle ore del gennaio 2009 evidenziate in avvio, nonché alle offerte di EP che avevano fissato il prezzo in alcune situazioni di riduzione dei margini di offerta nel 2010. Conseguentemente l'Autorità ha deciso, nel dicembre 2010, di accettare gli impegni di EP e ENEL, rendendoli obbligatori, e di chiudere il procedimento senza accertare l'infrazione.

### *Intese*

#### *REPOWER ITALIA- PREZZO DISPACCIAMENTO ENERGIA ELETTRICA CENTRO SUD*

Nell'ottobre 2010, l'Autorità ha avviato un procedimento istruttorio nei confronti di EGL Italia Spa e della sua controllata Calenia Energia Spa, di Repower Italia Spa e della sua controllata SET Spa e di Tirreno Power Spa, al fine di accertare l'esistenza di eventuali violazioni dell'articolo 2 della legge n. 287/90.

EGL Italia Spa possiede la centrale termoelettrica a ciclo combinato di Sparanise (CE), la cui gestione operativa è affidata a Calenia Energia. Repower Italia Spa possiede la centrale a ciclo combinato di Teverola (CE), la cui gestione operativa è affidata a SET. Tirreno Power possiede la centrale a ciclo combinato di Napoli Levante.

L'Autorità - dopo aver ricevuto una segnalazione in cui si denunciava la formazione di un accordo anticompetitivo per offrire a turno nei fine settimana, a prezzi non concorrenziali, le centrali site nei pressi della centrale di Teverola (CE) - ha verificato sui dati pubblici disponibili sul sito del Gestore dei Mercati Energetici il verificarsi, a partire dalla metà del giugno 2010, di una apparente turnazione nelle offerte di accensione al minimo tecnico accettate dal gestore della rete di trasmissione nazionale, Terna Spa, sul mercato dei servizi di dispacciamento. Tale turnazione riguarderebbe gli impianti di Teverola, Sparanise e Napoli Levante (c.d. "*cluster campano*"). La presenza in servizio di almeno uno di tali impianti sarebbe infatti necessaria per il mantenimento della tensione sulla rete in Campania nelle ore di basso carico e nei giorni festivi. In questo senso, l'energia fornita da questi impianti non potrebbe essere sostituita dall'energia prodotta da impianti localizzati in altre aree geografiche.

L'Autorità ha rilevato che il mercato interessato è quello dei servizi di dispacciamento (MSD), articolato in una sessione di programmazione (MSD ex ante) e in una sessione in tempo reale (mercato del bilanciamento - MB). A seguito della riforma del gennaio 2010, gli operatori possono presentare

offerte separate per diverse tipologie di servizio richiesto da Terna, sia su MSD *ex ante*, che su MB. L'Autorità ha messo in luce che l'esistenza di offerte differenziate per i vari servizi potrebbe consentire di configurare mercati rilevanti distinti per ciascun servizio richiesto in MSD *ex ante* e in MB, al cui interno potrebbero essere effettuate ulteriori distinzioni in base alla tipologia di ore e, quindi, potrebbe essere identificato quale mercato rilevante distinto quello del servizio di accensione al minimo tecnico nei festivi. Per quanto riguarda l'estensione geografica del mercato in questione l'Autorità ha ritenuto che essa coincida con la zona Centro - Sud Italia. Tuttavia, in forza delle informazioni acquisite, è emerso che Terna nelle ore di basso carico debba necessariamente ricorrere per l'approvvigionamento al “cluster campano”, determinando una ancora più ridotta estensione geografica del mercato rilevante.

In considerazione del fatto che l'uguale ripartizione delle chiamate degli impianti da parte di Terna - per produrre al minimo tecnico e per mantenere la tensione nella rete - potrebbe configurare una intesa restrittiva della concorrenza volta alla ripartizione delle quantità, l'Autorità ha avviato un'istruttoria per accertare l'esistenza di eventuali violazioni dell'articolo 2 della legge n. 287/90 ad opera di EGL, Calenia Energia, Repower Italia, SET e Tirreno Power.

Al 31 dicembre 2010, l'istruttoria è in corso.

#### *TOLLING EDIPOWER*

Nel gennaio 2010 l'Autorità ha avviato un'istruttoria nei confronti della società Edipower Spa, delle società *toller* di Edipower Spa, A2A Trading Srl, Edison Trading Spa, Iride Mercato Spa (ora Iren Mercato Spa), Alpiq Energia Italia Spa, e delle rispettive controllanti che partecipano al capitale sociale di Edipower Spa, A2A SpA, Edison Spa, Iride Spa (ora Iren Spa) e Alpiq Holding Sa, al fine di accertare l'esistenza di eventuali violazioni dell'articolo 101 del TFUE nel mercato della vendita all'ingrosso di energia elettrica nella macrozona Sicilia.

Il procedimento è stato avviato a seguito di una segnalazione trasmessa dall'Autorità per l'Energia Elettrica e il Gas (“AEEG”) in esito alla chiusura dell'istruttoria conoscitiva sulle dinamiche di formazione dei prezzi dell'energia elettrica in Sicilia tra la fine del 2008 e gli inizi del 2009. In particolare, gli elevati livelli di prezzo osservati nel corso dell'indagine non apparivano completamente spiegabili dalle criticità strutturali del mercato siciliano (inadeguatezza del parco produttivo e vincoli tecnici della rete di trasmissione nazionale) né dalle eventuali differenze nella struttura dei costi di produzione tra gli impianti situati in Sicilia e nel resto del territorio nazionale, così come non sembravano giustificazioni sufficienti l'andamento del costo dei combustibili, rimasto omogeneo sul territorio nazionale, o le numerose avarie e indisponibilità del parco impianti che hanno caratterizzato il periodo in esame. L'analisi dell'AEEG si è quindi focalizzata sui comportamenti dei principali operatori del settore, rilevando un potenziale coordinamento nelle politiche di offerta tra i *toller* di Edipower, ipotesi tra l'altro avvalorata dai legami azionari esistenti tra tali soggetti.

Innanzitutto, i *toller* di Edipower avrebbero attuato nella macrozona Sicilia una strategia di trattenimento della capacità di generazione dal mercato

(*withholding*), sia di tipo economico che fisico, al fine di favorire la formazione di prezzi zonali di equilibrio più elevati. Il contributo al trattenimento dell'aggregato Edipower da parte di ciascun *toller* appariva largamente confrontabile con la rispettiva quota di ripartizione della capacità produttiva delle unità di generazione di Edipower nella macrozona Sicilia. L'analisi condotta ha rilevato altresì una sostanziale omogeneità nei profili orari di *withholding* dei *toller*, cosicché il trattenimento di energia si concentrava perlopiù nelle medesime ore della giornata per tutte e quattro le società.

Le evidenze a disposizione hanno portato a ipotizzare che i *toller* abbiano posto in essere un coordinamento finalizzato alla riduzione delle quantità offerte sul MGP (Mercato del Giorno Prima) al fine di innalzare il livello del prezzo zonale sul mercato siciliano. Dato che le offerte su MGP determinano gli acquisti e le vendite di Terna sul MSD (Mercato dei Servizi di Dispacciamento), quest'ultimo è stato considerato un mercato potenzialmente rilevante per la valutazione delle condotte oggetto dell'istruttoria. I livelli particolarmente alti del prezzo zonale nella Macrozona Sicilia, osservati anche nel corso di tutto il 2008 e del 2009, hanno indotto l'Autorità a verificare la sussistenza di un eventuale accordo tra i *toller* in una prospettiva temporale più ampia, comprendente almeno gli anni solari 2008 e 2009.

Nel maggio 2010 tutte le parti hanno presentato impegni, successivamente integrati, ai sensi dell'articolo 14-ter, comma 1, della legge n. 287/90, consistenti: i) nell'affidamento ad Edipower delle attività di approvvigionamento dei combustibili e della formulazione delle offerte di energia elettrica su MGP e su MSD relativamente alle unità produttive localizzate nella Macrozona Sicilia; ii) nell'adesione, per le medesime unità produttive - a partire dal 1° gennaio 2011 fino alla data di completamento del cavo di interconnessione Sorgente - Rizziconi di collegamento della Sicilia con il continente- al regime degli impianti essenziali di cui all'articolo 65 dell'Allegato A della delibera n. 111/06, come modificata dalla delibera ARG/elt 52/09 dell'AEEG, che prevede vincoli alle offerte formulate sia su MGP che su MSD a fronte dell'ammissione al reintegro dei costi; iii) nella disponibilità a proporre impegni di effetto equivalente a quelli sopra elencati nel caso in cui la disciplina sulle unità essenziali dovesse modificarsi, anche a causa di un eventuale accoglimento dei ricorsi pendenti relativi alla delibera ARG/elt 52/09 dell'AEEG.

A dicembre 2010 l'Autorità, anche a seguito del parere favorevole dell'AEEG e delle osservazioni pervenute nel corso del *market test*, ha ritenuto che gli impegni presentati fossero idonei a far venir meno le criticità concorrenziali evidenziate nel provvedimento di avvio. In particolare l'affidamento ad Edipower della gestione dell'impianto siciliano eliminava alla radice il rischio di coordinamento tra i *toller*; inoltre, l'impegno ad aderire al regime ordinario delle unità essenziali, in particolare alla luce del particolare regime di offerta di prezzo che tale regolazione prevede (a zero o al massimo al costo marginale) impediva la possibilità di reiterare condotte di trattenimento di capacità finalizzate ad incrementare i prezzi zonali siciliani. Conseguentemente, l'Autorità ha reso obbligatori tali impegni nei confronti delle parti e ha chiuso il procedimento senza l'accertamento dell'illecito.

## *Inottemperanze*

### *TOSCANA ENERGIA /TOSCANA ENERGIA GREEN*

Nel marzo 2010, l'Autorità ha concluso un procedimento istruttorio nei confronti della società Toscana Energia Spa (TE) per inottemperanza all'obbligo di comunicazione preventiva delle operazioni di concentrazione. L'operazione in questione, avvenuta nel gennaio 2009, riguardava l'acquisizione da parte di TE, dai soci privati di Toscana Energia Green Spa (TEG), della frazione del capitale sociale di quest'ultima non ancora in suo possesso (49%); ad esito dell'operazione TE deteneva quindi l'intero capitale sociale di TEG.

L'Autorità ha ritenuto che l'operazione, comportando il passaggio dal controllo congiunto al controllo esclusivo di un'impresa, costituisse una concentrazione ai sensi dell'articolo 5, comma 1, lettera b), della legge n. 287/90, e fosse quindi soggetta all'obbligo di comunicazione preventiva di cui all'articolo 16, comma 1, della medesima legge, dal momento che il fatturato totale realizzato, nell'ultimo esercizio a livello nazionale, dall'insieme delle imprese interessate era superiore alla soglia di cui al citato articolo.

Dalle informazioni pervenute è emerso che l'operazione di concentrazione è stata perfezionata in un momento anteriore rispetto a quello in cui ne è stata data comunicazione. Tenuto conto dell'assenza di dolo, della comunicazione spontanea, benché tardiva dell'operazione, della modesta incidenza concorrenziale e del lasso di tempo intercorso prima della comunicazione dell'operazione, l'Autorità ha comminato alla società Toscana Energia una sanzione amministrativa pecuniaria pari a 5 mila euro.

## *Separazioni societarie*

### *AGSM VERONA*

Nel gennaio 2010, l'Autorità ha concluso un procedimento istruttorio avviato nei confronti della società AGSM Verona Spa, ai sensi dell'articolo 8, comma 2-*sexies* della legge n. 287/90, per inottemperanza agli obblighi di cui ai commi 2-*bis* e 2-*ter* del medesimo articolo. AGSM Verona è titolare in esclusiva del servizio di gestione di illuminazione pubblica nel Comune di Verona ed è, dunque, impresa che esercita la gestione di servizi di interesse economico generale ai sensi dell'articolo 8, comma 2 della legge n. 287/90; essa è tenuta, ai sensi dell'articolo 8, comma 2-*bis* della legge, ad operare in mercati diversi da quelli in cui è titolare dell'esclusiva mediante società separate, nonché a darne preventiva comunicazione all'Autorità, ai sensi del comma 2-*ter* della medesima disposizione di legge.

L'istruttoria ha avuto origine da una richiesta di informazioni inviata dall'Autorità nei mesi di maggio e giugno 2009 in merito alle attività svolte da AGSM in regime di monopolio e in regime di concorrenza. Dalla documentazione successivamente acquisita è emerso che AGSM svolgeva in regime di concorrenza le seguenti attività: teleriscaldamento, gestione calore, servizi di connettività, produzione di energia elettrica anche da fonti rinnovabili, termovalorizzazione dei rifiuti; è risultato altresì che nell'esercizio di tali attività, AGSM operava in mercati

diversi da quelli in cui godeva del regime di esclusiva senza aver proceduto né alla separazione societaria, né alla comunicazione preventiva previste dalla legge.

Nel determinare l'ammontare della sanzione, l'Autorità ha tenuto conto del fatto che l'omissione della comunicazione preventiva era conseguenza diretta dell'ulteriore violazione da parte di AGSM dell'obbligo di operare tramite società separata. In considerazione dell'assenza di dolo, dell'assenza di precedenti violazioni della stessa natura, della piena collaborazione manifestata nel corso del procedimento nonché della disponibilità ad individuare rapidamente una soluzione, l'Autorità ha comminato a AGSM una sanzione amministrativa di 2 mila 500 euro.

### *Segnalazioni*

#### *RINNOVO DI CONCESSIONI DI GRANDE DERIVAZIONE D'ACQUA A SCOPO IDROELETTRICO*

Nel luglio 2010, l'Autorità ha inviato ai sensi dell'articolo 22 della legge n. 287/90 alcune osservazioni ai Presidenti di Senato e Camera, al Presidente del Consiglio dei Ministri, al Ministro dell'Economia e delle Finanze, al Ministro dello Sviluppo Economico, al Ministro dell'Ambiente e della Tutela del Territorio e del Mare, al Ministro per l'Attuazione del Programma di Governo, al Presidente della Conferenza Permanente per i Rapporti tra lo Stato le Regioni e le Province Autonome di Trento e Bolzano, ai Presidenti delle regioni Lombardia, Piemonte e Veneto in merito a possibili distorsioni concorrenziali nell'aggiudicazione delle concessioni idroelettriche di grandi derivazioni d'acqua in scadenza, derivanti da alcune proposte di modifica della vigente normativa contenute nel testo approvato in seconda lettura dal Senato del disegno di legge di conversione del decreto legge n. 78/10, recante "*Misure urgenti in materia di stabilizzazione finanziaria e competitività economica*".

In particolare, il testo approvato dal Senato introduceva: i) una proroga di cinque anni dei rapporti concessori in essere, al fine di "*consentire il rispetto del termine per l'indizione delle gare e garantire un equo indennizzo degli operatori economici per gli investimenti effettuati*"; ii) un'ulteriore proroga di sette anni (per complessivi dodici) per le concessioni in vigore al 31 dicembre 2010 ricadenti in tutto o in parte nei territori di alcune province del nord Italia, qualora i concessionari uscenti avessero conferito le proprie concessioni, anteriormente alla pubblicazione del relativo bando di gara, a società miste partecipate almeno al 30% e fino ad un massimo del 40% dalle stesse province o da società da esse controllate; iii) la previsione di idonee misure di compensazione territoriale, quale criterio da considerare in sede di gara per il rinnovo delle concessioni in scadenza.

Al riguardo, l'Autorità ha osservato in primo luogo che negli ultimi anni la materia delle concessioni idroelettriche era stata oggetto di una pluralità di interventi normativi, anche in conseguenza dell'avvio di due procedure di infrazione comunitaria, relative alla preferenza nel rinnovo di tali concessioni accordata in favore del concessionario uscente e/o degli enti strumentali delle province, nonché delle aziende degli enti locali. Al fine di rispondere ai rilievi mossi in sede comunitaria, la legge finanziaria 2006 ha modificato la normativa



prevedendo, tra l'altro, una proroga decennale per le concessioni in essere alla data di entrata in vigore della legge, purché fossero effettuati “*congrui interventi di ammodernamento degli impianti*”, proroga di cui nel 2008 la Corte Costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale.

Stante l'assenza di successivi interventi legislativi, l'Autorità ha osservato che la proroga di cinque anni contenuta nel disegno di legge appariva finalizzata a consentire lo svolgimento delle procedure ad evidenza pubblica nel rispetto di quanto previsto dal decreto legislativo n.79/1999 (che prevedeva che le gare fossero bandite cinque anni prima della scadenza delle concessioni). Pertanto, essa avrebbe dovuto essere applicata solo alle concessioni in scadenza al 31 dicembre 2010. Solo per queste concessioni, infatti, tale proroga appariva necessaria e proporzionata alle effettive esigenze di recupero degli investimenti imposti dalla normativa vigente. Nella medesima prospettiva, le concessioni in scadenza dal 2011 al 2015 avrebbero dovuto essere prorogate in ogni caso non oltre il 31 dicembre 2015, atteso che per esse sarebbe stato comunque garantito un lasso di tempo idoneo all'organizzazione delle procedure di gara. In tutti gli altri casi, e dunque per tutte le concessioni in scadenza successivamente al 2015, un'eventuale proroga sarebbe risultata invece del tutto ingiustificata, considerata l'esistenza di un lasso temporale più che adeguato a consentire la concreta organizzazione della gara e il recupero degli investimenti effettuati. Al riguardo, l'Autorità ha osservato come gli eventuali investimenti residui effettuati dal concessionario uscente e non pienamente ammortizzati avrebbero potuto essere posti a base d'asta nell'ambito della procedura ad evidenza pubblica per la scelta del nuovo concessionario.

Quanto alla ulteriore proroga di sette anni ad esclusivo beneficio degli operatori localizzati in alcune province del Nord, l'Autorità ha ritenuto che essa risultasse assolutamente ingiustificata, oltre che fortemente discriminatoria tra operatori localizzati in diversi contesti geografici. Inoltre, essa avrebbe fittiziamente reintrodotto una preferenza per il concessionario uscente e gli enti locali (e/o società di enti locali), che la procedura di infrazione comunitaria aveva inteso eliminare e che era stata già oggetto di rilievo in due precedenti interventi segnalatori dell'Autorità<sup>42</sup>.

Da ultimo, la previsione che introduceva la necessità di considerare “*idonee misure di compensazione territoriale*” nell'ambito della procedura ad evidenza pubblica risultava eccessivamente generica nella sua formulazione e, dunque, suscettibile di essere utilmente precisata. In particolare, l'Autorità ha ritenuto che sarebbe stato opportuno determinare tali misure tenendo conto delle specifiche caratteristiche e dimensioni dell'impianto e del suo effettivo impatto ambientale e territoriale. In tale ottica, un richiamo a criteri oggettivi avrebbe evitato infatti che gli ampi margini di discrezionalità lasciati alle Regioni potessero pregiudicare l'affermarsi di un contesto di pari opportunità per gli operatori interessati a investire nel settore e tradursi in ingiustificate restrizioni dell'accesso al mercato e discriminazioni tra operatori presenti in diversi contesti geografici.

<sup>42</sup> Segnalazione AS233 - “*Concessioni per lo sfruttamento di grandi derivazioni a scopo idroelettrico*”, 14 marzo 2002, in *Bollettino* n. 11/02; Segnalazione AS650 - “*Gestione della produzione di energia idroelettrica in Provincia di Bolzano*”, del 22 dicembre 2009, in *Bollettino* n. 51/09.

*COMPAGNIA VALDOSTANA DELLE ACQUE - NORMATIVA APPALTI*

Nel maggio 2010, l'Autorità ha reso un parere ai sensi dell'articolo 22 della legge n. 287/90 alla Presidenza del Consiglio dei Ministri in merito alla sussistenza dei presupposti di cui all'articolo 219 del decreto legislativo n. 163/06 recante *“Codice degli Appalti Pubblici di Lavori, Servizi e Forniture”* nell'ambito della procedura attivata dalla società Compagnia Valdostana delle Acque Spa. Ai sensi del citato articolo 219, rubricato *“Procedura per stabilire se una determinata attività è direttamente esposta alla concorrenza”*, la suddetta società aveva richiesto la non applicazione della normativa sugli appalti alle seguenti attività: produzione e vendita all'ingrosso di energia elettrica nel territorio della Repubblica Italiana o, in via subordinata, nel territorio della macrozona Nord e vendita al dettaglio ai clienti finali sul mercato libero dell'energia elettrica della Repubblica Italiana.

Dopo aver richiamato la normativa comunitaria di liberalizzazione, puntualmente recepita a livello nazionale, l'Autorità ha considerato innanzitutto il mercato della produzione e vendita all'ingrosso di energia elettrica come un mercato distinto dai mercati dei servizi di dispacciamento, ed ha inoltre ritenuto che tali mercati non avessero dimensione nazionale, continuando a persistere vincoli di rete che limitano il trasporto dell'energia elettrica tra il Nord e il Sud della penisola, nonché tra il Continente e le isole; nel caso in oggetto, il mercato rilevante andava, dunque, circoscritto alla Macrozona Nord, comprendente tutta l'Italia Settentrionale.

L'Autorità ha altresì osservato che i dati a disposizione permettevano di affermare che il mercato della produzione e vendita all'ingrosso di energia elettrica della macrozona Nord fosse un mercato aperto alla concorrenza, caratterizzato da livelli di concentrazione moderati e da un significativo grado di concorrenza, dovuto anche al fatto che nella macrozona Nord affluiva la quasi totalità delle importazioni di energia elettrica dai paesi esteri confinanti; tale grado di concorrenza si traduceva in un basso grado di indispensabilità dei singoli operatori e in un livello di prezzi che era storicamente il più basso tra tutte le aree in cui era stato diviso il sistema elettrico italiano.

Il mercato dei servizi di dispacciamento è risultato anch'esso aperto alla concorrenza, pur nelle sue peculiarità di funzionamento. In ogni caso, le più recenti innovazioni normative avevano introdotto forti limitazioni all'esercizio del potere di mercato in tale contesto. Inoltre, le regole di selezione degli impianti da cui acquistare le risorse per il bilanciamento, nonché le regole per la determinazione e il pagamento degli eventuali sbilanciamenti, sono apparse basate su criteri di merito economico e di neutralità, che impedivano discriminazioni tra gli operatori.

In relazione alla vendita di energia elettrica al dettaglio, l'Autorità ha individuato diversi mercati rilevanti, non coincidenti con quello preso a riferimento da Compagnia Valdostana delle Acque. Infatti, con riferimento ai grandi e medi clienti industriali e commerciali (allacciati in alta o media tensione), l'Autorità ha rilevato che il mercato della vendita di energia elettrica al dettaglio aveva dimensione nazionale e risultava aperto alla concorrenza da diversi anni.



Relativamente ai piccoli clienti domestici e non domestici, l'Autorità ha invece individuato distinti mercati di dimensione sub-nazionale, tenendo conto del fatto che per questi clienti era ancora molto forte il legame con le società di vendita collegate al distributore locale, dal quale tali clienti erano stati serviti alle condizioni del mercato vincolato fino al luglio 2007 e successivamente a quelle del servizio di maggior tutela; tale circostanza aveva facilitato il passaggio al mercato libero all'interno del medesimo gruppo societario, limitando quindi la concorrenza da parte dei venditori non integrati con il distributore locale.

Dai dati a disposizione è risultato inoltre che il mercato della vendita al dettaglio di elettricità ai piccoli clienti non domestici stava risentendo positivamente della completa liberalizzazione, registrando tassi di *switching* significativi che permettevano di qualificarlo come un mercato aperto alla concorrenza.

Per quanto riguarda, infine, la vendita di energia elettrica al dettaglio ai clienti domestici, nonostante la disponibilità, sia in ambito locale che su tutto il territorio nazionale, di offerte migliori di quella definita dal regolatore, l'Autorità ha sottolineato che la concorrenza sembrava svilupparsi più lentamente, soprattutto a causa degli elevati costi di cambiamento percepiti dai consumatori domestici, piuttosto che per un difetto di concorrenza potenziale ai venditori *incumbent* a livello locale. Nel complesso, quindi, l'Autorità non ha rilevato elementi che ostassero alla richiesta della società Compagnia Valdostana delle Acque.

#### *REGOLAMENTAZIONE IN MATERIA DI PRODUZIONE DI ENERGIA ELETTRICA DA FONTI RINNOVABILI E DISCIPLINA DELLA COSTRUZIONE ED ESERCIZIO DEI RELATIVI IMPIANTI*

Nell'aprile 2010 l'Autorità ha inviato alcune osservazioni, ai sensi degli articoli 21 e 22 della legge n. 287/90, al Presidente del Consiglio dei Ministri, al Ministro dello Sviluppo Economico, al Ministro dell'Ambiente e della Tutela del Territorio e del Mare, al Ministro per i Beni e le Attività Culturali, al Ministro dei Rapporti con il Parlamento, al Presidente della Conferenza Permanente per i Rapporti tra lo Stato, le Regioni e le Province Autonome di Trento e Bolzano, ai Presidenti delle Regioni e ai Presidenti delle Province Autonome di Trento e Bolzano in merito alla disciplina in materia di produzione di energia elettrica da fonti rinnovabili, con particolare riferimento al procedimento per l'autorizzazione alla costruzione ed esercizio dei relativi impianti.

L'Autorità ha innanzitutto ricordato che già nel 2003 il legislatore nazionale aveva previsto l'adozione di specifiche Linee guida volte a definire i principi per lo svolgimento del procedimento di rilascio dell'autorizzazione unica e per il corretto inserimento degli impianti eolici nel paesaggio. Nell'attesa che la regolamentazione nazionale fosse approvata, le Regioni hanno legiferato in modo autonomo, determinando contesti normativi significativamente diffusi, con particolare riguardo alle condizioni richieste per operare nel settore. Ciò si è tradotto in ostacoli diretti e indiretti all'accesso al mercato, nonché in ingiustificate distorsioni della concorrenza tra operatori localizzati in diverse aree del territorio nazionale.

In particolare, tra le criticità principali emerse dall'analisi delle leggi e degli atti di indirizzo emanati dalle Regioni che hanno ostacolato un pieno

sviluppo della produzione di energia da fonti rinnovabili, l'Autorità ha ricordato: la dispersione dei centri decisionali a causa della ripartizione delle competenze per il rilascio dell'autorizzazione unica tra Regioni, Province e Comuni; l'incertezza nei tempi del procedimento autorizzatorio; le restrizioni dirette nell'accesso al mercato ovvero le limitazioni quantitative all'installazione degli impianti, quali ad esempio il contingentamento della potenza massima autorizzabile e/o fissazione di un numero massimo di impianti autorizzabili, vincoli territoriali o paesaggistici, quali prescrizioni localizzative degli impianti o distanze minime di diversa entità da alcune aree o tra gli stessi impianti; le limitazioni indirette nell'accesso al mercato, derivanti dall'esistenza di richieste, difformi da regione a regione, di ulteriori requisiti/documentazione non previsti dalla normativa primaria di riferimento; l'imposizione di oneri economici (oneri di istruttoria, fideiussioni per il ripristino dei luoghi, misure di compensazione) ingiustificati o comunque eccessivi per il proponente; la subordinazione dell'autorizzazione unica ad atti o pareri aggiuntivi non previsti dalla normativa primaria; l'adozione di criteri di preferenza discriminatori nella scelta dei progetti in caso di situazioni di domande concorrenti.

Nei primi mesi del 2010, i Ministeri competenti hanno sottoposto una bozza di Linee guida ad un processo di consultazione pubblica dei soggetti economici interessati, nonché al confronto tecnico con le Regioni e gli enti locali. L'Autorità ha valutato positivamente tale documento nell'ottica di promuovere un'evoluzione concorrenziale del settore e ne ha auspicato una tempestiva approvazione in sede di Conferenza Unificata, raccomandando al contempo un corretto uso degli ampi spazi di discrezionalità riconosciuti alle amministrazioni regionali. Contestualmente, l'Autorità ha tuttavia rilevato che nella bozza di Linee guida residuavano alcune previsioni dalla formulazione eccessivamente generica, suscettibili di essere utilmente precisate, con particolare riferimento all'imposizione di taluni oneri economici per il proponente, quale condizione per il rilascio dell'autorizzazione unica e, segnatamente: *i)* gli oneri istruttori per lo svolgimento del procedimento unico; *ii)* la cauzione a garanzia dell'esecuzione delle opere di messa in pristino dei luoghi interessati, successivamente alla cessazione dell'attività; *iii)* le misure di compensazione a favore dei Comuni interessati.

Con riguardo all'eventuale imposizione di oneri istruttori, la bozza di Linee guida richiedeva alle Regioni che la loro determinazione avvenisse in base alle spese istruttorie, alla luce di "*principi di ragionevolezza, proporzionalità e non discriminazione della fonte utilizzata*", senza tuttavia meglio precisarne né l'entità, né le modalità di calcolo. Al riguardo, l'Autorità, dopo aver sottolineato che l'analisi delle discipline vigenti a livello regionale aveva evidenziato un ammontare eccessivo o comunque non giustificato degli oneri richiesti da alcune amministrazioni rispetto al valore complessivo dell'investimento, ha auspicato l'inserimento di un'indicazione circa l'importo massimo degli oneri, definito non in forma fissa ma in percentuale rispetto alla produzione annua stimata o alla potenza installata. L'Autorità ha altresì sottolineato l'opportunità che tali oneri fossero orientati ai costi effettivamente sopportati dall'amministrazione competente e che fosse espressamente prevista

una loro conoscibilità *ex ante* da parte del proponente, così da rendere trasparenti e non discriminatorie le condizioni di accesso al mercato e incentivare forme di concorrenza tra le diverse possibili localizzazioni.

Relativamente alla richiesta di una cauzione a garanzia dell'esecuzione degli interventi di dismissione degli impianti, la bozza di Linee guida prevedeva opportunamente che questa dovesse essere quantificata in base a parametri oggettivi riferiti agli effettivi costi delle operazioni di rimessa in pristino o delle misure di reinserimento e recupero ambientale del sito interessato. Al riguardo, l'Autorità ha evidenziato l'opportunità, nella concreta valutazione delle opere di ripristino, di prevedere l'intervento di soggetti terzi indipendenti, debitamente qualificati, al fine di assicurare una corretta quantificazione della cauzione ed evitare, anche sotto questo profilo, distorsioni nelle condizioni di accesso al mercato tra le diverse realtà locali.

Con riguardo infine all'imposizione di misure compensative, la bozza di Linee guida, pur fornendo principi generali da seguire nella definizione degli indirizzi per la concreta individuazione delle stesse, non prevedeva alcun valore in termini di tetto massimo. In proposito, l'Autorità ha osservato come tale circostanza fosse idonea ad incentivare fenomeni di (indebito) sovvenzionamento degli enti locali, che avrebbero potuto tradursi in discriminazioni tra operatori presenti in diversi contesti geografici, vanificando dunque l'obiettivo della realizzazione di un effettivo contesto di pari opportunità nelle modalità di accesso al settore.

La versione finale delle Linee guida, adottata nel luglio 2010 in sede di Conferenza Unificata Stato/Regioni, accoglieva integralmente le osservazioni formulate dall'Autorità nel descritto intervento di segnalazione.

#### *ASSEGNAZIONE DELLE QUOTE DI EMISSIONI DI CO<sub>2</sub> PER GLI IMPIANTI NUOVI ENTRANTI PER IL PERIODO 2008-2012*

Nell'aprile 2010, l'Autorità ha inviato alcune osservazioni, ai sensi dell'articolo 22 della legge n. 287/90, ai Presidenti di Senato e Camera, al Presidente del Consiglio dei Ministri, al Ministro dell'Economia e delle Finanze, al Ministro dell'Ambiente e della Tutela del Territorio e del Mare, al Ministro dello Sviluppo Economico e al Ministro dei Rapporti con il Parlamento in merito a possibili effetti distorsivi della concorrenza che sarebbero potuti derivare dall'esaurimento della riserva di quote di diritti a emettere CO<sub>2</sub> che la normativa vigente aveva destinato a titolo gratuito agli impianti termoelettrici "nuovi entranti" per il periodo 2008-2012 (cosiddetta "riserva nuovi entranti").

In via preliminare, l'Autorità ha ricordato di essere già intervenuta sulla materia nell'ottobre del 2006, evidenziando la portata anticoncorrenziale dello Schema di Piano Nazionale di Assegnazione delle quote di CO<sub>2</sub> per il periodo 2008-2012, allora sottoposto a consultazione pubblica. L'Autorità ha poi sottolineato che la successiva evoluzione del contesto normativo ha confermato le preoccupazioni allora espresse dall'Autorità, poiché la riserva destinata agli impianti nuovi entranti del settore elettrico è risultata in via di esaurimento, e comunque totalmente insufficiente per far fronte al fabbisogno stimato di quote di emissioni di CO<sub>2</sub> per gli impianti nuovi entranti. Inoltre,

L'Autorità ha posto in evidenza la mancata attuazione della disposizione contenuta nella legge finanziaria del 2008, che prevedeva l'istituzione di un apposito "*Fondo per la gestione delle quote di emissione di gas serra di cui alla direttiva 2003/87/CE*", da destinare all'acquisto di quote di CO<sub>2</sub> a favore dei nuovi entranti. In altri termini, il sottodimensionamento della "riserva nuovi entranti" non è stata compensata da alcun intervento correttivo del Governo, come invece era stato previsto.

L'Autorità ha rilevato che l'incertezza del quadro regolatorio per i nuovi entranti in merito all'effettiva disponibilità di un'adeguata riserva di quote di emissioni a titolo gratuito era suscettibile di incidere direttamente sulla loro operatività, da un lato ostacolandone ingiustificatamente l'accesso al mercato della generazione elettrica, dall'altro determinando effetti discriminatori tra questi ultimi e gli operatori esistenti. In particolare, una mancata o minore assegnazione di quote avrebbe obbligato il nuovo entrante a rivolgersi al mercato per acquisire i diritti di emissione, sostenendo quindi un onere aggiuntivo rispetto agli operatori che avevano già ricevuto le quote di emissione a titolo gratuito, e determinando dunque un aumento del suo costo variabile di produzione. Ciò è apparso tanto più rilevante considerando che tale situazione rischiava di svantaggiare l'offerta di impianti più nuovi e, almeno in linea di principio, tecnologicamente più efficienti, pregiudicando un'evoluzione positiva della complessiva struttura produttiva esistente, in termini di minori prezzi dell'energia elettrica.

L'Autorità ha pertanto auspicato una tempestiva soluzione delle problematiche evidenziate, sottolineando l'importanza che, nella concreta definizione dei criteri di accesso a meccanismi di compensazione che dovessero essere istituiti in futuro per far fronte alla mancata assegnazione della "riserva nuovi entranti", vengano rispettati i principi comunitari in materia di aiuti di Stato.

## GAS NATURALE

### *Abusi*

#### *COMUNE DI PRATO - ESTRA RETI GAS*

Nel dicembre 2010, l'Autorità ha avviato un'istruttoria al fine di accertare l'esistenza di eventuali comportamenti in violazione dell'articolo 102 del TFUE nei confronti di Estra Reti Gas Srl e della sua controllante Estra Srl. Il procedimento ha tratto origine dalla segnalazione del Comune di Prato, in cui è stato denunciato il rifiuto da parte del concessionario uscente del servizio di distribuzione del gas naturale, Estra Reti Gas, a fornire le informazioni necessarie alla predisposizione del bando di gara per il riaffidamento del servizio.

L'Autorità ha osservato che la realizzazione delle gare per il servizio di distribuzione del gas, secondo modalità idonee a favorire la più ampia partecipazione possibile, è un fattore di primaria importanza per realizzare compiutamente il processo di liberalizzazione fortemente voluto dal legislatore nel settore del gas. Considerato che il rifiuto a fornire le informazioni necessarie per indire la procedura di gara potrebbe ostacolare la concorrenza

per il mercato della distribuzione del gas, caratterizzata da condizioni di monopolio naturale, l'Autorità ha ritenuto che il comportamento di Estra Reti Gas e della sua controllata Estra potrebbe configurare un abuso di posizione dominante di natura escludente.

La fattispecie oggetto del procedimento è stata considerata dall'Autorità, in quanto suscettibile di condizionare la partecipazione alle gare per l'assegnazione dei servizi di distribuzione del gas di qualificati concorrenti sia nazionali che comunitari, idonea a pregiudicare il commercio intracomunitario, e quindi da valutarsi ai sensi dell'articolo 102 del TFUE.

L'Autorità ha contestualmente deliberato l'avvio di un sub-procedimento per l'eventuale adozione di misure cautelari ai sensi dell'art. 14 *bis* della legge 287/90. In particolare, quanto al *fumus boni iuris*, l'Autorità ha rilevato la probabilità della sussistenza delle condotte abusive poste in essere da Estra Reti Gas ed Estra. Ad una prima valutazione, infatti, almeno alcune delle informazioni non trasmesse da Estra Reti Gas, su indicazione di Estra, risultano indispensabili al fine di redigere il bando di gara. Sulla sussistenza del *periculum in mora*, l'Autorità ha considerato che le presunte condotte abusive poste in essere da Estra Reti Gas ed Estra appaiono idonee a rinviare nel tempo la concorrenza "per" il mercato dei servizi di distribuzione del gas naturale nel Comune di Prato. In particolare, le condotte delle due società, risalendo la prima richiesta del Comune al 10 maggio 2010, avevano già ritardato di molti mesi ed impedivano l'indizione della gara, non consentendo così che il servizio potesse essere riaffidato alla scadenza della vigente concessione, ovvero a far data dal 1° gennaio 2011.

Al 31 dicembre 2010, sia il procedimento principale che il sub-procedimento per l'eventuale adozione di misure cautelari sono in corso.

#### *COMUNI VARI- ESPLETAMENTO GARE AFFIDAMENTO SERVIZIO DISTRIBUZIONE GAS*

Nell'ottobre 2010, l'Autorità ha avviato un'istruttoria al fine di accertare l'esistenza di eventuali comportamenti in violazione dell'articolo 102 del TFUE nei confronti di Italgas Spa, società interamente controllata da Snam Rete Gas Spa, a sua volta soggetta al controllo esclusivo di Eni Spa. Il procedimento ha tratto origine dalle segnalazioni dei Comuni di Roma e di Todi, che hanno denunciato il ritardo o il rifiuto da parte di Italgas nel fornire le informazioni necessarie alla predisposizione dei bandi di gara per l'affidamento del servizio di distribuzione del gas. I Comuni di Roma e di Todi hanno affidato il servizio di distribuzione del gas nei rispettivi territori comunali alla società Italgas mediante convenzioni, la cui originaria scadenza è stata ridotta *ope legis* al 31 dicembre 2009, conformemente alle modifiche legislative intervenute.

In prossimità della scadenza dei contratti, i Comuni hanno richiesto e non ottenuto, o ottenuto solo parzialmente dalla concessionaria Italgas, la documentazione necessaria per l'espletamento della gara per la distribuzione del gas.

Ricevuta la segnalazione, l'Autorità ha inviato al Ministero dello Sviluppo Economico una richiesta di informazioni diretta ad acquisire una valutazione tecnica circa il set informativo minimo che il gestore uscente dovrebbe fornire

all'ente locale concedente per la riallocazione del titolo concessorio. Dalle risposte pervenute è emerso che, ai sensi dell'articolo 4 dello schema di un emanando regolamento sui criteri di gara, alcune delle informazioni che Italgas ha rifiutato di trasmettere ai Comuni figurano tra quelle che i gestori dovrebbero obbligatoriamente fornire all'ente locale concedente, quali ad esempio i documenti relativi allo stato di consistenza dell'impianto, all'entità dei contributi pubblici ricevuti, e alle schede tariffarie. L'Autorità ha osservato che in un mercato con caratteristiche di monopolio naturale, quale è quello della distribuzione del gas, l'effettiva contendibilità dipende esclusivamente dalla realizzazione delle gare per la riallocazione delle vigenti concessioni (concorrenza "per" il mercato) ed è strettamente legata alle modalità di predisposizione del bando di gara, che deve essere formulato in modo da evitare ogni indebito vantaggio concorrenziale a favore dell'*incumbent*. Tale vantaggio può consistere anche nel possesso di informazioni necessarie alla formulazione di un'offerta realmente competitiva.

La mancanza di alcune informazioni, al di là della loro stretta essenzialità per poter predisporre il bando di gara, può infatti incidere sulla "qualità complessiva" dell'offerta presentata dai concorrenti dell'*incumbent* una volta predisposto il bando, se non addirittura sugli incentivi a partecipare alla gara da parte di altri concorrenti. L'Autorità ha ritenuto che il comportamento di Italgas potrebbe quindi configurare un abuso di posizione dominante di natura escludente, diretto ad ostacolare la concorrenza *per* il mercato della distribuzione del gas ed esso assume una particolare rilevanza concorrenziale sia perché avviene in un contesto nel quale per la prima volta si intendono adottare procedure di gara per l'affidamento del servizio di distribuzione del gas, sia perché riguarda un comune, quale quello di Roma, che è il più grande comune italiano e la cui gara riveste un'importanza assoluta in termini economici e strategici per gli operatori concorrenti.

Inoltre, il mancato o carente invio dei documenti necessari per la predisposizione del bando di gara, secondo l'Autorità, costituisce una condotta idonea a pregiudicare il commercio intracomunitario e, conseguentemente, ad integrare gli estremi per una violazione di cui all'articolo 102 del TFUE. Ciò considerato, l'Autorità ha ritenuto necessario avviare un'istruttoria nei confronti della società Italgas Spa per accertare l'esistenza di violazioni dell'articolo 102 del TFUE.

Nel dicembre 2010 l'Autorità ha deliberato l'avvio di un sub-procedimento per l'eventuale adozione di misure cautelari ai sensi dell'articolo 14 *bis* della legge 287/90. In particolare, quanto al *fumus boni iuris*, l'Autorità ha rilevato la probabilità della sussistenza delle condotte abusive poste in essere da Italgas. Ad una prima valutazione, infatti, almeno alcune delle informazioni non trasmesse da Italgas risultano indispensabili al fine di redigere il bando di gara. Sulla sussistenza del *periculum in mora*, l'Autorità ha considerato che le presunte condotte abusive poste in essere da Italgas appaiono idonee a rinviare nel tempo la concorrenza "per" il mercato dei servizi di distribuzione del gas naturale nei Comuni di Roma e Todi. In particolare, le condotte della società hanno già ritardato di molti mesi ed impediscono tuttora l'indizione delle gare,



non consentendo così che il servizio possa essere riaffidato alla scadenza della vigenti concessioni, ovvero a far data dal 1° gennaio 2011.

Al 31 dicembre 2010, sia il procedimento principale sia il sub-procedimento cautelare sono ancora in corso.

#### *ENI - TRANS TUNISIAN PIPELINE COMPANY - RIDETERMINAZIONE DELLA SANZIONE*

Nel maggio 2010, l'Autorità ha avviato un procedimento istruttorio per la rideterminazione della sanzione irrogata alla società Eni Spa con il provvedimento n. 15174 del 15 febbraio 2006, per una violazione dell'articolo 82 del Trattato CE (ora 102 del TFUE) posta in essere tramite la sua controllata Trans Tunisian Pipeline Company Ltd (TTPC) e consistente nell'aver interrotto la procedura di potenziamento del gasdotto TTPC, da tempo avviata, per la quale erano già stati firmati contratti di trasporto *ship or pay* con alcuni *shipper*, con l'obiettivo di mantenere inalterati i volumi venduti sul mercato dell'approvvigionamento all'ingrosso di gas naturale.

Il TAR del Lazio aveva, infatti, parzialmente annullato il provvedimento dell'Autorità nella parte relativa all'entità della sanzione irrogata, in ragione di un vizio di carenza motivazionale; in particolare, il giudice amministrativo aveva ritenuto che l'Autorità, nell'ambito del giudizio di gravità qualificata dell'infrazione, non avesse svolto argomentazioni tese a dimostrare l'"incontestabilità" dell'abuso, ma si fosse invece limitata a sostenere che comportamenti di esclusione quale quello accertato, posti in essere da un'impresa in posizione dominante sul mercato rilevante dell'approvvigionamento all'ingrosso di gas naturale, nonché in posizione monopolistica nella fase a monte del trasporto internazionale del gas importato, costituissero di per sé una violazione molto grave delle norme a tutela della concorrenza.

Restando impregiudicato l'esercizio del potere sanzionatorio, l'Autorità aveva quindi deliberato l'avvio di un'istruttoria al fine di rideterminare la sanzione nei confronti di Eni.

Nel corso di tale procedimento, tuttavia, con sentenza n. 9306 depositata in data 20 dicembre 2010, il Consiglio di Stato si è espresso sulla vicenda. In particolare il giudice di secondo grado ha proceduto a rideterminare la sanzione irrogata ad ENI in una percentuale dello 0,10% del fatturato e ha ritenuto di potersi applicare, in considerazione del ravvedimento operoso, un abbattimento del 65%, pervenendo così ad una sanzione pecuniaria pari a 20 milioni 405 mila euro.

#### *Intese*

##### *MANUTENZIONE IMPIANTI TERMICI COMUNE DI POTENZA*

Nel novembre 2010, l'Autorità ha avviato un'istruttoria nei confronti di Confartigianato Associazione degli Artigiani della Provincia di Potenza, Confindustria Basilicata, Confcooperative Basilicata, API Basilicata e UIL Basilicata, al fine di accertare l'esistenza di eventuali comportamenti in violazione dell'articolo 2 della legge n. 287/90. Il procedimento è stato avviato, a seguito della segnalazione dell'Associazione Tutor dei Consumatori, in merito

a un accordo finalizzato alla determinazione del prezzo che i titolari di utenza di gas presenti sul territorio del Comune di Potenza devono corrispondere per la manutenzione obbligatoria dei propri impianti termici. Il segnalante ha denunciato altresì l'istituzione di un elenco delle ditte convenzionate che aderiscono all'accordo.

In particolare, nel luglio 2007 le associazioni di categoria sopra elencate e il Comune di Potenza hanno firmato un Protocollo d'Intesa di durata biennale, ma rinnovabile tacitamente. Detto Protocollo definisce un Contratto Tipo di durata biennale per la manutenzione degli impianti termici di potenza inferiore a 35 kw per i quali il d.P.R. n. 412/93, come modificato dal d.P.R. n. 551/99, prevede una manutenzione annuale, nonché verifiche dei rendimenti di combustione. Il Contratto Tipo fissa il corrispettivo per la manutenzione annuale definendo, altresì, i criteri per lo svolgimento e la definizione del prezzo della manutenzione non programmata.

Il Protocollo d'Intesa prevede altresì che le ditte che intendano aderire al disciplinare presentino una richiesta al Comune unita a documentazione che comprovi il possesso dei requisiti di legge. Il Comune provvede poi ad inserire in un elenco, disponibile sul proprio sito *internet*, i nominativi delle ditte convenzionate. Ad oggi, risulta che le ditte che hanno aderito all'accordo siano 43.

L'Autorità ha ritenuto che l'adesione delle associazioni di categoria al Protocollo d'Intesa presupponesse un autonomo coordinamento tra le associazioni firmatarie e che il Contratto Tipo incidesse sia sul prezzo dell'attività di manutenzione obbligatoria degli impianti termici di potenza inferiore ai 35 kw che sulle modalità e sui parametri di prezzo dell'attività non programmata. Di conseguenza, l'Autorità ha ritenuto che il Protocollo d'Intesa e il Contratto Tipo potessero risultare idonei ad ostacolare il libero dispiegarsi della concorrenza, di prezzo e non di prezzo, nel mercato della verifica del rendimento di combustione e manutenzione degli impianti termici nel Comune di Potenza. In considerazione del fatto che le associazioni di categoria aderenti sono quelle più rappresentative e che le ditte convenzionate costituiscono almeno il 30% di quelle presenti sul mercato rilevante, l'intesa è stata considerata consistente e, dunque, suscettibile di essere valutata ai sensi dell'articolo 2 della legge n. 287/90. Al 31 dicembre 2010, l'istruttoria è in corso.

### ***Segnalazioni***

#### ***BANDO DI GARA PER LA FORNITURA DI GAS NATURALE E DEI SERVIZI CONNESSI PER LE PUBBLICHE AMMINISTRAZIONI***

Nel novembre 2010, è pervenuta una richiesta di parere ai sensi dell'articolo 22 della legge n. 287/90 da parte del Ministero dell'Economia e delle Finanze, in merito allo schema di bando di gara predisposto da Consip Spa per la fornitura di gas naturale e servizi connessi.

Sulla base della documentazione di gara, l'Autorità ha riscontrato che il contenuto del bando ed il relativo disciplinare erano sostanzialmente in linea con gli orientamenti espressi nei precedenti pareri e nelle proprie segnalazioni

in materia. In particolare, l'ammissibilità della partecipazione alla gara tramite il ricorso al raggruppamento temporaneo di impresa (RTI), ai consorzi e all'avvalimento solo nel caso in cui le imprese non possedano, singolarmente, i requisiti tecnico-finanziari richiesti, risulta coerente con il principio di garantire la più ampia partecipazione possibile alla gara, senza, peraltro, falsare le dinamiche concorrenziali che si dovrebbero realizzare per l'aggiudicazione delle commesse.

*MISURE PER LA MAGGIOR CONCORRENZIALITÀ NEL MERCATO DEL GAS NATURALE ED IL TRASFERIMENTO DEI BENEFICI RISULTANTI AI CLIENTI FINALI*

Nel maggio 2010, l'Autorità ha inviato, ai sensi dell'articolo 21 della legge n. 287/90, alcune osservazioni al Presidente del Senato, al Presidente della Camera, al Presidente del Consiglio, al Ministro per lo Sviluppo Economico, al Ministro per l'Attuazione del Programma di Governo, al Presidente della X Commissione Parlamentare (Attività Produttive, Commercio e Turismo) della Camera e al Presidente della X Commissione Parlamentare (Industria, Commercio e Turismo) del Senato in merito allo schema di decreto legislativo recante *"Misure per la maggior concorrenzialità nel mercato del gas naturale ed il trasferimento dei benefici risultanti ai clienti finali, ai sensi dell'articolo 30 commi 6 e 7 della Legge 23 luglio 2009, n. 99"*.

Su un piano generale, l'Autorità ha apprezzato che le misure contenute nello schema di decreto fossero coerenti con le conclusioni dell'indagine conoscitiva sull'attività di stoccaggio di gas naturale svolta di concerto dall'Autorità per l'energia elettrica e il gas e dalla stessa Autorità; l'Autorità ha ritenuto in particolare che tali misure rappresentavano un'adeguata sintesi tra le generali esigenze di investimento al fine di potenziare in tempi brevi la capacità di stoccaggio di gas naturale in Italia - sebbene ciò si sarebbe attuato in prevalenza con investimenti effettuati dall'*incumbent* nazionale ENI - e quelle più specifiche degli operatori terzi interessati a realizzare nuovi progetti di sviluppo di capacità di stoccaggio.

Ciò nondimeno, l'Autorità ha richiamato l'attenzione su taluni aspetti generali della bozza di provvedimento suscettibili di essere migliorati. In primo luogo, l'Autorità ha rilevato che il decreto avrebbe permesso ad una particolare categoria di clienti finali, i c.d. soggetti investitori, caratterizzati da un elevato prelievo di gas naturale, di usufruire da subito dei vantaggi derivanti dai nuovi stoccaggi (individuati dal differenziale di prezzo tra il gas invernale ed il gas estivo). Tale anticipazione degli effetti benefici si sarebbe tradotta in un incremento delle tariffe di trasporto a carico della generalità dei consumatori di gas, prevedendo tuttavia un meccanismo che, in un secondo momento e attraverso la riduzione delle tariffe di distribuzione, avrebbe condotto a un rimborso per alcune categorie di consumatori. A tal proposito, l'Autorità ha chiesto di non traslare sui consumatori finali il costo delle agevolazioni erogate ai soggetti investitori.

In secondo luogo, l'Autorità ha osservato che nello schema di decreto era presente un numero eccessivo di rinvii a futuri interventi di natura regolamentare,

allo scopo di specificare le norme in esso contenute, e che ciò avrebbe accresciuto eccessivamente l'incertezza *ex ante* a carico del mercato e dei soggetti istituzionali. In considerazione di ciò, l'Autorità ha auspicato una revisione del decreto in modo da specificare da subito il maggior numero possibile di previsioni.

Con riguardo invece al contenuto specifico della bozza di provvedimento, l'Autorità ha ritenuto che alcune previsioni presentassero delle criticità di natura concorrenziale e fossero suscettibili di ostacolare la piena realizzazione degli obiettivi di aumento della competitività del sistema nazionale del gas.

In particolare, l'articolo 3 dello schema di decreto individuava le soglie in termini di “*quota di mercato all'ingrosso*” al superamento delle quali le società che immettono gas nel sistema nazionale sono tenute ad adottare le misure per la maggior concorrenzialità del mercato del gas previste all'articolo 5; la metodologia di calcolo di tale quota non era tuttavia individuata puntualmente nello schema di decreto, ma rimandata a un successivo provvedimento del Ministero dello Sviluppo Economico. L'Autorità ha rilevato che, al fine di consentire la verifica dell'eventuale superamento delle soglie da parte delle imprese e, quindi, anche la cogenza degli obblighi previsti dal decreto, era necessario che la soglia fosse calcolata in modo chiaro e sulla base di dati incontrovertibili e conoscibili *ex ante*.

L'articolo 6, comma 3, dello schema di decreto prevedeva poi che i soggetti investitori, per utilizzare la nuova capacità di stoccaggio, potessero affidare mandato a imprese attive nel settore gas (c.d. *shipper*), ivi inclusa l'impresa che si impegna a sviluppare la nuova capacità di stoccaggio; tale previsione era assistita dall'introduzione di una competenza in capo all'Autorità di verificare la posizione sul mercato del gas naturale delle imprese *shipper* mandatarie. Al riguardo, l'Autorità ha osservato che il testo della norma risultava lacunoso, poiché non specificava se la valutazione della posizione del mandatario, nel caso in cui questi fosse stato il soggetto *incumbent*, avrebbe potuto determinare il divieto del mandato stesso. A tal proposito, l'Autorità ha ritenuto che sarebbe stato preferibile introdurre un'incompatibilità assoluta tra il ruolo di soggetto obbligato allo sviluppo di nuova capacità di stoccaggio e il ruolo di mandatario dei soggetti investitori per l'utilizzo di tale nuova capacità. Diversamente, l'*incumbent* Eni, anche grazie alla sua attuale posizione di forza nel settore del gas, sarebbe potuto risultare mandatario per una quota rilevante della nuova capacità di stoccaggio, vanificando quindi gli effetti pro-concorrenziali del decreto.

Inoltre, lo schema di decreto prevedeva all'articolo 5, comma 1, lett. *b*, che il soggetto che si fosse impegnato allo sviluppo di nuova capacità di stoccaggio avrebbe potuto, in alternativa all'adozione delle misure anticipatorie di cui all'articolo 9, comma 2, dello schema di decreto, corrispondere al Gestore dei Servizi Energetici un importo pari a 50 milioni di euro, a titolo di compensazione del maggior onere sostenuto da quest'ultimo per l'attuazione, in luogo del soggetto obbligato, delle medesime misure. Tale tetto massimo alla spesa gravante sull'*incumbent* era progressivamente ridotto in ragione della realizzazione della nuova capacità di stoccaggio. Dal punto di vista

concorrenziale, le misure anticipatorie comportano un onere annuo per il soggetto che si impegna allo sviluppo di nuova capacità di stoccaggio, e costituiscono quindi un incentivo a completare l'opera in tempi rapidi. In tale prospettiva, l'Autorità ha ritenuto preoccupante il fatto che nello schema di decreto fosse stato fissato un tetto massimo a tale onere, con il rischio che ciò potesse ridurre gli incentivi a realizzare nel più breve tempo possibile gli investimenti, rispetto a una situazione in cui il costo della misura anticipatoria non fosse noto *ex ante*. L'Autorità ha quindi auspicato l'eliminazione di tale tetto massimo, cosicché il rischio connesso all'incertezza del peso della misura anticipatoria fosse mantenuto in capo al soggetto obbligato.

Infine, come ulteriore meccanismo teso a incentivare la realizzazione dell'investimento nei tempi prestabiliti, lo schema di decreto prevedeva un potere sanzionatorio in capo all'Autorità nei casi di parziale, incompleto o mancato adempimento degli obblighi previsti nel programma approvato dal Ministero dello Sviluppo Economico. Al riguardo, l'Autorità ha tuttavia sottolineato che tale potere sanzionatorio, per essere un efficace deterrente, avrebbe dovuto essere più chiaramente definito. In tale ottica, ha suggerito di modificare il comma 5 dell'articolo 6 in modo da prevedere uno specifico ruolo di consulenza tecnica degli Uffici del Ministero dello Sviluppo Economico all'interno del procedimento istruito dall'Autorità, così da sottoporre a verifica eventuali motivazioni tecniche addotte dal soggetto obbligato a giustificazione di ritardi nella realizzazione del piano di potenziamento degli stoccaggi.

#### *COMUNE DI MAROSTICA (VC) - SERVIZIO DI DISTRIBUZIONE DEL GAS*

Nel marzo 2010, l'Autorità ha trasmesso, ai sensi dell'articolo 21 della legge n. 287/90, alcune osservazioni al Comune di Marostica in merito alle distorsioni concorrenziali derivanti da alcune disposizioni contenute nel bando di gara per l'affidamento del servizio di distribuzione del gas all'interno dello stesso comune. In particolare, il bando prevedeva che, in caso di partecipazione in associazione temporanea di imprese, il requisito dello svolgimento in via diretta del servizio in un comune o in più comuni con un numero di utenti serviti non inferiore a 4 mila dovesse essere posseduto sia dall'impresa mandataria che da ciascuna delle imprese mandanti.

In proposito, l'Autorità, dopo aver richiamato la finalità pro-concorrenziale dell'istituto del raggruppamento temporaneo di imprese, ha rilevato, in primo luogo, come la richiesta tanto all'impresa mandataria quanto a ciascuna impresa mandante di soddisfare tutti i requisiti tecnico-economici previsti dal bando vanificasse la *ratio* stessa del raggruppamento temporaneo di imprese e l'obiettivo di accrescere il confronto in sede di gara, in quanto impediva alle imprese di piccole dimensioni, che da sole non sarebbero riuscite a soddisfare i requisiti richiesti dal bando, di partecipare alla gara unendo i propri mezzi. L'Autorità ha altresì osservato che la previsione in oggetto discriminava tra concorrenti singoli e raggruppamenti temporanei di imprese, prevedendo per questi ultimi requisiti di gran lunga superiori a quelli

richiesti ai primi e producendo così il paradossale effetto di consentire la costituzione di un raggruppamento temporaneo tra due o più imprese capaci, ciascuna autonomamente, di soddisfare i requisiti tecnico-finanziari richiesti per poter partecipare alla gara. Tutto ciò implicava che non solo il raggruppamento temporaneo di imprese non era utilizzato per conseguire gli obiettivi pro-concorrenziali suoi propri, ma che lo stesso si prestava a diventare strumento di distorsione della concorrenza, escludendo *tout court* i piccoli operatori e legittimando invece la partecipazione di aggregazioni di imprese sovradimensionate rispetto alle esigenze della gara.

L'Autorità ha quindi sollecitato il Comune di Marostica a tenere in debita considerazione tali principi concorrenziali nella redazione del bando di gara.

#### *COMUNE DI ROSIGNANO MARITTIMO - SERVIZIO DI DISTRIBUZIONE DI GAS NATURALE*

Nel febbraio 2010, l'Autorità ha reso, ai sensi dell'articolo 22 della legge n. 287/90, un parere richiesto dal Comune di Rosignano Marittimo in merito alla possibilità di riconoscere un contributo annuale *una tantum* ai residenti di una frazione di detto Comune a titolo di parziale indennizzo per la mancata metanizzazione della relativa area del territorio comunale.

Sul punto l'Autorità ha ritenuto influente, dal punto di vista concorrenziale, la prefigurata misura di compensazione, laddove destinata solo ad utenti domestici, configurandosi essa invece quale aiuto di Stato laddove fosse stata destinata anche ad utenti non domestici.

In tale ultima eventualità, l'Autorità ha osservato che, pur rientrando la valutazione della compatibilità con la concorrenza degli aiuti di Stato nelle competenze delle istituzioni comunitarie, la marginalità del contributo considerato, al disotto della soglia "de minimis" di cui al regolamento n. 1998/2006 della Commissione, la sua natura strettamente compensativa, il limitato periodo di erogazione e l'esiguità del numero di utenze coinvolte consentivano di non considerarlo distorsivo della concorrenza.

#### *RICHIESTE DI PARERE DA PARTE DI DIVERSI ENTI LOCALI SULLE CONCESSIONI PER LA DISTRIBUZIONE DEL GAS*

Nel corso del 2010, sono pervenute all'Autorità, da parte di diversi enti locali (Comune di Feltre, Comune di Grottammare, Città di Bari, Comune di Avellino, Comune di Castel D'Azzano, Comune di San Nicandro Garganico, Comune di Sannazzaro de Burgundi, Comune di Rosignano Marittimo), altrettante richieste di parere ai sensi dell'articolo 22 della legge n. 287/90 relative all'interpretazione della vigente normativa sulla distribuzione del gas, e in particolare sulla legittimità delle proroghe delle concessioni per tale servizio.

In questi casi l'Autorità, premettendo che non rientra tra i propri compiti istituzionali fornire un'interpretazione autentica delle norme vigenti o entrare nel merito di casi specifici sui quali è chiamato a pronunciarsi il giudice amministrativo, ha ritenuto di esprimersi solo su questioni di carattere generale che potessero investire profili di tutela della concorrenza, fornendo interpretazioni



orientative. In particolare, chiamata a pronunciarsi sulla legittimità delle succitate proroghe di concessione, l'Autorità ha specificato che, in via generale, la proroga, dilatando l'arco temporale di affidamento della concessione in assenza di gara, è idonea a prolungare nel tempo il differimento dell'applicazione dei principi concorrenziali nel settore del gas ed ha un carattere del tutto eccezionale. L'Autorità ha, pertanto, auspicato un utilizzo dell'istituto negli stretti limiti e ipotesi tassative previste dalle normative vigenti al fine di evitare ingiustificate alterazioni della concorrenza.

Ulteriori quesiti sono stati posti dagli enti locali relativamente all'interpretazione della disciplina del periodo transitorio per gli affidamenti e le concessioni dei servizi di distribuzione del gas naturale, rientranti nell'ambito di applicazione della normativa in materia di metanizzazione del Mezzogiorno (art. 23, comma 4, del d.l. n. 273/2005, convertito nella legge n. 51/2006), che prevede che le concessioni e gli affidamenti relativi agli impianti realizzati tramite finanziamenti statali per la metanizzazione siano sottoposti a una speciale normativa nell'ambito della disciplina generale del periodo transitorio prevista per l'attività di distribuzione del gas naturale. Tale normativa speciale consente, in ragione della specifica esigenza di tener conto del tempo necessario per la costruzione delle reti, ai soggetti che hanno realizzato gli impianti di proseguire nella gestione del servizio fino al dodicesimo anno decorrente dalla data di entrata in vigore del decreto legislativo n. 164/2000, oppure, se successiva a tale decreto legislativo, dalla data di entrata in vigore del decreto del Ministero dell'Economia e delle Finanze, di approvazione delle risultanze finali dell'intervento.

Al riguardo, l'Autorità ha ritenuto che tale normativa avesse un carattere del tutto eccezionale e in quanto tale, laddove fossero sussistenti i presupposti legittimi di applicazione della stessa, non confliggesse con la disciplina generale, né tanto meno con gli orientamenti espressi dalla stessa Autorità relativamente a quest'ultima.

Con riferimento poi ai limiti di applicazione di tale speciale disciplina, in particolare in relazione ai casi in cui l'ente locale, e di conseguenza il concessionario, abbiano beneficiato del finanziamento previsto dall'art. 11 della legge n. 784/1980 per la realizzazione solo di un tratto esiguo di rete, l'Autorità ha ritenuto che non apparisse proporzionato e ragionevole accordare tale favore relativamente a qualsiasi intervento finanziato, a prescindere dalla sua entità ed ha ritenuto preferibile un'interpretazione restrittiva della disposizione in esame.

Da ultimo, un ulteriore quesito riguardava la possibilità per gli enti locali di esperire le procedure di gara nelle more della determinazione degli ambiti territoriali minimi da parte del Ministero dello Sviluppo Economico. Al riguardo l'Autorità ha sostenuto che l'interpretazione favorevole al blocco delle gare fino alla determinazione dei suddetti ambiti si poneva in contrasto con il principio comunitario di concorrenza. Pertanto, pure a fronte di un quadro normativo incerto, l'Autorità ha ritenuto preferibile propendere, quantomeno, per la soluzione della facoltatività, nell'ambito della quale i Comuni sono liberi di scegliere se indire le gare o attendere la definizione degli ambiti.

Con riguardo, poi, alla possibilità di conciliare un'eventuale proroga della concessione fino al 2012 con la definizione dei nuovi ambiti di gara, l'Autorità ha sottolineato come, allo stato, non fosse possibile fornire alcuna chiara indicazione al riguardo, in considerazione del fatto che la normativa *de qua* era in continua evoluzione e non era possibile sapere né quando il decreto ministeriale di definizione degli ambiti sarebbe stato emanato, né come il Ministero dello Sviluppo Economico intendesse coniugare le diverse scadenze degli affidamenti con la gara d'ambito.

L'Autorità, tra le varie questioni poste, ha ritenuto che avesse una rilevanza concorrenziale quella riguardante la scelta dell'ente locale, nelle more della definizione degli ambiti da parte dei ministeri competenti, tra la costituzione di una società mista con individuazione del socio di minoranza mediante gara a doppio oggetto e la costituzione di una società senza il ricorso a procedure di evidenza pubblica per la scelta del socio. Al riguardo, l'Autorità ha sottolineato che è principio ormai consolidato, sia in ambito comunitario che nazionale, l'equiparazione tra l'affidamento mediante gara e l'affidamento a società mista appositamente costituita con un socio privato scelto mediante procedura ad evidenza pubblica che abbia ad oggetto, al tempo stesso, l'attribuzione dei compiti operativi e quella della qualità di socio, trattandosi in entrambi i casi di procedure che garantiscono in egual misura il rispetto dei principi comunitari in tema di libero mercato. L'Autorità si è espressa ritenendo, invece, non ammissibile l'ipotesi avanzata da un Comune di costituire una società mista, in cui l'individuazione del socio privato di minoranza non avvenisse con procedure di evidenza pubblica: tale modalità di affidamento non è assolutamente contemplata dalla normativa applicabile alla distribuzione del gas e, in ogni caso, nell'affidamento *in house*, è da escludere che possa ritenersi sussistente il requisito del controllo analogo in presenza di una partecipazione, seppure minoritaria, di un'impresa privata al capitale della società.

*PARERI RICHIESTI DA DIVERSI ENTI LOCALI IN MERITO ALLA RICONducIBILITÀ DEL SERVIZIO DI VERIFICA DEGLI IMPIANTI TERMICI ALLA CATEGORIA DEI SERVIZI PUBBLICI LOCALI*

Nel corso del 2010 sono pervenute all'Autorità alcune richieste di parere ai sensi dell'articolo 22 della legge n. 287/90 da parte di enti locali in merito alla qualifica da attribuire al servizio di verifica degli impianti termici di cui alla legge n. 10/1991 e al DPR n. 412/1993, con specifico riferimento alla eventuale riconducibilità dello stesso alla categoria dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, disciplinati dall'art. 23-*bis* del d.l. 112/2008 (convertito in legge n. 133/2008).

Considerate le caratteristiche dell'attività in questione e le disposizioni di legge che impongono al Comune e alla Provincia di procedere alle attività di verifica della funzionalità degli impianti termici e di corretta osservanza delle norme relative al rendimento di combustione, l'Autorità ha osservato che si trattava di un'attività riconducibile alla produzione di beni e servizi da erogare per lo svolgimento di funzioni amministrative di natura pubblicistica,

di cui resta titolare l'ente di riferimento per provvedere al perseguimento dei propri fini istituzionali. Tale attività è distinta dalla gestione dei servizi pubblici locali, che mirano invece a soddisfare direttamente ed in via immediata bisogni essenziali di una platea indifferenziata di utenti e le cui prestazioni possono essere da chiunque richieste.

Alla luce di ciò, l'Autorità ha ritenuto che il servizio in oggetto non rientrasse nella categoria dei servizi pubblici locali a rilevanza economica disciplinati dalla legge n. 133/08.

Un'altra richiesta di parere sulla materia ha riguardato invece più specificamente la qualificazione da attribuire ai servizi di supporto all'attività di manutenzione degli impianti termici.

Anche in tal caso l'Autorità ha ritenuto che i servizi di supporto all'attività di controllo della funzionalità degli impianti termici non fossero riconducibili alla categoria dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, trattandosi di servizi caratterizzati dalla mera strumentalità rispetto ai bisogni dell'amministrazione locale e non diretti a soddisfare in via immediata esigenze della collettività.

## Servizi idrici e gestione dei rifiuti

### SERVIZI IDRICI

#### *Segnalazioni*

#### *COMUNE DI FIESOLE - GESTIONE DEL SERVIZIO IDRICO INTEGRATO*

Nel novembre 2010, l'Autorità ha espresso un parere ai sensi dell'articolo 22 della legge n. 287/90 in relazione all'applicabilità del regime transitorio previsto dall'articolo 23-bis, comma 8, lett. d) della legge n. 133/2008 alla società che in quel momento gestiva in concessione il servizio idrico integrato del Comune di Fiesole.

In proposito, l'Autorità ha ricordato innanzitutto che l'articolo 23-bis individua la procedura competitiva ad evidenza pubblica quale opzione ordinaria per l'affidamento dei servizi pubblici locali, a differenza del passato, quando le società erano quasi tutte soggetti strumentali dei comuni soci. Il recente ricorso all'esternalizzazione/gara ha imposto che le società a partecipazione pubblica debbano, per continuare a svolgere attività presso gli enti locali, rispondere ai dettami dell'*in house providing* o a quelli della società mista. Il regime transitorio dettato dall'articolo 23-bis, comma 8 prevede che gli affidamenti non conformi alle nuove regole possano proseguire temporaneamente laddove le società affidatarie rispondano ai requisiti comunitari dell'*in house providing* o delle società miste ad evidenza pubblica.

Se la *ratio* che giustifica tali deroghe è quella della sostanziale conformità di tali affidamenti ai dettami del diritto comunitario, la *ratio* sottesa alla deroga

sub d) non può essere quella di introdurre una deroga nel caso di una mera partecipazione al capitale, in qualsiasi percentuale, di un ente pubblico, perché ciò non esclude che la società abbia una vocazione puramente commerciale e sia votata ad agire sul mercato come una libera impresa; piuttosto, la deroga, per essere giustificabile, può solo far riferimento al caso in cui il rapporto tra ente locale e società si svolga nell'ambito di un modulo pubblicistico, quale la gestione diretta del servizio pubblico.

Con riferimento al caso di specie, l'Autorità ha ritenuto che la società affidataria del servizio idrico del Comune di Fiesole non si atteggiasse a società a partecipazione pubblica, in quanto partecipata indirettamente ed in minima percentuale da un ente pubblico francese. Pertanto, non potendosi applicare l'articolo 23-bis, comma 8, lett. d), della legge n. 133/2008, la gestione del servizio idrico da parte dell'attuale affidatario avrebbe dovuto cessare il 31 dicembre 2010, ai sensi dell'articolo 23-bis, comma 8, lett. e), della legge n. 133/2008.

Per quanto concerne l'opportunità dello svolgimento di una procedura di gara ad evidenza pubblica, l'Autorità si è limitata a sollecitare le pubbliche amministrazioni a interpretare la normativa rilevante in modo conforme ai principi della concorrenza. Da ultimo, in attesa che il legislatore provvedesse a definire il nuovo assetto di competenze in materia di servizio idrico integrato, l'Autorità ha colto l'occasione per ribadire che il ricorso alla proroga costituiva una deroga al principio di concorrenzialità delle procedure per l'affidamento di appalti e/o servizi pubblici.

#### *AFFIDAMENTO DEL SERVIZIO IDRICO INTEGRATO NELL'AMBITO TERRITORIALE OTTIMALE DI GENOVA*

Nel luglio 2010, l'Autorità ha inviato una segnalazione, ai sensi dell'articolo 21 della legge n. 287/90, al Presidente della Regione Liguria, alla Conferenza dei Sindaci dell'ATO della Provincia di Genova e a Iride Acqua Gas Spa (ora Iren Aqua Gas Spa), in merito alla legittimità dell'affidamento del Servizio Idrico Integrato nell'Ambito Territoriale Ottimale (ATO) di Genova.

L'Autorità aveva già valutato la questione relativa alla legittimità e all'opportunità del suddetto affidamento in una segnalazione del marzo 2009; in quel contesto erano state evidenziate diverse criticità di natura concorrenziale derivanti dalla normativa regionale istitutiva delle autorità d'ambito e dalla decisione con cui la Conferenza dei Sindaci dell'ATO di Genova aveva disposto, sulla base della citata normativa regionale, la proroga dell'affidamento senza gara del Servizio Idrico Integrato in favore della società Iride Acqua Gas, almeno fino al 30 giugno 2009.

Nella segnalazione era stato ricordato che l'affidamento di un servizio pubblico mediante gara costituisce uno strumento essenziale per l'individuazione di un concessionario efficiente e per assicurare la c.d. concorrenza "per" il mercato, ed era stata inoltre sottolineata la natura eccezionale del ricorso all'affidamento diretto. La natura anticoncorrenziale delle disposizioni regionali si palesava nella possibilità, riconosciuta in capo alle AATO, di rideterminare la data di cessazione della concessione, a fronte della mera

rinegoziazione della convenzioni in essere, ciò comportando, di fatto, l'elusione della normativa nazionale in materia ed impedendo agli operatori presenti nel mercato di candidarsi alla gestione del servizio oggetto di affidamento. Per tali ragioni, l'Autorità aveva auspicato un adeguamento della normativa regionale ai principi di matrice comunitaria e nazionale, con conseguente revisione delle relative determinazioni amministrative già assunte o in via di assunzione da parte della Conferenza dei Sindaci.

Tuttavia, alla luce di una nuova segnalazione effettuata dalla Commissione Nazionale per la Vigilanza sulle Risorse Idriche, è emerso che, successivamente all'intervento dell'Autorità, non essendo intervenute nel frattempo le auspiccate modifiche della legislazione regionale di settore, la Conferenza dei Sindaci dell'ATO di Genova aveva provveduto - mediante rinegoziazione della convenzione e rideterminazione della data di cessazione della concessione esistente, peraltro già scaduta - a un nuovo affidamento diretto del Servizio Idrico Integrato alla società Iride Acqua Gas, fino al 31 dicembre 2032.

Per le argomentazioni già svolte nel precedente intervento segnalatorio sopra menzionato, si è ritenuto che tale decisione introducesse nuovi ed ingiustificati elementi di distorsione della concorrenza nel mercato di riferimento, ponendosi in chiaro contrasto con la legislazione nazionale in materia di affidamento e gestione dei servizi pubblici locali, nonché con i principi concorrenziali più volte richiamati dalla stessa Autorità, anche con specifico riferimento al settore dei servizi pubblici locali di rilevanza economica.

L'Autorità ha, pertanto, auspicato una modifica delle normative regionali di settore vigenti e una conseguente riconsiderazione dell'affidamento in oggetto, secondo i criteri e le modalità previsti dalla legge nazionale.

## **GESTIONE DEI RIFIUTI**

### ***Intese***

#### ***GESTIONE DEI RIFIUTI CARTACEI - COMIECO***

Nel marzo 2010, l'Autorità ha avviato un'istruttoria nei confronti del Consorzio Nazionale Recupero e Riciclo degli Imballaggi a base Cellulosica - COMIECO - per accertare l'esistenza di eventuali violazioni dell'articolo 101 del TFUE nel mercato del riciclaggio dei rifiuti da imballaggio cartacei provenienti dalla raccolta differenziata su suolo pubblico. Il procedimento è stato avviato a seguito dell'indagine conoscitiva svolta dall'Autorità in materia di rifiuti di imballaggio e di alcune segnalazioni da parte di soggetti attivi nelle attività di riciclo e produzione di carta. Dalle informazioni disponibili è risultato che COMIECO, per il tramite di due delibere del CdA adottate nell'aprile 2000 e nel luglio 2002, avrebbe fissato le quote di rifiuti cartacei da assegnare alle cartiere socie e avrebbe determinato il costo netto di acquisto della materia prima, prevedendo inoltre, un meccanismo sanzionatorio per garantire il rispetto di tali delibere da parte degli associati.

La delibera adottata nell'aprile del 2000 prevedeva la stipula del “contratto di mandato”, con il quale le cartiere associate al COMIECO davano mandato a quest'ultimo di sottoscrivere, per loro conto, le convenzioni con le amministrazioni locali, impegnandosi a ritirare e riciclare il materiale cellulosico proveniente dalla raccolta differenziata sul suolo pubblico. Come corrispettivo di tale contratto, le cartiere si impegnavano a versare al COMIECO un importo pari all'incremento di valore della materia prima, stabilito mensilmente dal Consorzio in base alla quotazione del materiale cellulosico riportata dal Bollettino della Camera di Commercio di Milano; tale corrispettivo era unico per tutto il territorio nazionale e risultava quindi idoneo ad appiattire le eventuali efficienze ottenute da una cartiera rispetto alle altre associate. Infine, il contratto specificava che il COMIECO avrebbe definito i quantitativi di materiale cartaceo raccolto spettanti alle singole cartiere.

La delibera del luglio 2002 stabiliva il sistema di ripartizione della materia prima tra gli associati al Consorzio, prevedendo un'iniziale attribuzione sulla base di quote proporzionali alla quantità di imballaggi e/o materiali di imballaggio immessa al consumo nel territorio nazionale l'anno precedente, successivamente corretta in relazione agli utilizzi di macero che le singole cartiere dichiaravano al BadaCom, un *database* creato contestualmente all'istituzione del Consorzio e al quale le imprese associate COMIECO erano tenute a fornire i propri dati. In seguito, le quote così ottenute venivano confrontate con le richieste avanzate dalle singole cartiere tramite il BadaCom, relative alla disponibilità a ricevere, in futuro, ulteriore materiale proveniente dalla raccolta differenziata; in queste ultime due fasi potevano determinarsi quantitativi di macero da riallocare sulla base delle richieste pervenute al Consorzio, fino a giungere, da ultimo, alle definitive quote di spettanza.

Nel provvedimento di avvio, l'Autorità ha in primo luogo considerato che gli atti e le delibere di COMIECO, in quanto decisioni di associazione di imprese, costituiscono intese e, in quanto tali, sono suscettibili di esame ai sensi della disciplina a tutela della concorrenza. Ciò premesso, l'Autorità ha evidenziato la natura restrittiva di tali intese, in considerazione del fatto che la relazione proporzionale fra la quota di materiale cartaceo assegnata a ciascun operatore e il quantitativo di imballaggi immesso al consumo nell'anno precedente, incidendo profondamente sulla capacità di crescita delle imprese più dinamiche, potrebbe avere effetti di “cristallizzazione” delle quote di mercato; ed inoltre, che la fissazione del corrispettivo di mandato uniformemente a livello nazionale configura una grave violazione della concorrenza, posto che tale corrispettivo di fatto rappresenta il costo netto al quale le cartiere acquistano la materia prima cartacea, e la sua determinazione consente agli associati COMIECO di fissare una variabile che dovrebbe invece essere rimessa alle sole dinamiche di mercato.

In considerazione di ciò, l'Autorità ha ritenuto, pertanto, che le deliberazioni assunte da COMIECO potrebbero costituire intese restrittive della concorrenza in violazione dell'articolo 101 del TFUE, volte a fissare i quantitativi di materiale cartaceo raccolto da conferire a ciascun associato nonché a fissare il costo netto di acquisto del materiale cartaceo. Al 31 dicembre 2010, l'istruttoria è in corso.



## *Segnalazioni*

### *COMUNE DI AVEZZANO (AQ) - SERVIZIO DI GESTIONE RIFIUTI A UNA SOCIETÀ A CAPITALE MISTO PUBBLICO-PRIVATO*

Nel luglio 2010 l'Autorità, ai sensi dell'articolo 22 della legge n. 287/90, ha reso un parere al Comune di Avezzano in merito ad alcune questioni relative all'affidamento del servizio di gestione rifiuti ad una società a capitale misto pubblico-privato.

Per quanto riguarda l'applicazione del regime transitorio dell'articolo 23-bis, comma 8, della legge n. 133/08, impregiudicata ogni valutazione sui presupposti di fatto e di diritto dell'azione amministrativa, l'Autorità ha osservato come non risultasse condivisibile l'ipotesi di considerare la data di scadenza della società mista quale parametro utile al quale vincolare la durata dell'affidamento del servizio stesso. Infatti, il predetto articolo 8, alla lettera c), vincolava la cessazione della gestione non alla scadenza della società, ma alla scadenza prevista nel contratto di servizio, determinata dai singoli atti di concessione; inoltre, l'effettiva compatibilità dell'affidamento diretto ad una società mista con i principi della concorrenza era subordinata, tra l'altro, alla previsione di specifici limiti temporali al rapporto di partenariato.

Il secondo quesito posto dal Comune riguardava la possibilità di affidare *ex novo* un servizio complessivo per l'igiene urbana, comprensivo del nuovo servizio di raccolta differenziata "porta a porta", alla stessa società mista, risolvendo anticipatamente i contratti già stipulati con la stessa.

A tal proposito, l'Autorità ha osservato che affinché un affidamento diretto ad una società mista potesse essere considerato rispettoso della concorrenza, non era sufficiente che il socio privato fosse stato scelto con procedura ad evidenza pubblica, ma era necessario, altresì, che la procedura di gara avesse riguardato anche il servizio oggetto di affidamento, con specifico riferimento alle condizioni economiche ed al periodo temporale di riferimento dell'affidamento stesso.

Pertanto, l'Autorità ha auspicato che, nel caso di specie, la riorganizzazione di un servizio complessivo per l'igiene urbana fosse preceduta da una procedura di gara atta a garantire agli operatori del mercato eventualmente interessati la possibilità di competere per l'affidamento del servizio sulla base di specifiche e aggiornate condizioni economiche e di gestione.

### *GESTIONE DEI RIFIUTI IN PROVINCIA DI MACERATA*

Nel maggio 2010, l'Autorità ha inviato alcune osservazioni, ai sensi dell'articolo 21 della legge n. 287/90, al Ministro dell'Ambiente e della Tutela del Territorio e del Mare, al Presidente della Regione Marche, all'Assessore all'Ambiente della Regione Marche e alla Conferenza Unificata Stato-Regioni, Città e Autonomie Locali in merito alle distorsioni concorrenziali nel settore della gestione dei rifiuti solidi urbani e assimilati (Rsu) nella Regione Marche, derivanti dalla mancata attuazione del d.lgs. n. 152/06 (c.d. Testo unico ambientale o TUA) e dalle caratteristiche del regime transitorio instauratosi in seguito all'approvazione della L.R. n. 24/09.

Innanzitutto, l'Autorità ha ricordato come il legislatore, nel prevedere una privativa comunale per le attività di raccolta, trasporto e smaltimento degli Rsu, avesse tuttavia aperto alla libera concorrenza l'attività di recupero, in considerazione del valore economico dei rifiuti che ne consente il reimpiego e il riciclaggio all'interno di un processo produttivo, con una impostazione confermata poi nel richiamato TUA. L'Autorità ha quindi sottolineato le criticità concorrenziali derivanti dalla circostanza secondo la quale il Consorzio obbligatorio COSMARI, attivo nella provincia di Macerata, aveva ampliato le proprie competenze oltre l'ambito della privativa riconosciuta, per svolgere anche attività di trattamento e recupero dei rifiuti, in un contesto in cui non era peraltro venuta meno la natura tributaria dell'onere finanziario del servizio di gestione dei rifiuti.

Ulteriori aspetti evidenziati dall'Autorità come suscettibili di censura, sotto il profilo del mancato rispetto dei principi di concorrenza, hanno poi riguardato le previsioni normative regionali in materia di modalità di affidamento della gestione integrata dei rifiuti, come pure l'ampliamento delle possibilità di assimilazione ai rifiuti urbani di diverse categorie di rifiuti speciali.

In primo luogo, laddove il sistema concorrenziale delineato nel TUA prevedrebbe l'espletamento di una gara ad evidenza pubblica per l'affidamento dell'intero servizio integrato di gestione degli Rsu ad un unico soggetto (stabilendo contestualmente che le Regioni predispongano piani di gestione dei rifiuti, definiscano gli ambiti territoriali ottimali e istituiscano le relative Autorità d'ambito), nelle more dell'effettiva attuazione di tale sistema i soggetti quali il COSMARI, che già svolgevano il servizio di gestione dei rifiuti, avevano continuato tale attività di gestione senza dover richiedere all'Autorità il parere *ex art. 23-bis* della legge n. 133/08, prescritto in caso di affidamento diretto.

Peraltro, l'Autorità ha osservato come la successiva attuazione del TUA nella Regione Marche, con la legge regionale n. 24/09, non avesse eliminato tali criticità concorrenziali, nel momento in cui non avesse espressamente previsto che il servizio di gestione dei rifiuti fosse affidato tramite procedure ad evidenza pubblica. Infine, l'Autorità ha osservato come le nuove norme nazionali in materia (legge n. 42/10, con cui vengono soppresse le Autorità d'ambito a partire dal 1° gennaio 2011) implicassero che la Regione rivedesse la propria disciplina, rendendola coerente con il nuovo quadro normativo.

## Commercio all'ingrosso e al dettaglio

### *Inottemperanze*

#### *EUROSPIN LAZIO / 15 RAMI D'AZIENDA*

Nell'ottobre 2010 l'Autorità ha concluso un procedimento istruttorio nei confronti della società Eurospin Lazio Spa per inottemperanza all'obbligo di comunicazione preventiva di operazioni di concentrazione. Le operazioni in questione, avvenute tra il luglio 2005 e il maggio 2009, consistevano

nell'acquisto da parte di Eurospin Lazio Spa di 15 rami d'azienda appartenenti a varie società, tutti dotati di relativa autorizzazione commerciale; tali rami d'azienda sono stati utilizzati per l'apertura e/o l'ampliamento di 11 punti vendita con marchio "Eurospin".

L'Autorità ha ritenuto che le operazioni in esame, comportando l'acquisizione del controllo di parti di imprese, costituivano concentrazioni ai sensi dell'articolo 5, comma 1, lettera b), della legge n. 287/90. Poiché il fatturato totale realizzato nell'ultimo esercizio a livello nazionale dall'insieme delle imprese interessate era superiore alla soglia di cui all'articolo 16, comma 1, della legge n. 287/90, tali operazioni risultavano soggette all'obbligo di comunicazione preventiva di cui al medesimo articolo.

Nel corso del procedimento, le parti hanno dimostrato la sussistenza del requisito di interdipendenza funzionale di alcune delle 15 acquisizioni di rami d'azienda, per cui le acquisizioni in questione avrebbero dato luogo, in realtà, a 11 operazioni di concentrazione.

Dalle informazioni pervenute è emerso che le operazioni in oggetto erano state perfezionate in un momento anteriore rispetto a quello in cui ne era stata data comunicazione e che, pertanto, ricorrevano i presupposti per l'irrogazione di una sanzione pecuniaria. Per una delle suddette operazioni, peraltro, realizzatasi più di cinque anni prima del 14 luglio 2010, data del provvedimento di avvio del procedimento, l'Autorità ha ritenuto di non dover procedere, applicandosi la prescrizione in materia di sanzioni amministrative pecuniarie di cui all'art. 28 della legge n. 689/81.

Sotto il profilo della valutazione concorrenziale delle operazioni in esame, è emerso che Eurospin Lazio, attraverso le operazioni di concentrazione oggetto del procedimento, non aveva acquisito una posizione dominante sui mercati interessati tale da eliminare o ridurre in modo sostanziale e durevole la concorrenza. In relazione all'omessa comunicazione delle 10 operazioni di concentrazione, tenuto conto, in particolare, dell'assenza di dolo da parte della società, della sollecitudine della stessa a fornire le informazioni richieste dall'Autorità, nonché della mancanza di effetti pregiudizievoli per la concorrenza nei mercati interessati, l'Autorità - nell'ottobre 2010 - ha irrogato ad Eurospin Lazio una sanzione amministrativa complessiva pari a 50 mila euro.

#### *ESSELUNGA / 21 PUNTI VENDITA (59 RAMI D'AZIENDA)*

Nell'aprile 2010, l'Autorità ha concluso un procedimento istruttorio nei confronti della società Esselunga Spa per inottemperanza all'obbligo di comunicazione preventiva delle operazioni di concentrazione. Più specificamente, le operazioni in questione, tardivamente comunicate, hanno riguardato l'acquisto, tra il 2004 e il 2009, di cinquantanove rami d'azienda, costituiti da altrettanti punti vendita e relative autorizzazioni commerciali, le quali sono state successivamente utilizzate per l'ampliamento o l'apertura di punti vendita ad insegna Esselunga.

In considerazione dell'interconnessione funzionale esistente tra alcune delle suddette operazioni di concentrazione, l'Autorità ha valutato che in realtà si fossero realizzate solo trentasei distinte operazioni.

L'Autorità ha ritenuto che tali operazioni, comportando tutte l'acquisizione del controllo di parti di imprese, costituivano concentrazioni ai sensi dell'articolo 5, comma 1, lettera *b*), della legge n. 287/90 e risultavano soggette all'obbligo di comunicazione preventiva in quanto il fatturato realizzato a livello nazionale dall'insieme delle imprese interessate nell'ultimo esercizio era superiore alla soglia di cui all'articolo 16, comma 1, della legge n. 287/90.

Tenuto conto dell'assenza di dolo dell'agente, della sollecitudine della società nel fornire la documentazione e le informazioni richieste dall'Autorità, del comportamento collaborativo dalla stessa tenuto nel corso del procedimento, nonché della mancanza di effetti pregiudizievoli per la concorrenza nei mercati interessati, l'Autorità ha comminato alla società Esselunga una sanzione amministrativa pecuniaria pari a 105 mila euro per la mancata comunicazione di trentacinque operazioni. Per un'altra operazione, invece, l'Autorità non ha irrogato alcuna sanzione in quanto, essendo stata realizzata nel giugno 2004, ovvero oltre cinque anni prima dell'avvio dell'istruttoria, ha trovato applicazione l'articolo 28 della legge n. 689/81 relativo alla prescrizione in materia di sanzioni amministrative pecuniarie.

#### *BILLA / 6 PUNTI VENDITA DI ESSELUNGA*

Nel marzo 2010 l'Autorità ha concluso un procedimento istruttorio nei confronti della società Billa Aktiengesellschaft per inottemperanza all'obbligo di comunicazione preventiva di operazioni di concentrazione. Le operazioni in questione, tardivamente comunicate, hanno riguardato l'acquisto da parte di Billa, tra il 2005 e il 2007, di sei rami d'azienda appartenenti a Esselunga Spa, tutti costituiti da punti vendita operanti con insegna "*Esselunga*" nella distribuzione al dettaglio di beni alimentari e non alimentari, ognuno dei quali corredato di autorizzazione commerciale, arredi, beni mobili, attrezzature e avviamento.

L'Autorità ha ritenuto che le operazioni in esame, comportando l'acquisizione del controllo di parti di imprese, costituivano concentrazioni ai sensi dell'articolo 5, comma 1, lettera *b*), della legge n. 287/90 e risultavano soggette all'obbligo di comunicazione preventiva in quanto il fatturato totale realizzato nell'ultimo esercizio a livello nazionale dall'insieme delle imprese interessate era superiore alla soglia di cui all'articolo 16, comma 1, della legge n. 287/90.

Tenuto conto dell'assenza di dolo, della comunicazione spontanea, benché tardiva, delle operazioni da parte di Billa, della modesta incidenza concorrenziale nei mercati rilevanti e del lasso di tempo intercorso fra il perfezionamento e la comunicazione delle operazioni, l'Autorità ha comminato alla società Billa una sanzione amministrativa pecuniaria complessiva pari a 30 mila euro.

#### *Segnalazioni*

##### *REGIONE ABRUZZO - NUOVE NORME IN MATERIA DI COMMERCIO*

Nel novembre 2010, l'Autorità ha inviato al Presidente della Regione Abruzzo, ai sensi dell'articolo 21 della legge n. 287/90, alcune osservazioni in merito al testo di legge n. 17 del 12 maggio 2010 della Regione Abruzzo

che ha modificato la L.R. 16 Luglio 2008, n. 11, recante “*Nuove norme in materia di commercio*”.

Al riguardo, l’Autorità ha osservato che l’articolo 34 della legge in questione appariva in contrasto con la normativa a tutela della concorrenza, laddove esso introduceva restrizioni ingiustificate alle possibilità offerte alle imprese attive nel settore della distribuzione commerciale di derogare all’obbligo di chiusura nelle giornate domenicali e festive.

In particolare, la nuova legge regionale, pur consentendo di derogare all’obbligo di chiusura domenicale e festiva per un numero di giornate piuttosto ampio (40), vincolava di fatto la concreta applicabilità di tale deroga ad una serie di condizioni assai restrittive, quali:

- a) l’obbligo di subordinare la definizione del numero delle aperture domenicali e festive consentite alla concertazione con i Sindacati e con le Organizzazioni di categoria delle giornate di chiusura compensativa infrasettimanale;
- b) l’obbligo di subordinare le aperture all’assunzione di impegni relativi ai turni di rotazione e riposo e alla sostituzione dei lavoratori con assunzioni temporanee.

Nella propria segnalazione, l’Autorità ha ricordato di avere già avuto modo, in diverse occasioni, di esprimere il proprio orientamento in materia di orari e giorni di aperture al pubblico di esercizi commerciali. In particolare, l’Autorità aveva ritenuto ingiustificatamente restrittive diverse disposizioni regionali tese a limitare l’apertura nei giorni festivi a circostanze eccezionali quali, ad esempio il raggiungimento dell’accordo tra enti locali e associazioni di categoria. Nelle medesime segnalazioni, l’Autorità aveva inoltre rilevato come le discipline regionali dovrebbero valorizzare ed ampliare al massimo il carattere pro-concorrenziale del decreto, per rimuovere situazioni di svantaggio e disparità di trattamento tra operatori commerciali concorrenti.

L’Autorità, infine, ha richiamato il principio oramai consolidato nella giurisprudenza costituzionale in base al quale ogni disposizione che promuove e tutela la concorrenza prevale sulle disposizioni adottate dagli enti territoriali che impediscano l’attuazione dei principi concorrenziali contenuti nel Trattato CE.

L’Autorità ha, quindi, auspicato che le osservazioni formulate costituissero la base per un riesame della materia da parte della Regione Abruzzo.

#### *DISCIPLINA DELL’ATTIVITÀ COMMERCIALE NELLA PROVINCIA AUTONOMA DI TRENTO (LEGGE PROVINCIALE 4/2010)*

Nel maggio 2010, l’Autorità ha inviato alcune osservazioni, ai sensi dell’articolo 21 della legge n. 287/90, al Presidente della Giunta della Provincia Autonoma di Trento in merito alle distorsioni concorrenziali derivanti dalle norme relative all’attività di commercio contenute nella legge provinciale n. 4/2000, come modificata dalla legge provinciale n. 4/2010. L’Autorità si è soffermata su alcune disposizioni della legge che, nel dare applicazione alle norme contenute nel decreto legislativo n. 114/98 e nella successiva legge n. 248/06, apparivano presentare profili di contrasto con la normativa a tutela della concorrenza, favorendo la cristallizzazione degli assetti esistenti ed ostacolando l’evoluzione dell’offerta nel settore commerciale.

In particolare, l'Autorità ha evidenziato la portata potenzialmente restrittiva delle norme relative alla classificazione dei punti vendita, in quanto le definizioni di strutture di vendita medie e grandi fornite dalla normativa provinciale corrispondevano a punti vendita di dimensioni inferiori rispetto alla medesima classificazione contenuta nella legge n. 248/06. In conseguenza di ciò, l'apertura o l'ampliamento di tali punti vendita erano soggetti ad oneri maggiori rispetto a quelli cui sarebbero stati sottoposti tenuto conto dei limiti dimensionali fissati dal menzionata normativa nazionale.

Pur condividendo le osservazioni formulate dalla Provincia in merito al particolare contesto ambientale e demografico del territorio trentino, l'Autorità ha sottolineato che l'introduzione di un tetto predeterminato e rigido all'apertura di nuovi punti vendita, indipendentemente dalla loro effettiva localizzazione - peraltro in contrasto con la legislazione nazionale in materia di commercio - appariva costituire una barriera a priori priva di qualsivoglia giustificazione, ed ha pertanto auspicato un riesame della normativa.

## Trasporti e noleggio mezzi di trasporto

### TRASPORTI AEREI E SERVIZI AEROPORTUALI

#### *Abusi*

#### *ADR / TARIFFE AEROPORTUALI E SEA / TARIFFE AEROPORTUALI*

Nel marzo 2010, l'Autorità ha avviato due distinte istruttorie nei confronti delle società Aeroporti di Roma Spa e SEA Spa per accertare l'esistenza di violazioni dell'articolo 102 del TFUE nel mercato dell'accesso alle infrastrutture centralizzate.

Al riguardo, occorre ricordare che l'Autorità aveva adottato due provvedimenti (n. 19020 del 23 ottobre 2008 e n. 19189 del 26 novembre 2008) nei quali si era accertato che Aeroporti di Roma e SEA avevano posto in essere distinti abusi di posizione dominante in violazione dell'articolo 82 del Trattato CE, applicando corrispettivi non equi ed eccessivamente onerosi nei mercati della messa a disposizione di beni ad uso comune ed esclusivo per lo svolgimento di diversi servizi aeroportuali (rifornimento carburante e attività di *handling* cargo, e, nel caso di SEA, anche attività di assistenza *catering*, nonché, nel caso di AdR, applicando un sistema di tariffazione con effetti escludenti sul mercato dell'*handling* cargo).

Per tali comportamenti l'Autorità aveva comminato una sanzione pecuniaria e, nel contempo, aveva accertato che le evidenze agli atti del fascicolo istruttorio non apparivano sufficienti a soddisfare lo *standard* probatorio necessario a dimostrare l'esistenza di comportamenti abusivi anche sul mercato dell'accesso alle infrastrutture centralizzate, ai sensi dell'articolo 82, lettera *a*), del Trattato CE, configurabile nell'applicazione di prezzi eccessivamente gravosi o non equi.



Il TAR del Lazio, nel settembre 2009, ha annullato i summenzionati provvedimenti dell'Autorità nella parte in cui si escludeva la sussistenza dell'abuso di posizione dominante di Aeroporti di Roma e di SEA nel mercato delle infrastrutture centralizzate e ha, inoltre, stabilito che l'Autorità dovesse riesercitare il potere di cui all'articolo 14, comma 1, della legge n. 287/90, per accertare la sussistenza di tale fattispecie; pertanto, in ottemperanza alla sentenza del giudice amministrativo, è stata avviata un'istruttoria.

Nel giugno 2010, il Consiglio di Stato riformava le pronunce del TAR del Lazio nella parte in cui annullavano i provvedimenti dell'Autorità con riferimento al mancato accertamento dell'abuso di posizione dominante nel mercato delle infrastrutture centralizzate, facendo rivivere i succitati provvedimenti nella loro portata assolutoria nella parte *de qua*.

Pertanto, venuti meno i presupposti che avevano dato il via ai due procedimenti istruttori avviati nel marzo 2010, nel giugno dello stesso anno ne è stata deliberata la chiusura.

## TRASPORTI SU STRADA

### *Intese*

#### *TRANSCOOP - SERVIZIO TRASPORTO DISABILI*

Nel maggio 2010, l'Autorità ha concluso un procedimento istruttorio nei confronti della società consortile Transcoop Bus Sc accertando una violazione dell'articolo 2 della legge n. 287/90. Il procedimento era stato avviato nel maggio 2009 a seguito delle denunce di tre imprenditori consorziati, in cui si lamentava una presunta strategia di Transcoop Bus Sc volta ad ostacolare l'uscita dei denunciati dalla compagine sociale del Consorzio al fine di impedire che gli stessi svolgessero autonomamente la loro attività di trasporto persone tramite noleggio di veicoli con conducente in concorrenza con la stessa Transcoop Bus Sc.

L'Autorità ha ritenuto che l'intesa riguardasse, in particolare, il mercato dell'offerta di servizi di trasporto di disabili o di persone con ridotta capacità motoria tramite noleggio con conducente nella provincia di Reggio Emilia.

L'Autorità ha considerato che il Consorzio, dal maggio 2007, aveva ripetutamente rifiutato la possibilità di recesso dalla compagine sociale ai denunciati, modificando inoltre, nel settembre 2007, il regolamento interno con una delibera che introduceva un obbligo di non concorrenza a carico dei soggetti che avessero perso la qualità di socio anche a seguito di recesso o di esclusione. Tali condotte avevano limitato la possibilità per le imprese di uscire dal Consorzio, nonché impedito alle stesse, una volta uscite, di offrire autonomamente i propri servizi su scala nazionale e per un periodo ingiustificatamente protratto, limitando quindi artificialmente il grado di concorrenza nel mercato.

Dall'indagine istruttoria compiuta è emerso, in effetti, che Transcoop Bus Sc aveva attuato una strategia escludente consistente nell'adottare disposizioni

regolamentari incompatibili con il diritto *antitrust* e nel porre in essere, sulla base di queste, comportamenti ostruzionistici al fine di disincentivare l'ingresso, da parte di potenziali concorrenti aderenti al Consorzio, nel mercato del trasporto disabili e di persone con ridotta capacità motoria.

In particolare, sono risultate restrittive le disposizioni del regolamento consortile relative al vincolo di esclusiva e al patto di non concorrenza, così come previste al punto 3, articolo 4, del regolamento, e le loro modifiche successive, attuate strumentalmente prima nel 2007 e poi nel 2009, allo specifico fine di impedire ai tre segnalanti ogni possibile residua forma di attività nel mercato. Analogamente, un'alterazione del gioco concorrenziale è stata riscontrata nella disposizione di cui al punto 5, articolo 8, del regolamento consortile, concernente il meccanismo di assegnazione tra gli aderenti dei servizi di trasporto - basato sui fatturati realizzati dai singoli soci nel periodo precedente in rapporto al fatturato degli altri mezzi di pari categoria - nonché nella previsione, contenuta nel medesimo articolo, di attribuzione in via esclusiva al Consorzio dei compiti di predisposizione del programma giornaliero e di assegnazione dei trasporti.

Il procedimento istruttorio ha poi evidenziato come, sulla base delle suddette disposizioni regolamentari interne, Transcoop Bus Sc avesse attuato una serie di ulteriori condotte finalizzate ad ostacolare la fuoriuscita dal Consorzio dei tre segnalanti e, conseguentemente, a precludere il loro accesso al mercato; tali condotte erano consistite, in particolare: *i)* nell'emanazione di numerose comunicazioni con le quali il Consorzio aveva informato i denunciante dell'insussistenza dei presupposti per l'applicabilità delle disposizioni relative alla possibilità di recesso dal Consorzio stesso; *ii)* nella decisione di modificare il patto di non concorrenza al fine di vanificare l'efficacia di eventuali domande di recesso formulate ai sensi del suddetto articolo e, infine, *iii)* nell'emanazione di successive comunicazioni con le quali aveva continuato a negare ai segnalanti la possibilità di recesso per assenza di presupposti sulla base di quanto stabilito nelle disposizioni regolamentari consortili, non provvedendo alla liquidazione delle quote sociali e tentando di dissuadere gli stessi dallo svolgere attività in concorrenza con i suoi aderenti.

Sulla base degli elementi a disposizione, l'Autorità ha ritenuto che i vincoli posti da Transcoop Bus Sc ai propri aderenti fossero volti ad eliminare gli spazi di concorrenza tra gli aderenti stessi, consentissero solo variazioni marginali delle quote e configurassero, inoltre, una struttura consortile "chiusa", scoraggiando eventuali tentativi di recesso.

L'Autorità ha, pertanto, deliberato che il comportamento posto in essere dal Consorzio Transcoop Bus Sc, consistente nell'aver adottato clausole consortili relative all'esclusiva in costanza di rapporto associativo in combinato disposto con il patto di non concorrenza, al patto di non concorrenza stesso e all'assegnazione dei servizi, nei termini sopra detti, costituisse un'intesa in violazione dell'articolo 2, lettera *b)*, della legge n. 287/90. Ha pertanto intimato al Consorzio di porre immediatamente fine all'infrazione accertata.

## *Segnalazioni*

### *RILASCIO AUTORIZZAZIONI PER L'ESERCIZIO DI NOLEGGIO CON CONDUCENTE*

Nel luglio 2010, l'Autorità ha inviato alcune osservazioni, ai sensi dell'articolo 21 della legge n. 287/90, al Presidente della Regione Lazio, in merito alle distorsioni concorrenziali derivanti dall'applicazione della disciplina del servizio di noleggio con conducente di cui alla legge regionale n. 58/93. In particolare, l'articolo 16, comma 1, di tale legge prevede che l'iscrizione nel ruolo formato per ciascuna provincia del Lazio sia un requisito indispensabile per il rilascio, da parte delle Amministrazioni comunali competenti, dell'autorizzazione per l'esercizio del servizio di noleggio con conducente. Inoltre, il successivo articolo 22, comma 6, dispone che, in caso di trasferimento dell'iscrizione da un ruolo di una provincia ad un'altra, nell'ambito della regione Lazio, i titolari dell'autorizzazione debbano superare un esame che attesti, tra l'altro, la conoscenza geografica e toponomastica del territorio provinciale in cui si chiede la nuova iscrizione a ruolo; tale disposizione stabilisce altresì che il trasferimento dell'iscrizione a ruolo comporta, conseguentemente, la cancellazione dal ruolo di provenienza.

Al riguardo, l'Autorità, richiamando il proprio consolidato orientamento in materia, ha evidenziato che il prevedere come requisito indispensabile per lo svolgimento dell'attività di trasporto persone tramite noleggio con conducente l'iscrizione ad un ruolo provinciale e lo stabilire, al contempo, in caso di trasferimento, la necessaria cancellazione dal ruolo provinciale di provenienza, costituivano vincoli eccessivamente stringenti, suscettibili di determinare uno svantaggio nei confronti di titolari di autorizzazioni rilasciate da comuni appartenenti ad una provincia diversa. In particolare, tale regolamentazione regionale non appariva funzionale, né proporzionale, alle eventuali esigenze dei singoli comuni, soprattutto di quelli ad alta densità abitativa, di assicurare un servizio quantitativamente sufficiente nelle aree a traffico limitato.

L'Autorità ha altresì osservato come la norma regionale fosse suscettibile di conferire alla disciplina che regola il servizio di noleggio con conducente notevoli elementi di rigidità, determinando, in particolare, una compartimentazione territoriale idonea a limitare il numero di operatori presenti in alcuni comuni appartenenti ad una determinata provincia e, conseguentemente, una riduzione non proporzionale, né giustificata, dell'offerta del servizio di trasporto con conducente a danno dell'utenza finale.

L'Autorità, infine, ha osservato come, ai fini dell'esercizio del servizio di noleggio con conducente - ferma restando la piena discrezionalità dell'Amministrazione comunale nell'accertare i requisiti e le competenze necessari ai fini del rilascio dell'autorizzazione - avrebbe dovuto essere richiesta esclusivamente l'iscrizione a ruolo dei conducenti di cui all'articolo 6 della legge nazionale n. 21/92 o, in alternativa, l'iscrizione in un elenco analogo di altro Stato appartenente all'Unione Europea.

Sulla base delle considerazioni esposte, l'Autorità ha pertanto auspicato una riflessione da parte degli organi regionali competenti in sede di riesame della materia.

*DISPOSIZIONI IN MATERIA DI AUTOTRASPORTO*

Nel luglio 2010, l'Autorità ha inviato alcune osservazioni, ai sensi dell'articolo 22 della legge n. 287/90, ai Presidenti di Senato e Camera, al Presidente del Consiglio e al Ministro delle Infrastrutture e dei Trasporti in merito alle possibili distorsioni del mercato derivanti dall'emendamento n. 54.0.3 al disegno di legge n. 2228 e, in particolare, dalle modifiche apportate all'articolo 83-*bis*, del decreto legge n. 112/08, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 133/08. Nonostante tali proposte non fossero rientrate nel provvedimento di approvazione da parte del Senato del decreto legge 31 maggio 2010, n. 78 recante "*Misure urgenti in materia di stabilizzazione finanziaria e di competitività economica*", l'Autorità ha inteso comunque formulare le proprie osservazioni in materia.

In particolare, l'Autorità, pur consapevole della specificità del settore dell'autotrasporto e, in particolare, del fatto che il confronto competitivo non debba avvenire a scapito del pieno rispetto dei parametri di sicurezza normativamente previsti, ha ritenuto che la previsione di accordi volontari di settore tra le organizzazioni associative dei vettori rappresentati nella Consulta generale per l'autotrasporto e la logistica, volti all'individuazione di "costi minimi di esercizio", finendo per tradursi nella fissazione di tariffe minime, non costituissero uno strumento idoneo a garantire il soddisfacimento di standard qualitativi e di sicurezza del servizio, ma piuttosto ad assicurare condizioni di redditività anche a coloro che offrono un servizio inefficiente e di bassa qualità. L'Autorità ha inoltre osservato che l'esercizio dei poteri di controllo e sanzionatori che la legge attribuisce alle amministrazioni pubbliche competenti, eventualmente rafforzato, già consentiva di rispettare gli standard qualitativi minimi e l'osservanza della normativa in materia di lavoro e di previdenza, senza che vi fosse necessità di introdurre restrizioni concorrenziali finalizzate unicamente alla protezione dei livelli di reddito dei vettori.

Analoghe perplessità ha suscitato, infine, l'eventualità, prevista dal medesimo emendamento, per cui, laddove gli accordi volontari non fossero stati perfezionati entro nove mesi dalla data di entrata in vigore della nuova disposizione, i "costi minimi di esercizio" sarebbero comunque stati determinati dal legislatore.

L'Autorità, ribadendo quanto più volte sottolineato in materia di autotrasporto, e più in generale in materia di tariffe minime, ha affermato che l'esigenza di garantire il rispetto dei parametri di sicurezza normativamente previsti, poteva essere comunque soddisfatta attraverso misure più coerenti con i principi della concorrenza.

*DISCIPLINA DEL SERVIZIO DI NOLEGGIO AUTOBUS CON CONDUCENTE*

Nel luglio 2010, l'Autorità ha inviato alcune osservazioni, ai sensi dell'articolo 21 della legge n. 287/90, al Presidente della Regione Puglia in merito alla disciplina del servizio di noleggio autobus con conducente di cui alla delibera della Giunta Regionale 26 luglio 2005, n. 1064. L'Autorità, a seguito di una denuncia ricevuta nell'aprile 2010, aveva infatti avuto modo di

accertare che tale delibera, ancora in vigore, prevedeva l'applicazione di tariffe minime per lo svolgimento del predetto servizio.

In proposito, l'Autorità, richiamando il proprio orientamento consolidato, ha ricordato che un sistema di tariffe minime non garantiva il livello qualitativo o la sicurezza dei servizi, ma assicurava invece condizioni di redditività anche a coloro che offrono un servizio inefficiente e di bassa qualità. Inoltre, l'esercizio dei poteri di controllo e sanzionatori che la legge attribuiva alle amministrazioni pubbliche competenti consentiva di assicurare il rispetto di *standard* qualitativi minimi e l'osservanza della normativa in materia di lavoro e di previdenza, senza che fosse necessario introdurre restrizioni concorrenziali finalizzate unicamente alla protezione dei livelli di reddito dei vettori. Pertanto, la previsione di applicazione di minimi tariffari è apparsa conflittuale rispetto all'instaurarsi di efficienti meccanismi di mercato e di un assetto competitivo dello stesso e, in quanto idonea a garantire rendite anche ad operatori inefficienti, è apparsa in contrasto con la normativa a tutela della concorrenza. L'Autorità ha, pertanto, auspicato un riesame della materia.

#### *SERVIZIO TAXI SUI COLLEGAMENTI DA E PER GLI AEROPORTI*

Nel giugno 2010, l'Autorità ha inviato alcune osservazioni, ai sensi dell'articolo 21 della legge n. 287/90, ai Presidenti di Senato e Camera e al Presidente del Consiglio dei Ministri in merito alle previsioni dell'art. 14, comma 8, del decreto legislativo n. 422/97, che disciplina il servizio taxi sui collegamenti da e per gli aeroporti aperti al traffico aereo civile. Tale norma autorizza allo svolgimento del servizio di piazza coloro che risultino *“titolari di licenze per servizio di taxi rilasciate dai comuni capoluogo di regione e di provincia, nonché dal comune o dai comuni nel cui ambito territoriale l'aeroporto ricade”*. La stessa norma prevede inoltre che le tariffe, le condizioni di trasporto e di svolgimento del servizio, ivi compresa la fissazione del numero massimo di licenze che ciascun comune può rilasciare proporzionalmente al bacino di utenza aeroportuale, siano disciplinate d'intesa dai comuni interessati; in caso di mancato accordo tra le amministrazioni, *“provvede il presidente della regione, sentita la commissione consultiva regionale di cui all'articolo 4 della legge 15 gennaio 1992, n. 21”*.

Al riguardo, l'Autorità, sebbene abbia ritenuto condivisibile l'obiettivo di non discriminare tra utenti sulla sola base del comune che rilascia la licenza per il servizio di taxi, ha tuttavia rilevato che la formulazione della norma presentava alcuni profili di criticità concorrenziale.

La norma, infatti, favorendo un accordo tra i diversi comuni che ricadono nel bacino di un dato scalo aeroportuale, su variabili che, per definizione, hanno valenza competitiva strategica, è apparsa suscettibile di restringere significativamente la concorrenza tra operatori nell'ambito di riferimento considerato, dando luogo a un innalzamento artificioso dei prezzi del servizio taxi nei collegamenti da e per gli scali aeroportuali.

L'Autorità ha altresì rilevato che l'obiettivo perseguito dalla legge avrebbe potuto essere ottenuto per altre vie, maggiormente rispettose delle norme a

tutela della concorrenza, garantendo ai passeggeri un'adeguata informazione in merito alla tariffa applicata dagli operatori del servizio taxi, attraverso l'introduzione di sistemi di informazione e pubblicizzazione delle diverse tariffe eventualmente praticate da soggetti le cui licenze sono state rilasciate da distinte amministrazioni.

L'Autorità ha pertanto auspicato che tali considerazioni potessero costituire oggetto di riflessione, da parte degli organi competenti, in sede di riesame della materia.

#### *DISCIPLINA DELL'ATTIVITÀ DI NOLEGGIO CON CONDUCENTE*

Nell'aprile 2010, l'Autorità ha trasmesso ai Presidenti di Senato e Camera e al Presidente del Consiglio dei Ministri, ai sensi dell'articolo 21 della legge n. 287/90, alcune osservazioni in merito alle norme relative all'attività di noleggio con conducente contenute nella legge 9 aprile 2009, n. 33, di conversione in legge del decreto-legge 10 febbraio 2009, n. 5, recante *“Misure urgenti a sostegno dei settori industriali in crisi”*. Tali norme erano state già oggetto di segnalazione nel febbraio 2009, in quanto contenute nel d.d.l. di conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 30 dicembre 2008, n. 207, recante *“Proroga di termini previsti da disposizioni legislative e disposizioni finanziarie urgenti”*. La necessità per l'Autorità di formulare nuovamente le osservazioni già proposte è discesa dalla conclusione del periodo di sospensione di applicazione delle norme in oggetto, fissata alla data del 31 marzo 2010.

Dal punto di vista sostanziale, le norme segnalate avevano modificato la legge 15 gennaio 1992, n. 21, *“Legge quadro per il trasporto di persone mediante autoservizi pubblici non di linea”*, imponendo criteri più stringenti per la concessione delle autorizzazioni allo svolgimento dell'attività di noleggio con conducente e nuovi obblighi per gli operatori che già svolgono tale attività, in particolare nei confronti dei titolari di licenze rilasciate da Comuni diversi da quello in cui si esegue la prestazione.

L'Autorità ha osservato come simili innovazioni fossero suscettibili di limitare sensibilmente la possibilità per gli operatori di accedere all'area territoriale di Comuni diversi da quello che aveva rilasciato la licenza.

In primo luogo, infatti, la nuova formulazione dell'articolo 3 (*“Servizio di noleggio con conducente”*) aveva integrato l'obbligo di stazionamento dei mezzi all'interno delle rimesse e presso i pontili di attracco, prevedendo che la sede del vettore e la rimessa fossero situate esclusivamente nel territorio del comune che ha rilasciato l'autorizzazione. In secondo luogo, era stato inserito l'articolo 5-bis (*“Accesso al territorio di altri comuni”*) che aveva introdotto la possibilità per i Comuni di chiedere, per ogni singolo servizio svolto all'interno del territorio comunale o delle aree a traffico limitato, una comunicazione preventiva attestante il rispetto dei requisiti di legge e, eventualmente, di far pagare l'accesso a quanti svolgano il servizio di noleggio con conducente al di fuori del Comune che ha rilasciato l'autorizzazione.

Un'altra modifica di rilievo aveva riguardato l'articolo 8, comma 3, che era stato riformulato, prevedendo che *“per poter conseguire e mantenere*



*l'autorizzazione per il servizio di noleggio con conducente è obbligatoria la disponibilità, in base a valido titolo giuridico, di una sede, di una rimessa o di un pontile di attracco situati nel territorio del comune che ha rilasciato l'autorizzazione".*

Particolarmente rilevante è apparsa inoltre la modifica al testo dell'articolo 11, nella misura in cui aveva introdotto l'obbligo di stazionamento dei veicoli esclusivamente all'interno della rimessa e imposto che l'inizio ed il termine di ogni singolo servizio di noleggio con conducente avvenisse alla rimessa situata nel Comune che aveva rilasciato l'autorizzazione. Era stato previsto, poi, l'obbligo di compilare un foglio di servizio per ogni singola prestazione, attestante orario e percorso. Era stata infine introdotta la possibilità di sospensione dal ruolo ed anche di cancellazione, in caso di inosservanza delle disposizioni contenute nella versione novellata degli artt. 3 e 11 della legge.

L'Autorità ha rilevato che le disposizioni esaminate avevano modificato in modo sostanziale la disciplina che regola l'attività di noleggio con conducente, limitando l'esercizio di tale attività al territorio del Comune che ne ha rilasciato l'autorizzazione allo svolgimento. Secondo l'Autorità, le modifiche apportate erano suscettibili di introdurre numerosi elementi di rigidità nella disciplina vigente, producendo compartimentazioni territoriali idonee a limitare sensibilmente il numero di operatori presenti su un dato Comune, con l'effetto di ridurre l'offerta dei servizi di trasporto pubblico non di linea, a danno degli utenti.

Stante la chiara portata anticoncorrenziale di tali modifiche normative, l'Autorità ha auspicato l'introduzione di interventi correttivi volti ad eliminare i vincoli amministrativi introdotti e a preservare la normativa nazionale in precedenza vigente in materia.

## **TRASPORTI FERROVIARI**

### ***Abusi***

#### ***ARENAWAYS-OSTACOLI ALL'ACCESSO NEL MERCATO DEI SERVIZI DI TRASPORTO FERROVIARIO PASSEGGERI***

Nel dicembre 2010, l'Autorità ha avviato un procedimento nei confronti delle società Ferrovie dello Stato Spa (FS) e Rete Ferroviaria Italiana Spa (RFI), al fine di accertare l'esistenza di un eventuale abuso di posizione dominante ai sensi dell'art. 102 del TFUE. Il procedimento è stato avviato a seguito delle segnalazioni pervenute da due associazioni di consumatori, Altroconsumo e Codacons, e dalla società Arenaways Spa (Arenaways), impresa ferroviaria nuova entrante nel mercato nazionale del trasporto ferroviario passeggeri, che nel 2008 aveva richiesto ad RFI, il gestore dell'infrastruttura ferroviaria nazionale, le tracce per effettuare un servizio circolare sulla tratta Milano-Torino, con una serie di fermate intermedie.

Arenaways ha lamentato come, a fronte della presentazione di regolare richiesta di assegnazione delle tracce orarie, il contratto con RFI per l'uso delle tracce per il periodo 2008-2009 non sia mai stato stipulato, e quello per il

periodo 2009-2010 sia stato sottoscritto soltanto il 12 novembre 2010, consentendo peraltro ad Arenaways unicamente il servizio sulla tratta Milano-Torino senza fermate intermedie. Ciò nonostante la società fosse in possesso di tutti i requisiti necessari all'esercizio dell'attività di impresa ferroviaria e della documentazione richiesta dalla normativa.

I comportamenti segnalati hanno interessato il mercato dell'accesso all'infrastruttura ferroviaria nazionale, in cui RFI è in posizione dominante in quanto gestore della rete in monopolio legale, in regime di concessione. RFI svolge il ruolo di concessionario, gestore della rete e regolatore tecnico essendo una società partecipata al 100% da FS. Quest'ultima società controlla anche Trenitalia, operatore *incumbent* nei mercati a valle della fornitura di servizi di trasporto ferroviario, incluso il mercato nazionale dei servizi di trasporto ferroviario passeggeri, ove opera Arenaways.

Le condotte contestate riguardano in particolare il comportamento ingiustificatamente dilatorio adottato da RFI in occasione del processo di assegnazione delle tracce orarie richieste da Arenaways; RFI avrebbe ritardato e limitato in modo significativo l'accesso del nuovo operatore ferroviario alla rete nazionale e quindi la sua entrata nel mercato italiano dei servizi di trasporto passeggeri. Tali condotte iniziano a partire dalla richiesta avanzata da Arenaways nel 2008 e proseguono durante l'intero iter di assegnazione delle tracce, fino alla tardiva sottoscrizione del contratto tra RFI ed Arenaways nel novembre 2010.

Poiché, a seguito della decisione assunta dall'Ufficio di regolazione dei servizi ferroviari (Ministero dei Trasporti), ai sensi dell'articolo 59 della legge n. 99/2009, ad Arenaways è stato imposto di operare sulla tratta Milano-Torino senza effettuare le fermate intermedie richieste dal nuovo entrante, la portata dell'ingresso di Arenaways nel mercato del trasporto passeggeri si è sensibilmente ridotta rispetto al progetto iniziale. In tale ottica, nel corso dell'istruttoria sarà valutato anche, laddove ne ricorrano i presupposti, in che misura i comportamenti posti in essere da RFI siano stati facilitati dalla normativa di settore, verificando, in tal caso, anche la compatibilità di quest'ultima con gli articoli 4.3 del TUE, 102 e 106 del TFUE.

Al 31 dicembre 2010, il procedimento è in corso.

## TRASPORTI MARITTIMI

### *Abusi*

#### *T-LINK / GRANDI NAVI VELOCI*

Nel maggio 2010, l'Autorità ha concluso un procedimento istruttorio, avviato nell'agosto 2009 in esito alla denuncia da parte della società T-Link per un presunto abuso di posizione dominante della società Grandi Navi Veloci SpA (GNV) nei mercati del trasporto marittimo di linea merci e passeggeri, accettando gli impegni presentati da quest'ultima ai sensi dell'articolo 14-ter della legge n. 287/90.

Il procedimento aveva ad oggetto l'accertamento della eventuale violazione dell'articolo 102 del TFUE da parte di GNV mediante una serie di

condotte tutte apparentemente orientate a escludere dal mercato il nuovo operatore concorrente T-Link, e segnatamente: *i)* l'applicazione di sconti particolarmente alti e più elevati della norma, specificamente mirati alle imprese di autotrasporto che avessero mostrato interesse per i servizi resi dal nuovo entrante; *ii)* l'incremento della capacità di trasporto merci esclusivamente strumentale allo scopo di boicottare l'affermazione sul mercato del nuovo entrante; *iii)* l'applicazione di prezzi predatori; *iv)* le minacce di ritorsioni commerciali a danno delle imprese di autotrasporto che, a seguito delle controproposte di GNV, avessero manifestato la volontà di continuare ad avvalersi dei servizi di T-Link; *v)* l'attività di denigrazione e turbativa a danno di T-Link.

Nel novembre 2009, su istanza di T-Link, è stato avviato un sub-procedimento per valutare la sussistenza dei presupposti per disporre l'adozione di misure cautelari, ai sensi dell'articolo 14-*bis* della legge n. 287/90, al fine di scongiurare il rischio di imminente uscita dal mercato paventato da T-Link, che nel frattempo aveva dimezzato la propria attività e convocato l'assemblea straordinaria dei soci in vista di una possibile liquidazione della società. Nel dicembre 2009, l'Autorità ha tuttavia deliberato di non adottare misure cautelari, essendo venuto meno il presupposto del *periculum in mora* dopo che GNV aveva presentato una comunicazione di “Assunzione volontaria e provvisoria di undertaking”, contenente una serie di misure in materia di politica tariffaria e commerciale e di futuri aumenti di capacità, che tale società si impegnavo volontariamente ad assumere con decorrenza immediata.

Contestualmente a tale comunicazione, GNV ha presentato una serie di impegni. In particolare, relativamente alla politica commerciale, la società si impegnavo ad adottare e praticare alla clientela merci sulla rotta Palermo-Genova una griglia di sconti, da calcolarsi in relazione alla tariffa base di tale rotta (al netto di imposte e addizionali varie tra cui diritti di emissione polizza di carico, *inspection fee*, costi di movimentazione, *bunker surcharge*, ecc.) indicata sul listino valido per la stagione commerciale di riferimento. Lo sconto sarebbe stato commisurato esclusivamente ai volumi generati dalla clientela sulla predetta rotta in un lasso di tempo comunque non superiore ad un anno, tenuto conto delle condizioni di pagamento e/o di credito concordate con i clienti stessi. Al fine di agevolare il monitoraggio di tale misura, GNV si impegnavo a consegnare un *report* contenente l'elenco dei clienti beneficiari di condizioni difformi da quelle previste, fornendone adeguata motivazione. La griglia non avrebbe previsto sconti superiori al 30%, con possibilità di derogare, dandone comunicazione all'Autorità, solo in ragione della natura della clientela (clienti c.d. “top” o “strategici”) o dell'esigenza di *matching* di eventuali offerte dei concorrenti.

GNV si impegnavo inoltre a non applicare penalizzazioni nelle condizioni economiche previste per le rotte diverse dalla Palermo-Genova, nei confronti dei clienti che si fossero avvalsi dei servizi di T-Link sulla rotta Termini Imprese-Genova Voltri e a non incrementare la capacità di trasporto merci sulla rotta Palermo-Genova, se non a causa dell'accertata esigenza di assicurare l'imbarco dei veicoli commerciali, vista la carenza di stiva sulle navi già in esercizio sulla medesima rotta e non in relazione alle sole esigenze di sgombero

dei piazzali. Per agevolare il monitoraggio di tale misura, la parte avrebbe fornito, entro il 30 giugno di ogni anno, una previsione delle eventuali corse aggiuntive da predisporre nel periodo estivo.

Infine, GNV si impegnava a “sterilizzare” la propria presenza nel Consiglio di Amministrazione di Stazioni Marittime Spa, facendo rassegnare le dimissioni ai propri rappresentanti e sostituendoli con soggetti dotati dei requisiti di indipendenza previsti dall’articolo 148, comma 3, del decreto legislativo n. 58/98; i nomi dei nuovi membri sarebbero stati poi comunicati all’Autorità.

A seguito delle osservazioni emerse dalla consultazione pubblica successiva alla pubblicazione degli impegni di GNV, quest’ultima ha apportato nel marzo del 2010 alcune modifiche accessorie agli impegni originari, in particolare riformulando le misure di natura commerciale, esplicitando più chiaramente le caratteristiche della griglia di sconti, circoscrivendone le deroghe consentite e ancorando queste ultime a parametri oggettivi, e introducendo poi nuove previsioni volte a definire in modo più dettagliato gli obblighi informativi di GNV nei confronti dell’Autorità, al fine di semplificare ed aumentare l’efficacia dell’attività di monitoraggio di quest’ultima.

Gli impegni così integrati sono stati valutati dall’Autorità idonei a rimuovere le preoccupazioni concorrenziali in merito alle condotte di GNV, in quanto nel complesso valgono ad ancorare la politica commerciale di GNV a parametri obiettivi, eliminando le potenzialità escludenti di sconti selettivi miranti ad escludere i concorrenti, in un contesto di sufficiente trasparenza informativa nei confronti dell’Autorità, in modo che quest’ultima possa attuare un monitoraggio effettivo degli impegni stessi; questi ultimi sono, quindi, stati resi obbligatori, concludendo il procedimento senza accertare l’illecito.

## *Intese*

### *SERVIZI DI AGENZIA MARITTIMA*

Nel maggio 2010, l’Autorità ha avviato un’istruttoria nei confronti di numerose imprese (Agenzia Marittima Le Navi Spa, APL Italia Agencies Srl, Banchemo Costa & C. Spa, China Shipping Italy Agency Co. Srl, CMA CGM Italia Srl, Coscon Italy Srl, Gastaldi & C. Spa, Hapag Lloyd Italy Srl, K-Line Italia Srl, Maersk Italia Spa, Medov Srl, Safmarine Italia Srl, Paolo Scerni Spa, Yang Ming Italy Spa e Zim Italia Srl), dell’Associazione Agenti Raccomandatori Mediatori Marittimi Agenti Aerei di Genova (Assagenti) e dell’Associazione Spedizionieri Corrieri e Trasportatori di Genova (Spediporto) al fine di accertare l’esistenza di un’eventuale intesa restrittiva della concorrenza in violazione dell’articolo 101 del TFUE nel mercato dei servizi di agenzia marittima. Il procedimento è stato avviato a seguito di una segnalazione, pervenuta nel dicembre 2009, avente ad oggetto il presunto coordinamento delle condotte commerciali posto in essere da numerose imprese attive nei servizi di agenzia marittima, anche attraverso le associazioni di categoria Assagenti e da Spediporto.

Nel provvedimento di avvio, l’Autorità ha rilevato che dalla documentazione disponibile si può desumere, quantomeno dalla primavera del 2007 e almeno

fino al mese di dicembre 2009, l'esistenza di un'intesa tra i principali operatori del mercato, avente ad oggetto la definizione congiunta delle politiche commerciali, e in particolare di quelle tariffarie. Tale coordinamento si sarebbe realizzato attraverso incontri tra le suddette imprese e con il contributo organizzativo dell'associazione di categoria Assagenti, durante i quali queste avrebbero definito le tariffe dei servizi resi alla clientela, nonché i relativi aumenti delle stesse.

Dagli elementi a disposizione sembrerebbe, inoltre, che la citata associazione di categoria abbia partecipato attivamente a tale coordinamento, anche inviando circolari alle imprese associate al fine di agevolare l'attuazione degli aumenti, nonché di informare tutte le imprese del settore delle decisioni assunte in ambito associativo. Parimenti significativo risulterebbe il contributo fornito dall'Associazione Spediporto, che avrebbe siglato poi l'accordo tariffario preventivamente definito dalle imprese di agenzia marittima in ambito associativo.

L'Autorità ha ritenuto che le suddette condotte potrebbero rivelare l'esistenza di un'alterazione delle dinamiche competitive nel mercato dei servizi di agenzia marittima e potrebbero essere il risultato di un'intesa orizzontale finalizzata ad evitare un corretto confronto concorrenziale tra gli operatori del settore, in violazione dell'articolo 101 del TFUE.

Nell'ottobre del 2010, considerando che dalla documentazione agli atti del procedimento emerge che a partire dal 1° marzo del 2008 l'intesa riguarderebbe, oltre ai corrispettivi per i servizi agenziali resi agli spedizionieri, anche il c.d. "sconto di fidelizzazione" applicabile a questi ultimi, l'Autorità ha esteso oggettivamente il procedimento anche alle ulteriori attività di coordinamento delle politiche commerciali relative a tale sconto di fidelizzazione. Al 31 dicembre 2010, l'istruttoria è in corso.

### *Segnalazioni*

#### *COMUNE DI SANTO STEFANO DI CAMASTRA (ME) - COSTITUZIONE DI UNA SOCIETÀ PER LA REALIZZAZIONE E GESTIONE DI UN PORTO TURISTICO*

Nell'ottobre 2010, l'Autorità ha inviato alcune osservazioni, ai sensi dell'articolo 22 della legge n. 287/90, al Comune di Santo Stefano di Camastra, in merito alla costituzione di una società mista pubblico/privata per la realizzazione e gestione di un porto turistico.

In via generale, l'Autorità ha ricordato che nel corso degli ultimi anni si è assistito ad un crescente sviluppo di fenomeni c.d. di partenariato pubblico/privato che, come noto, rimanda a forme di cooperazione tra *partner* pubblici e privati che - solitamente - costituiscono un'entità a capitale misto per l'esecuzione di appalti pubblici o di concessioni.

Sotto un diverso profilo, l'Autorità ha rammentato che qualora - nella gestione dei servizi pubblici - le Amministrazioni propendano per siffatti modelli organizzativi, secondo il costante orientamento giurisprudenziale comunitario e nazionale, il partner privato dovrebbe essere selezionato nell'ambito di una procedura trasparente e concorrenziale che abbia per oggetto sia l'appalto pubblico o la concessione da aggiudicare all'entità a capitale misto, sia il

contributo operativo del partner privato all'esecuzione di tali prestazioni e/o il suo contributo amministrativo alla gestione dell'entità a capitale. Ciò al fine di consentire a tutti gli operatori economici interessati di concorrere all'aggiudicazione degli appalti o delle concessioni a condizioni eque e trasparenti nello spirito del mercato interno europeo, elevando al contempo la qualità dei servizi resi e riducendone i costi grazie ad una maggiore concorrenza.

L'Autorità ha sottolineato che a deporre in questo senso è anche la disposizione di cui all'articolo 23-bis, comma 2, lettera b), del decreto-legge n. 112 del 25 giugno 2008, a norma del quale il conferimento della gestione dei servizi pubblici locali può avvenire, in via ordinaria, a favore di società a partecipazione mista pubblica e privata, *“a condizione che la selezione del socio avvenga mediante procedure competitive ad evidenza pubblica.....le quali abbiano ad oggetto, al tempo stesso, la qualità di socio e l'attribuzione di specifici compiti operativi connessi alla gestione del servizio”*.

Dopo aver ricordato i numerosi interventi di segnalazione nell'ambito dei quali l'Autorità ha già avuto modo di affrontare la tematica, è stata richiamata in particolare la segnalazione AS468, del 31 luglio 2008, *“Affidamento di servizi pubblici locali aventi rilevanza economica secondo modalità c.d. in house”*, nella quale l'Autorità ha sottolineato che, in ipotesi di affidamento di servizi pubblici locali a società miste, il socio privato deve essere individuato mediante il *“ricorso alla procedura di gara”*, al fine di attivare *“una concorrenza per il mercato che assicuri la scelta dell'operatore più idoneo .... ad offrire il servizio migliore al minor costo”*.

Alla luce delle considerazioni esposte, l'Autorità ha auspicato il rispetto dei principi richiamati da parte del Comune di Santo Stefano di Camastra.

## TRASPORTO PUBBLICO LOCALE

### *Separazioni societarie*

#### *COMUNE DI MILANO - ATM / ATM SERVIZI*

Nel dicembre 2011, l'Autorità ha concluso un procedimento istruttorio nei confronti della società ATM Azienda Trasporti Milanese Spa ai sensi dell'articolo 8, comma 2-sexies della legge n. 287/90, per inottemperanza agli obblighi di cui al comma 2-bis e 2-ter del medesimo articolo. ATM è la società pubblica che gestisce il trasporto pubblico locale nel Comune di Milano. In quanto impresa che esercita un servizio di interesse economico generale, essa è tenuta, ai sensi dell'articolo 8, comma 2-bis della legge, ad operare mediante società separate in mercati diversi da quelli in cui è titolare dell'esclusiva, nonché a darne preventiva comunicazione all'Autorità, ai sensi del comma 2-ter della medesima disposizione di legge.

Nel corso del procedimento istruttorio, l'Autorità ha accertato che: i) ATM aveva esercitato attività di noleggio di autobus con conducente, mediante l'ATI Milano Turismo Mobilità (costituita con altre due società), dal settembre 2005 fino al marzo 2007, data di scioglimento di tale ATI; ii) la stessa aveva



partecipato, in raggruppamento temporaneo di imprese con altra società, alla gara indetta da Poste Italiane Spa nel 2008 per l'affidamento del servizio di noleggio di autobus con conducente per il trasporto del personale di Poste Italiane, risultandone aggiudicataria.

L'Autorità ha considerato che per svolgere tali attività ATM avrebbe dovuto fare ricorso a società separata, dandone preventiva comunicazione all'Autorità come previsto dall'articolo 8, commi 2-*bis* e 2-*ter*, della legge n. 287/90. In ragione della gravità e della durata delle due violazioni accertate, l'Autorità ha irrogato alla società ATM Trasporti Milanesi Spa due distinte sanzioni amministrative pecuniarie, pari ciascuna a 5 mila euro.

#### *SP83B FERROVIA ADRIATICO SANGRITANA*

Nell'ottobre 2010, l'Autorità ha avviato un procedimento istruttorio nei confronti della società Ferrovia Adriatico Sangritana Spa (FAS), concessionaria in esclusiva di una serie di servizi di TPL nella Regione Abruzzo, contestando la violazione dell'articolo 8, commi 2-*bis* e 2-*ter*, della legge n. 287/90, per non aver operato mediante una società separata per lo svolgimento dell'attività di noleggio da rimessa e di gestione di agenzie di viaggio e turismo.

In particolare, FAS, in quanto concessionaria in via esclusiva di una serie di servizi di TPL, ove intenda svolgere attività in mercati diversi rispetto a quelli in cui è concessionaria, come nella specie devono ritenersi quelli relativi al noleggio da rimessa e alla gestione di agenzie di viaggio e turismo, è tenuta, ai sensi dell'articolo 8, commi 2-*bis* e 2-*ter*, della legge n. 287/90, ad operare mediante società separata, o costituendo tale società o acquisendo il controllo di società operanti nei mercati diversi, e a comunicare preventivamente all'Autorità tali evenienze.

Dalla documentazione acquisita, emerge che FAS continua a svolgere direttamente, in regime di concorrenza e, pertanto, in assenza di separazione societaria, attività di noleggio da rimessa con conducente e gestione di agenzie di viaggio e turismo, nonostante la pronuncia contenuta nel provvedimento dell'Autorità 17 maggio 2007 n. 16837, con la quale è stata già contestata alla società Ferrovia Adriatico-Sangritana Spa la violazione dell'articolo 8, commi 2-*bis* e 2-*ter*, della legge n. 287/90, ed è stata comminata una sanzione pecuniaria pari a 10 mila euro.

L'Autorità ha, pertanto, deliberato di avviare l'istruttoria nei confronti della società per l'accertamento della violazione dell'articolo 8, commi 2-*bis*) e 2-*ter*). Al 31 dicembre 2010, il procedimento è in corso.

#### *Segnalazioni*

##### *COMUNE DI CATANIA- BANDO DI GARA PER LA COSTRUZIONE DI PARCHEGGI SOTTERRANEI*

Nel dicembre 2010, l'Autorità ha inviato alcune osservazioni, ai sensi dell'articolo 22 della legge n. 287/90, al Presidente del Consiglio comunale di Catania in merito alle delibere assunte da tale Amministrazione con riferimento alla gara per l'appalto del parcheggio di piazza Europa a Catania.

In particolare, l'Autorità ha ritenuto opportuno segnalare che la decisione dell'Amministrazione, successiva all'aggiudicazione della gara, di modificare il progetto originario - a prescindere dalle questioni penali ed amministrative sollevate dalla vicenda - appariva suscettibile di limitare artificiosamente il confronto concorrenziale.

Infatti, a fronte del progetto originario di realizzazione di un parcheggio sotterraneo, hanno partecipato alla gara unicamente le società che hanno ritenuto profittevole, per il loro profilo imprenditoriale, la realizzazione di una simile opera. Tuttavia, la successiva modifica, che ha previsto la realizzazione di un centro commerciale oltre alla costruzione del parcheggio, avrebbe potuto rendere appetibile la partecipazione alla gara d'appalto anche ad altre società, ampliando il novero delle imprese interessate a presentare un'offerta con eventuale vantaggio economico anche per l'Amministrazione appaltante.

#### *COMUNE DI ALATRI (FR) - TRASPORTO PUBBLICO SCOLASTICO*

Nel giugno 2010, l'Autorità ha inviato al Comune di Alatri alcune osservazioni, ai sensi dell'articolo 22 della legge n. 287/90, in merito alle modalità di affidamento del servizio di trasporto scolastico scelte da tale amministrazione locale per il periodo 2006-2010.

L'Autorità, intervenuta più volte sulla materia, ha auspicato il ricorso alle procedure ad evidenza pubblica da parte delle pubbliche amministrazioni per l'affidamento del servizio di trasporto pubblico locale. Più in generale, gli interventi dell'Autorità sono stati finalizzati ad assicurare il corretto esercizio della discrezionalità amministrativa nell'attività di acquisto di beni e servizi, pur nel rispetto delle "valutazioni tecniche" effettuate dagli enti appaltanti.

Con specifico riferimento alle gare indette dal Comune di Alatri, rispettivamente nell'ottobre 2006 e nel dicembre 2009, relativamente all'affidamento del servizio di trasporto pubblico scolastico, l'Autorità ha richiamato l'attenzione dell'Amministrazione affinché in futuro fossero predisposti bandi di gara e relativi capitoli d'appalto idonei a garantire la selezione del prestatore più efficiente. Ha altresì sottolineato come il ricorso all'affidamento diretto dovesse essere strettamente limitato al tempo necessario a garantire il servizio nelle more della predisposizione del nuovo bando.

L'Autorità ha pertanto auspicato che il Comune di Alatri tenesse in adeguata considerazione le proprie osservazioni, al fine di tutelare e promuovere nel modo più efficace la concorrenza nel settore del trasporto pubblico locale.

#### *MODALITÀ DI AFFIDAMENTO DELLA GESTIONE DEI SERVIZI DI TRASPORTO PUBBLICO LOCALE NELLA PROVINCIA AUTONOMA DI BOLZANO*

Nel maggio 2010 l'Autorità ha inviato alcune osservazioni, ai sensi dell'articolo 21 della legge n. 287/90, al Presidente della Provincia Autonoma di Bolzano e all'Assessore all'Artigianato, Industria, Commercio, Mobilità e Personale della Provincia autonoma di Bolzano, in merito a possibili effetti distorsivi della concorrenza derivanti dalla modalità prescelta per l'affidamento della gestione di alcuni servizi di trasporto pubblico locale.

Innanzitutto, pur riconoscendo il fondamentale principio costituzionale di autonomia dei poteri locali, l'Autorità ha sottolineato come esso non possa essere assunto come fondamento e giustificazione per scelte normative ed amministrative in contrasto con i principi a tutela della concorrenza. Alla luce dell'ormai consolidata giurisprudenza costituzionale, infatti, la tutela della concorrenza rientra nelle competenze c.d. trasversali dello Stato, nell'ambito delle scelte di politica economica ad esso riservate in virtù dell'articolo 117, comma 2, lettera e) della Costituzione.

Alla luce di ciò, l'Autorità ha ritenuto che i tre decreti, adottati dalla Provincia di Bolzano tra il mese di giugno e il dicembre 2009, aventi ad oggetto affidamenti diretti della gestione di servizi pubblici locali in favore della SAD Trasporto Locale Spa si ponessero in contrasto con la *ratio* dell'articolo 23-bis della legge n. 133/08, così come modificato dall'articolo 15 del decreto legge n. 135/09.

L'Autorità ha osservato, infatti, che la modalità di affidamento prescelta non appariva idonea né a garantire il rispetto dei principi concorrenziali, né ad assicurare l'eccezionalità del ricorso all'affidamento *in house*; per contro, essa determinava una situazione di conflitto di interesse in capo agli enti pubblici locali, risultando essi al contempo affidatari del servizio, azionisti e amministratori della società di gestione dei servizi, nonché componenti degli organismi chiamati a vigilare sulla medesima. L'Autorità ha auspicato un riesame della materia da parte della Provincia.

#### *PROVINCIA DI FIRENZE - GARA PER L'AFFIDAMENTO DEI SERVIZI DI TPL*

Nell'aprile 2010, l'Autorità ha reso un parere, ai sensi dell'articolo 22 della legge n. 287/90, richiesto dalla Provincia di Firenze in merito ad alcune questioni connesse alla gara per l'affidamento della gestione dei servizi TPL su gomma nel periodo 2010-15, che la suddetta amministrazione stava espletando. In particolare, la Provincia di Firenze chiedeva se i soggetti che gestivano i servizi oggetto di gara avessero l'obbligo di mettere a disposizione dell'ente affidante una serie di informazioni analitiche su composizione e trattamento economico del personale, da inserire negli atti di gara.

Al riguardo, l'Amministrazione aveva fatto presente che la normativa regionale richiedeva che l'ente affidante trasmettesse all'impresa subentrante una serie di informazioni sul personale, nella disponibilità dell'impresa cessante, necessarie a gestire le relative procedure di trasferimento. Conseguentemente, essa si era attivata per effettuare la ricognizione del personale addetto presso le imprese precedentemente affidatarie, inviando le relative richieste di informazioni.

Posto che tali richieste rispondevano all'obiettivo di mettere a disposizione di tutti i concorrenti un quadro informativo completo, dal quale fosse possibile derivare una valutazione del reale impatto economico del personale oggetto di trasferimento, la Provincia aveva chiesto all'Autorità se ritenesse opportuno e necessario che fossero messi a disposizione di ogni concorrente una serie di dati relativi a composizione e trattamento economico del personale.

Nel rispondere alla richiesta di parere, l'Autorità ha svolto innanzitutto due considerazioni preliminari in merito alla gara in questione.

Con riferimento alla scelta di prevedere nel bando di gara, relativo al quinquennio 2010-2015, un unico lotto integrato sotto il profilo geografico, l'Autorità ha sottolineato come l'aggregazione territoriale del servizio in capo a un unico gestore, ancorché selezionato mediante procedura ad evidenza pubblica, fosse suscettibile di restringere indebitamente il numero dei partecipanti alla gara; per questo, sarebbe stato preferibile articolare la gara su più lotti, lasciando che fosse il mercato a configurare la dimensione ottima dell'affidamento. L'Autorità ha osservato, inoltre, come l'obbligo normativo previsto per il vincitore della gara di assorbire l'intera manodopera alle condizioni economiche e contrattuali vigenti potesse rappresentare un importante disincentivo all'ingresso di nuovi operatori sul mercato, limitando i benefici attesi dalla liberalizzazione; ciò appariva tanto più rilevante nel caso in questione, in cui l'obiettivo di tutela dei livelli occupazionali veniva perseguito con l'imposizione di una clausola di protezione sociale particolarmente ampia.

Ciò premesso, l'Autorità ha ritenuto che in un contesto in cui le probabilità di un esito pro-concorrenziale della gara erano già seriamente ipotecate dalle suddette circostanze, fosse cruciale evitare ogni ulteriore indebita restrizione. Pertanto, al fine di garantire la parità effettiva tra tutti i soggetti interessati a partecipare alla selezione, l'Autorità ha ritenuto: *i)* che fosse fondamentale fornire a chiunque fosse stato interessato a presentare un'offerta tutti i dati necessari ad una corretta valutazione degli oneri e delle prospettive di redditività dei servizi oggetto di gara; *ii)* che tra i dati in questione andassero inclusi anche quelli, sia di natura numerica che qualitativa, relativi al personale di cui l'eventuale subentrante si sarebbe fatto carico.

L'Autorità ha altresì sottolineato che, nell'individuazione delle informazioni necessarie per partecipare alla gara, si sarebbe potuto fare riferimento ai corrispondenti dati messi a disposizione dei partecipanti in occasione della gara bandita per l'affidamento degli stessi servizi per il quinquennio precedente (2005-2010); inoltre, in caso di informazioni rilevanti contenute in documenti per i quali sarebbero potute sorgere questioni di riservatezza aziendale, l'ente aggiudicatario avrebbe potuto comunque mettere a disposizione dei potenziali partecipanti uno stralcio significativo della documentazione aziendale, contenente i soli dati, se del caso opportunamente aggregati a cura dell'ente aggiudicatario, funzionali all'ottimale formulazione dell'offerta.

Infine, l'Autorità ha auspicato una modifica in senso maggiormente concorrenziale della clausola di protezione sociale contenuta nella legge regionale Toscana n. 42/98, nonché una revisione del meccanismo della gara in oggetto, volta a bilanciare le istanze connesse alla ricerca di economie di scala con le esigenze di contendibilità del mercato.

#### *SISTEMA DI QUALIFICAZIONE DI PRESTATORI DI SERVIZI RELATIVO AI SERVIZI DI TRASPORTO PUBBLICO LOCALE NEL COMUNE DI MILANO*

Nell'aprile 2010, l'Autorità ha inviato alcune osservazioni, ai sensi dell'articolo 21 della legge n. 287/90, al Sindaco di Milano, al Presidente del

Consiglio comunale di Milano e al Direttore del Settore Attuazione Mobilità e Trasporti del Comune di Milano in merito al Sistema di Qualificazione di Prestatori di Servizi relativo ai servizi di trasporto pubblico locale, istituito con Determinazione Dirigenziale nel dicembre 2002 e successivamente re-istituito nel gennaio 2006. L'iniziativa di istituire un sistema di qualificazione, finalizzato all'individuazione delle imprese da ammettere alla procedura di gara ristretta per la gestione dei servizi di trasporto pubblico locale urbani e di area urbana di Milano, presentava diversi profili di criticità sotto il profilo concorrenziale, nonostante essa risultasse coerente con le disposizioni di cui al decreto legislativo n. 158/95 e successive modificazioni.

La caratteristica principale del bando era rappresentata dall'individuazione di quattro sottosistemi per categorie di specializzazione. Al riguardo, l'Autorità ha osservato come l'accorpamento di diverse modalità di trasporto, sebbene favorisca lo sfruttamento di economie di scala e di gamma, possa ostacolare l'accesso al mercato e un effettivo confronto concorrenziale laddove a ogni partecipante, da solo o in associazione temporanea d'impresa, siano richieste specifiche competenze professionali differenti dal punto di vista tecnico-gestionale. In particolare, nel caso in oggetto, l'aggregazione di diverse modalità di trasporto in capo ad un unico gestore, dati i requisiti di ammissione al Sistema di Qualificazione, finiva inevitabilmente per ridurre il numero dei partecipanti selezionati; inoltre, tale scelta non sembrava giustificata da ritorni in termini di efficienza per l'amministrazione appaltante e in termini di riorganizzazione e razionalizzazione dei servizi di TPL. Infine, la fissazione di requisiti eccessivamente rigidi determinava un ulteriore effetto restrittivo della concorrenza, considerate anche le peculiarità economiche e dimensionali del Comune di Milano. Tali osservazioni apparivano confermate dall'esito del processo di pre-selezione, il quale aveva ammesso alla fase successiva unicamente una società, peraltro gestore in carica dei servizi di TPL nel Comune di Milano.

Da ultimo, l'Autorità ha ribadito la propria convinzione che nel settore del trasporto pubblico locale le situazioni di conflitto di interessi tra l'amministrazione che bandisce la gara e la società controllata dal medesimo ente siano suscettibili di restringere in misura non trascurabile la concorrenza e ne ha pertanto auspicato il superamento.

#### *REGIONE PIEMONTE - GARE PER L'AFFIDAMENTO DI SERVIZI FERROVIARI REGIONALI*

Nel gennaio 2010, l'Autorità ha reso un parere richiesto ai sensi dell'articolo 22 della legge n. 287/90 dalla Regione Piemonte in merito ad alcune questioni connesse alla gara europea per l'affidamento dei servizi ferroviari regionali che l'amministrazione stava espletando. In particolare, la Regione chiedeva se, in sede di indizione di gara, sussistesse l'obbligo, da parte di Trenitalia, di RFI o da parte di chiunque ne avesse la disponibilità, di mettere a disposizione dell'eventuale subentrante i depositi, le officine e in generale gli impianti per la manutenzione e il ricovero del materiale rotabile ricadenti sul territorio afferente ai servizi dei 3 lotti interessati, o comunque ad essi

funzionalmente collegati anche se al di fuori di tale territorio; in caso di risposta affermativa, la Regione Piemonte chiedeva quali fossero i poteri attribuiti dalla legge alle Regioni in materia, a tutela del principio di non discriminazione.

La Regione chiedeva altresì se, in sede di indizione di gara, Trenitalia fosse tenuta a fornire all'ente appaltante i dati commerciali più recenti in suo possesso con il livello di dettaglio richiesto e se l'indicazione nel Capitolato d'Oneri di tali dati quantitativi e/o economici costituisse violazione di norme o principi di tutela della riservatezza dei dati aziendali. La Regione chiedeva infine se, in sede di indizione di gara, sussistesse un obbligo in capo a Trenitalia di fornire all'ente appaltante un elenco non nominativo del personale preposto all'erogazione del servizio che la stessa non intendeva trattenere presso l'Azienda in caso di subentro, con indicazione per ciascun addetto di una serie di dati (quali ad esempio tipologia contrattuale vigente con eventuali accordi integrativi, qualifica CCNL, inquadramento, ecc); in caso di risposta affermativa, si chiedeva quali fossero i poteri attribuiti dalla legge alle Regioni in materia, sempre a tutela del principio di non discriminazione.

Per quanto riguarda il primo quesito, l'Autorità ha rilevato che, nel caso delle infrastrutture in questione, la loro non duplicabilità a costi sostenibili, caratteristica tipica dell'*essential facility*, non era accertabile *ex ante* sulla base di parametri oggettivi, ma era strettamente correlata alla disponibilità concreta e in tempi e costi ragionevoli di eventuali strutture alternative. Di conseguenza, l'Autorità ha auspicato che l'*incumbent* fornisse tempestivamente chiare indicazioni in merito alla disponibilità delle aree di manutenzione e alla possibilità di un loro utilizzo per l'espletamento dei servizi nel bacino ferroviario interessato dalla gara; inoltre, l'*incumbent* avrebbe dovuto specificare la dislocazione delle aree utilizzabili dall'eventuale subentrante, le condizioni economiche di accesso, nonché indicare se tali aree potevano essere ritenute sufficienti a coprire le esigenze dei bacini interessati dalla gara.

L'Autorità ha poi ritenuto che, qualora non fosse stato possibile dare accesso a determinate aree, in presenza di comprovati vincoli di capacità, l'*incumbent* avrebbe dovuto informare il mercato, in tempi sufficienti a consentire l'individuazione di alternative a costi sostenibili, prima del termine per la presentazione delle offerte; poiché, infatti, nel caso di specie, le eventuali alternative consistevano nell'utilizzo di aree prive delle attrezzature e degli immobili necessari a espletare il servizio, gli operatori interessati a partecipare alla gara avrebbero dovuto disporre di tempi congrui per valutare i vari elementi.

Riguardo agli altri quesiti, l'Autorità ha ricordato che i bandi di gara e i relativi capitolati dovrebbero essere formulati in modo da minimizzare il rischio di asimmetrie informative a svantaggio della concorrenza potenziale. Nel caso in esame, quindi, avrebbero dovuto essere resi disponibili almeno i dati economici fondamentali sulle quantità di servizi da rendere e sui ricavi attesi. Allo stesso modo, l'Autorità ha ritenuto che avrebbero dovuto essere fornite le informazioni relative al personale di cui l'eventuale subentrante avrebbe dovuto farsi carico, trattandosi di dati necessari ad una corretta valutazione degli oneri e delle prospettive di redditività dei servizi oggetto di gara.



## *Abusi*

### *WIND-FASTWEB/ CONDOTTE TELECOM ITALIA*

Nel giugno 2010, l'Autorità ha avviato un'istruttoria nei confronti della società Telecom Italia Spa al fine di accertare l'esistenza di eventuali violazioni dell'articolo 102 del TFUE nei mercati all'ingrosso dell'accesso alle infrastrutture di rete in postazione fissa e dell'accesso a banda larga e nei mercati al dettaglio dei servizi di accesso alla rete telefonica pubblica in postazione fissa, dei servizi di telefonia vocale e dei servizi di accesso ad *internet* a banda larga.

L'istruttoria è stata avviata a seguito di alcune segnalazioni trasmesse dalle società Wind Telecomunicazioni Spa e Fastweb Spa in merito a presunte condotte anticoncorrenziali di Telecom consistenti, in estrema sintesi, in: *i*) rifiuti di attivazione di servizi all'ingrosso richiesti dai concorrenti per la fornitura di alcuni servizi ai clienti finali; *ii*) applicazione di rilevanti sconti alla clientela *business* nelle aree aperte al servizio di *unbundling* del *local loop* (di seguito ULL) tali da non consentire agli operatori alternativi (OLO) di competere in maniera efficace.

Nel provvedimento di avvio, l'Autorità ha considerato in primo luogo che il segnalato elevato numero di rifiuti di attivazione opposti da Telecom, adducendo motivazioni tecniche ingiustificate o pretestuose oppure non adottando sufficiente diligenza nella gestione dei propri processi di fornitura di servizi *wholesale*, potrebbe essere riconducibile ad una strategia dell'operatore ex-monopolista volta ad ostacolare e ritardare, in maniera strumentale, le attivazioni di servizi *wholesale* richiesti dagli operatori alternativi. Ove ciò risulti confermato, tali condotte integrerebbero gli estremi di un abuso di tipo escludente sui mercati all'ingrosso dell'accesso alla rete fisica e dell'accesso a banda larga, con effetti sui corrispondenti mercati al dettaglio dei servizi vocali e dei servizi di accesso voce ed *internet*, in ragione della natura verticalmente integrata di Telecom, nonché sulla clientela finale.

Secondariamente, l'Autorità ha considerato che la circostanza che Telecom applichi condizioni economiche non replicabili da parte dei concorrenti, relativamente ai canoni al dettaglio di alcuni servizi di telefonia vocale destinati alla clientela *business* nelle aree ULL, potrebbe configurare una pratica abusiva di tipo escludente, basata sulla compressione dei margini di profitto.

Al 31 dicembre 2010 l'istruttoria è in corso.

### *TELECOM ITALIA - GARE AFFIDAMENTO SERVIZI TELEFONIA FISSA E CONNETTIVITÀ IP*

Nel maggio 2010, l'Autorità ha avviato un'istruttoria nei confronti della società Telecom Italia Spa al fine di accertare l'esistenza di eventuali violazioni dell'articolo 102 del TFUE nei mercati dell'accesso all'ingrosso alle infrastrutture di rete in postazione fissa, dell'accesso a banda larga all'ingrosso e nei mercati al dettaglio dei servizi di accesso alla rete telefonica

pubblica in postazione fissa, dei servizi di telefonia vocale e dei servizi di accesso ad *internet* a banda larga. L'istruttoria è stata avviata a seguito di una segnalazione della società Fastweb Spa, nella quale essa lamentava presunti comportamenti anticoncorrenziali attuati da Telecom al fine di ostacolarla nella formulazione di offerte competitive nelle procedure di gara bandite, alla fine del mese di marzo 2010, per l'affidamento dei servizi di telefonia fissa e connettività IP in favore delle amministrazioni pubbliche ("gara Consip") e di Enel Spa ("gara Enel").

L'Autorità ha considerato che i fatti e i comportamenti denunciati sembrerebbero evidenziare che Telecom Italia, operatore dominante nella fornitura di servizi di accesso all'ingrosso alla rete di telefonia fissa, abbia adottato comportamenti abusivi di natura escludente consistenti nella mancata fornitura di informazioni e servizi a livello *wholesale* necessari per la predisposizione, da parte degli operatori concorrenti, di offerte economiche e tecniche competitive alla clientela non residenziale. A titolo esemplificativo, tali informazioni avrebbero riguardato la configurazione, anche prospettica, della rete alla quale gli operatori alternativi devono interconnettersi per fornire i propri servizi al dettaglio, nonché le eventuali limitazioni tecniche alla fornitura di servizi di accesso all'ingrosso; la fornitura di condizioni e modalità di servizi all'ingrosso necessari per la predisposizione di offerte ai clienti finali.

L'Autorità ha valutato che tali condotte potrebbero assumere un evidente connotato discriminatorio laddove Telecom, in virtù della propria integrazione verticale, renda invece tali *input* informativi disponibili per le proprie divisioni commerciali, conferendo loro un indebito vantaggio competitivo rispetto ai concorrenti. E' stato inoltre osservato che l'esistenza di una regolamentazione sulle condizioni economiche e tecniche dei servizi che TI è tenuta ad offrire agli OLO non esaurisce tutte le possibili esigenze commerciali originanti da particolari commesse, quali ad esempio i bandi di gara in esame, caratterizzati da un'elevata complessità dei servizi richiesti, un forte livello di personalizzazione nonché una durata e un valore della fornitura particolarmente consistenti.

L'Autorità ha pertanto ritenuto che le suddette condotte potrebbero avere un effetto escludente sui mercati a valle dell'accesso alla rete telefonica fissa, dell'accesso a banda larga nonché dei servizi di telefonia vocale ai clienti non residenziali. Le stesse condotte assumono, peraltro, particolare rilevanza concorrenziale nell'ambito di procedure di gara per la fornitura di servizi di telefonia e connettività IP a grandi clienti, quali quelle svolte attualmente da Consip ed Enel. Tali gare, infatti, oltre ad avere una particolare consistenza in termini di valore complessivo, hanno un significativo valore strategico per gli operatori, atteso che l'aggiudicazione di forniture di tale peso e di lunga durata consente ad un operatore alternativo di utilizzare gli investimenti infrastrutturali effettuati per la fornitura ai grandi clienti per espandere geograficamente la propria capacità concorrenziale e per raggiungere in tempi più brevi un numero di clienti sufficiente a generare economie di scala necessarie per poter competere efficacemente con l'operatore *incumbent*. Al 31 dicembre 2010 l'istruttoria è in corso.

## Segnalazioni

### PROVINCIA AUTONOMA DI TRENTO - FINANZIAMENTI PER DIFFUSIONE DI SERVIZI DI CONNETTIVITÀ AVANZATE

Nell'agosto 2010, l'Autorità, a seguito del ricevimento della relativa richiesta, ha reso un parere ai sensi dell'articolo 22 della legge n. 287/90 alla Provincia autonoma di Trento in merito alla procedura a evidenza pubblica della stessa per l'aggiudicazione di un finanziamento, mediante la concessione di aiuti di Stato, per un programma di investimenti per la diffusione di servizi di connettività avanzata nelle aree non raggiunte dal servizio di connettività a causa del fallimento del mercato nella provincia di Trento.

Considerato che l'individuazione di tali aree era avvenuta a seguito di una dettagliata analisi tecnico-economica delle condizioni di mercato ed infrastrutturali del territorio, l'Autorità ha considerato che la misura appariva complessivamente in linea con l'obiettivo prefissato, sia a livello nazionale che comunitario, di realizzare una "società dell'informazione", basata sull'utilizzo di reti di telecomunicazioni che assicurino connettività a banda larga, per raggiungere il pieno sviluppo economico dei Paesi membri.

Con riguardo alle caratteristiche del bando e della convenzione predisposti dalla Provincia di Trento, era previsto che l'operatore beneficiario fosse selezionato sulla base dell'offerta economicamente più vantaggiosa e del progetto che rappresenti la migliore integrazione con le infrastrutture già esistenti. L'Autorità ha osservato che tale sistema, da un lato, appariva idoneo a incentivare le offerte che, a condizioni qualitative equivalenti, richiedevano l'importo di aiuto più basso, e dall'altro, consentiva di evitare duplicazioni delle reti già presenti sul territorio.

Con riferimento alle condizioni economiche previste per l'accesso all'ingrosso, era previsto che queste dovessero essere specificate dall'operatore nell'ambito dell'offerta, in termini di tipologie e livelli di servizio offerti e modalità di fornitura. Le stesse dovevano rispettare la regolamentazione nazionale vigente indipendentemente dal potere di mercato. In particolare, i prezzi all'ingrosso dei servizi di accesso per gli altri operatori dovevano essere comparabili con quelli medi presenti nelle aree dove il servizio era già esistente e comunque dovevano rispettare i limiti imposti dal regolatore nazionale per i servizi *bitstream*.

Al riguardo, l'Autorità ha osservato che, se, da un lato, tale vincolo appariva idoneo a consentire anche nelle aree soggette a "divario digitale" l'applicazione di condizioni tecnico-economiche di accesso equivalenti a quelle sottoposte a vaglio regolamentare e finalizzate a consentire lo sviluppo di una concorrenza sostenibile, dall'altro, tale disposizione poteva risultare limitativa. Considerato, infatti, che, sulla base del bando di gara, l'accesso all'ingrosso poteva essere offerto dall'operatore beneficiario con tutte le diverse modalità tecnicamente disponibili (accesso disaggregato, accesso *bitstream*, ecc), l'Autorità ha auspicato l'allineamento delle condizioni relative ai valori regolamentati non venisse limitato ai soli servizi *bitstream*, bensì venisse preso in considerazione anche il listino regolamentato dei servizi di accesso

disaggregato. In tal modo si sarebbe potuta ottenere, anche nelle aree oggetto di finanziamento pubblico, un'evoluzione delle condizioni tecnico-economiche dei servizi di accesso in linea con quelle vigenti in ambito nazionale per l'intera gamma dei servizi di accesso.

L'Autorità ha auspicato che le osservazioni svolte fossero tenute in considerazione nell'ambito della procedura ad evidenza pubblica per l'assegnazione del finanziamento pubblico.

#### *BANDA LARGA NGN IN FAVORE DEI DISTRETTI INDUSTRIALI DELLA PROVINCIA DI LUCCA*

Nel maggio 2010, l'Autorità ha formulato alcune osservazioni ai sensi dell'articolo 22 della legge n. 287/90 in merito al progetto della Provincia di Lucca e della Regione Toscana volto a realizzare, mediante la concessione di aiuti di Stato, un'infrastruttura di rete a banda larga di nuova generazione a supporto principalmente dei distretti industriali c.d. "cartario" e c.d. "lapideo" della provincia di Lucca (progetto "*Banda Larga NGN in favore dei distretti industriali della Provincia di Lucca*").

L'Autorità ha in primo luogo osservato che il progetto in esame aveva come obiettivo lo sviluppo della banda larga e il superamento del *digital divide* di secondo livello nella provincia di Lucca ed ha ritenuto che tale misura fosse in linea con l'obiettivo prefissato, sia a livello nazionale che comunitario, di realizzare una "società dell'informazione", basata sull'utilizzo di reti di telecomunicazioni che assicurino connettività a banda larga, per raggiungere il pieno sviluppo economico dei Paesi membri.

Con riguardo alle caratteristiche del progetto, era previsto che l'infrastruttura pubblica passiva, realizzata dalla Provincia, fosse concessa a Telecom Italia Spa - operatore individuato tramite procedura pubblica di selezione svolta dalla Provincia - in uso gratuito e non esclusivo nella misura di 1/3 della capacità limitatamente ai condotti, mentre per la restante porzione disponibile la Provincia avrebbe garantito il diritto di uso in condizioni di libero, gratuito e indiscriminato accesso agli operatori interessati. L'Autorità ha ritenuto che tale sistema fosse idoneo a incentivare l'operatore aggiudicatario a effettuare l'investimento privato (ACR) supportato dalla Provincia e fosse contestualmente adeguato a consentire ad altri operatori concorrenti di usufruire dell'infrastruttura passiva, installando sulla stessa i propri componenti e apparati di rete al fine di competere in maniera infrastrutturata con Telecom.

Inoltre, nell'ambito del progetto, Telecom aveva assunto un obbligo di consentire l'accesso *wholesale* ad altri operatori sull'infrastruttura di rete che sarebbe stata realizzata e su quelle già esistenti sul territorio, nonché di garantire a livello *wholesale* l'offerta di servizi a terzi a titolo di mera rivendita; in tal modo, i potenziali concorrenti avrebbero potuto disporre di due possibilità di accesso al mercato, distinte sulla base di differenti gradi di infrastrutturazione.

Relativamente alle condizioni economiche previste, l'accesso *wholesale* era soggetto alle condizioni già praticate da Telecom sulla base della proposta

pubblicata a giugno 2009 in materia di “*Offerta wholesale per infrastruttura di posa per lo sviluppo di reti FTTX*”, mentre per quanto concerne il servizio di rivendita era prevista una tariffazione *retail minus* mediante l’applicazione di uno sconto del 10% alle tariffe praticate ai clienti finali. Al riguardo, l’Autorità ha osservato che l’applicazione delle condizioni di offerta *wholesale* per le infrastrutture di posa, in attuazione degli impegni assunti da Telecom nell’ambito della delibera dell’Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni n. 718/08/CONS, sarebbe stata sottoposta alla vigilanza dell’Autorità stessa. Per quanto concerne, invece, la rivendita *wholesale* a terzi operatori dei servizi offerti da Telecom mediante il criterio *retail minus*, l’Autorità ha rilevato che l’orientamento al costo rappresentava il metodo più idoneo a individuare la giusta remunerazione per i servizi prestati e a incentivare l’efficienza; d’altra parte, il criterio del *retail minus* non garantiva una fedele rappresentazione dei costi sottostanti e poteva impedire, qualora la percentuale di margine non fosse adeguata, la piena replicabilità delle offerte da parte degli acquirenti dei servizi all’ingrosso, pregiudicando in tal modo la capacità competitiva degli stessi.

L’Autorità ha infine apprezzato la previsione secondo cui Telecom sarebbe stata tenuta a modificare le condizioni economiche di fornitura dei servizi, sulla base delle eventuali modifiche che fossero state apportate a seguito dell’introduzione di misure regolamentari sulla specifica materia.

*MERCATI DEI SERVIZI DI RACCOLTA E TERMINAZIONE NELLA RETE TELEFONICA PUBBLICA FISSA (MERCATI N. 2 E 3 DELLA RACCOMANDAZIONE 2007/879/CE)*

Nell’aprile 2010, l’Autorità, a seguito del ricevimento della relativa richiesta, ha espresso, ai sensi dell’articolo 22 della legge n. 287/90, alcune considerazioni in merito allo schema di provvedimento dell’Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni concernente “*Mercati dei servizi di raccolta e terminazione nella rete telefonica pubblica fissa (Mercati nn. 2 e 3 della Raccomandazione della Commissione europea n. 2007/879/CE): identificazione ed analisi dei mercati, valutazione di sussistenza del significativo potere di mercato per le imprese ivi operanti ed individuazione degli eventuali obblighi regolamentari*”. In esso l’Autorità di regolazione individuava un unico mercato nazionale della raccolta all’ingrosso di chiamate verso tutte le direttrici (locale, nazionale, *Internet dial-up*, verso numerazione non geografica o mobile), per le diverse tipologie di clientela servita (residenziale e non residenziale) e per le diverse tipologie di postazioni telefoniche (pubbliche e private), che include gli accessi in tecnologia PSTN, ISDN e VoIP *managed* in decade zero. Veniva altresì individuato il mercato nazionale dei servizi di terminazione delle chiamate telefoniche su singola rete fissa mediante accessi di tipo PSTN/ISDN/VoIP *managed* in decade zero.

L’Autorità ha, in primo luogo, condiviso la definizione dei mercati rilevanti adottata dal regolatore settoriale, in quanto ritenuta conforme alla Raccomandazione della Commissione n. 2007/879/CE; in particolare, con riferimento alla definizione geografica, è apparsa condivisibile l’individuazione

di una dimensione nazionale per tutti i mercati considerati, sulla base della localizzazione delle reti fisse degli operatori di telecomunicazioni e della sostanziale omogeneità delle condizioni economiche su tutto il territorio nazionale.

Con riguardo al mercato della raccolta, l'Autorità ha condiviso l'identificazione di Telecom Italia quale detentore di significativo potere di mercato, in virtù del fatto che tale società risultava praticamente l'unico fornitore dei suddetti servizi, mentre gli operatori alternativi utilizzavano la propria rete di accesso prevalentemente per l'autoproduzione di servizi di raccolta telefonica. Eguale valutazione è stata espressa con riguardo alla conclusione secondo cui Telecom Italia ed altri 40 operatori di rete fissa risultavano detentori di significativo potere di mercato nella terminazione di chiamate vocali su rete fissa, iscrivendosi essa in un contesto regolamentare ormai ampiamente consolidato e risultando coerente sia con quanto stabilito nel primo ciclo di analisi, sia con le decisioni adottate da altre Autorità di regolazione nazionali.

Con riferimento agli obblighi regolamentari, poiché l'analisi svolta non aveva individuato mutamenti sostanziali nel livello di infrastrutturazione degli operatori alternativi notificati, l'Autorità ha condiviso il mantenimento dell'impostazione precedentemente adottata, che preservava un legame tra l'entità della terminazione percepita e l'ammontare dei costi sostenuti. Quanto poi agli obblighi di controllo dei prezzi imposti agli operatori alternativi infrastrutturati, l'Autorità ha ricordato che la Commissione europea aveva di recente affermato che le Autorità *“dovrebbero stabilire tariffe di terminazione [...] simmetriche”*, posto che *“l'esistenza di divergenze significative nella regolamentazione delle tariffe di terminazione fisse e mobili crea gravi distorsioni della concorrenza”*, specificando altresì che l'orientamento dei prezzi ai costi rappresentava il miglior mezzo per risolvere il problema legato all'incentivo, da parte degli operatori di terminazione, di innalzare i prezzi al di sopra dei costi; pertanto, era necessario pervenire a una valutazione corretta dei costi degli operatori per la fornitura di questi servizi, attraverso la predisposizione di appositi modelli basati sul calcolo dei costi di un operatore efficiente (c.d. modelli *bottom-up* LRIC).

In proposito, l'Autorità ha rilevato che lo schema di delibera accoglieva le raccomandazioni della Commissione poiché prevedeva l'adozione entro il 2010 di un modello di calcolo dei costi di tipo *bottom-up* LRIC, volto a definire i costi incrementali di lungo periodo di un operatore efficiente. Al contempo, ha ritenuto tale previsione auspicabile e condivisibile nella misura in cui avrebbe incentivato gli operatori all'efficienza, determinando quindi un miglioramento dei prezzi al dettaglio per i consumatori.

L'Autorità ha anche sottolineato l'importanza di assicurare che il processo di tendenza verso la simmetria delle tariffe di terminazione, già intrapreso nel primo ciclo di analisi, proseguisse anche a valle della delibera in esame, sulla base dei risultati che avrebbe fornito il modello di costo in via di predisposizione. Ha espresso infine l'auspicio che la definizione del modello avvenisse in maniera da salvaguardare l'esigenza di certezza del quadro regolamentare per gli anni successivi al 2010, al fine di garantire agli operatori tutti gli elementi necessari ad una ottimale pianificazione degli investimenti e al perseguimento di efficienza nei propri processi produttivi.



Nel maggio 2010, l'Autorità, a seguito della relativa richiesta, ha reso un parere ai sensi dell'articolo 22 della legge n. 287/90 all'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni in merito allo schema di provvedimento concernente *"Identificazione e analisi dei mercati dei servizi telefonici locali, nazionali e fisso-mobile disponibili al pubblico e forniti in postazione fissa per clienti residenziali e non residenziali (mercati nn. 3 e 5 della Raccomandazione della Commissione Europea n. 2003/311/CE)"*.

Con riferimento alla definizione merceologica dei mercati in esame, l'Autorità ha espresso condivisione circa l'inclusione in un unico mercato dei servizi di telefonia nazionale, locale e fisso-mobile; in particolare, l'inclusione di questi ultimi è apparsa coerente con i mutamenti intervenuti nel mercato della telefonia fissa, relativi prevalentemente ai cambiamenti registrati nella composizione delle offerte alla clientela finale, che tende a servirsi di un unico operatore per effettuare le diverse tipologie di chiamate telefoniche.

Parimenti, l'Autorità ha condiviso l'inclusione nei suddetti mercati anche dei servizi VoIP "di tipo *managed* in decade zero" i quali, possedendo caratteristiche tecniche e funzionali simili ai servizi telefonici tradizionali offerti su rete PSTN, risultano sostitutivi rispetto ai servizi di telefonia forniti sulla rete tradizionale; ed inoltre l'identificazione di due distinti mercati, uno riferito alla clientela residenziale e l'altro a quella non residenziale, alla luce del permanere di condizioni economiche e di offerta diversificate a seconda della differente domanda originata sul mercato dai due segmenti di clientela.

Con riferimento alla definizione geografica nazionale dei suddetti mercati, l'Autorità ha concordato con il regolatore, in considerazione dell'omogeneità delle condizioni competitive a livello nazionale determinata, in particolare, dalla sostanziale uniformità su tutto il territorio delle modalità di commercializzazione, di utilizzo dei canali distributivi e di comunicazione pubblicitaria adottate dagli operatori presenti nei mercati rilevanti.

Non essendo i suddetti mercati compresi nella Raccomandazione della Commissione Europea 2007/879/CE, l'Autorità di regolazione ha svolto il c.d. triplo test e ha concluso che i mercati in esame non erano più suscettibili di regolamentazione *ex ante* e che gli impegni assunti da Telecom Italia - unitamente agli obblighi regolamentari imposti sui mercati all'ingrosso dell'accesso e dell'interconnessione - potevano considerarsi sufficienti a risolvere gran parte delle eventuali problematiche competitive nei mercati al dettaglio dei servizi telefonici; tale deregolamentazione, tuttavia, sarebbe stata preceduta dalla previsione di un periodo transitorio di sei mesi, nell'ambito del quale alcuni obblighi avrebbero continuato a rimanere in vigore.

Pur condividendo in linea generale il principio, espresso nella Raccomandazione della Commissione Europea 2007/879/CE, secondo cui la regolamentazione vigente all'ingrosso risulta generalmente sufficiente ad assicurare condizioni concorrenziali nei relativi mercati al dettaglio, l'Autorità

ha precisato che la tendenza alla deregolamentazione dei mercati dei servizi locali, nazionali e fisso-mobile di fonia da postazione fissa, riscontrata a livello europeo, doveva comunque tener conto delle peculiarità dei diversi Paesi europei e delle condizioni nei effettive dei relativi mercati rilevanti; nel caso di specie, la regolamentazione richiamata, in particolare quella relativa all'accesso, era caratterizzata da alcuni elementi di indeterminatezza che potevano comprometterne l'efficacia in termini di promozione della concorrenza.

Significativo, al riguardo, è stato ritenuto il fatto che il modello di costo e il test di prezzo - strumenti fondamentali che disciplinano le condizioni di accesso alla rete di Telecom Italia e di replicabilità delle offerte *retail* dell'*incumbent* - risultavano ancora in corso di definizione e che gli impegni assunti da Telecom Italia e approvati dal regolatore erano ancora in fase di implementazione. L'Autorità ha rilevato che andavano altresì considerate le criticità concorrenziali nei mercati dei servizi di accesso all'ingrosso, portate alla sua attenzione nell'ambito delle proprie competenze istituzionali. In considerazione di tutto ciò, l'Autorità ha ritenuto che l'eliminazione della regolamentazione al dettaglio dei mercati in esame potesse risultare prematura.

Infine, considerata l'importanza ai fini concorrenziali della definizione del nuovo modello di costo per i servizi di accesso all'ingrosso e dell'introduzione della nuova metodologia dei test di prezzo per la verifica della replicabilità delle offerte al dettaglio di Telecom, l'Autorità ha osservato che avrebbe potuto risultare opportuno prolungare la durata della disciplina transitoria e, quindi, il mantenimento degli obblighi di comunicazione preventiva delle offerte, di non discriminazione dei clienti finali e di non accorpamento indebito dei servizi offerti, almeno fino alla piena operatività di tali modelli, che non si sarebbe potuta ragionevolmente realizzare in un arco di tempo inferiore a un anno dalla conclusione dei relativi procedimenti in corso.

*MERCATO DEI SERVIZI DI TRANSITO NELLA RETE TELEFONICA PUBBLICA FISSA (MERCATO N. 10 DELLA RACCOMANDAZIONE 2003/311/CE)*

Nell'aprile 2010, l'Autorità, a seguito della relativa richiesta, ha reso un parere ai sensi dell'articolo 22 della legge n. 287/90 all'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni in merito allo schema di provvedimento concernente *“Mercato dei servizi di transito nella rete telefonica pubblica fissa (Mercato n. 10 della Raccomandazione della Commissione Europea n. 2003/311/CE): identificazione ed analisi dei mercati, valutazione di sussistenza del significativo potere di mercato per le imprese ivi operanti ed individuazione degli eventuali obblighi regolamentari”*.

Relativamente alla definizione merceologica del mercato in oggetto, l'Autorità ha condiviso la distinzione operata tra i servizi di inoltro e transito nazionale e quelli di inoltro e transito distrettuale in ragione della mancata sostituibilità tra di essi, riconducibile al permanere di differenze nel grado di infrastrutturazione e di interconnessione diretta degli operatori alternativi.

Quanto all'inclusione dei servizi di inoltro e transito di area *gateway* nel mercato dei servizi di inoltro e transito nazionale, l'Autorità ha osservato che

era stato adottato un approccio prospettico che si fondava sull'evoluzione dell'architettura di rete di Telecom Italia; al riguardo, ha rilevato che la maggior parte degli operatori risultava essere ancora interconnessa ai "tradizionali" punti di interconnessione della rete di Telecom Italia, non essendosi ancora completato il passaggio ai punti di interconnessione a livelli superiori di rete in modalità IP.

L'Autorità ha condiviso la definizione geografica nazionale dei suddetti mercati in ragione dell'omogeneità delle condizioni competitive e della presenza degli operatori alternativi a livello nazionale.

Relativamente alla verifica del triplo test effettuata dal regolatore settoriale, l'Autorità ha condiviso la conclusione circa la non suscettibilità di regolamentare *ex ante* il mercato dei servizi di inoltro e transito nazionale, poiché il numero di operatori dotati di infrastrutture proprie su gran parte del territorio nazionale era idoneo a favorire il dispiegarsi delle dinamiche concorrenziali. Parimenti, con riferimento all'analisi delle condizioni di concorrenzialità all'interno del mercato dei servizi di inoltro e transito distrettuale, è stata condivisa la necessità di mantenere la regolamentazione *ex ante*, tenuto conto dell'elevata dipendenza da Telecom Italia degli operatori alternativi.

In via generale, l'Autorità ha osservato che il passaggio verso livelli di interconnessione più elevati e in modalità IP, nell'ambito del processo di migrazione verso le reti di nuova generazione, dovrebbe concorrere a uno sviluppo più concorrenziale del transito diminuendo gli ostacoli di accesso al mercato per gli operatori alternativi. Affinché ciò avvenga, tuttavia, è stato ritenuto necessario che tale migrazione si realizzi nell'ambito di un percorso regolamentare volto a definire condizioni economiche trasparenti e standard tecnici condivisi tra tutti gli operatori; inoltre, l'Autorità ha considerato cruciale la pubblicazione, da parte di Telecom Italia, di un'offerta di riferimento relativa alle condizioni tecnico-economiche di fornitura dei servizi di interconnessione a livello IP, poiché questa permette agli operatori alternativi di stimare i costi da sostenere per realizzare il passaggio a tale modalità di interconnessione.

Infine, l'Autorità ha auspicato un costante monitoraggio del mercato in esame, al fine di valutare l'effettiva necessità della regolamentazione *ex ante*; infatti, una regolamentazione non proporzionata potrebbe disincentivare il processo di infrastrutturazione degli operatori alternativi e il ricorso all'interconnessione diretta tra questi ultimi, consolidando il ruolo di Telecom Italia quale principale fornitore di interconnessione.

#### *CONCESSIONE A TERZI DELLE INFRASTRUTTURE DI TELECOMUNICAZIONI REALIZZATE CON RISORSE PUBBLICHE (RETE PUBBLICA REGIONALE)*

Nel marzo 2010, l'Autorità ha formulato alcune osservazioni ai sensi dell'articolo 22 della legge n. 287/90 in merito alla prospettata concessione dell'infrastruttura di rete in fibra ottica (la Rete Pubblica Regionale), realizzata per conto della Regione Umbria e delle amministrazioni comunali di Perugia, Terni, Foligno, Orvieto e Città di Castello, a soggetti terzi che intendessero sviluppare reti di telecomunicazioni in fibra ottica aperte al pubblico.

L'Autorità ha in primo luogo osservato che, sotto il profilo concorrenziale, la scelta di concedere le parti dell'infrastruttura pubblica non utilizzate per le finalità istituzionali delle amministrazioni locali interessate appariva efficiente e idonea a favorire dinamiche competitive tra gli operatori stessi attraverso il potenziamento delle loro reti; a tal fine è stato considerato di rilievo il fatto che tale infrastruttura venisse messa a disposizione dei soggetti privati operanti nel mercato nel rispetto dei principi di trasparenza, efficienza e parità di trattamento.

In questo senso, e con riferimento alla richiesta pervenuta dalla società CentralCom Spa in merito alla legittimità, dal punto di vista della tutela della concorrenza, delle modalità che tale società intendeva adottare nell'assegnazione agli operatori di telecomunicazioni della capacità disponibile della propria rete, l'Autorità ha formulato le seguenti osservazioni.

Secondo quanto affermato da CentralCom, la concessione agli operatori di telecomunicazioni di parte dei cavidotti o della fibra ottica nella propria disponibilità e/o proprietà sarebbe avvenuta, a seguito della periodica pubblicizzazione delle parti della Rete effettivamente disponibili per una vendita all'ingrosso: *i)* valutando le richieste degli operatori sulla base della data di presentazione delle stesse; *ii)* imponendo agli operatori degli oneri di concessione allineati rispetto all'offerta dell'operatore di riferimento.

In relazione al primo punto, l'Autorità ha osservato che, sebbene un tale criterio di valutazione delle domande potesse determinare il rischio di accaparramento della capacità disponibile da parte dell'operatore che per primo l'avesse richiesta, la proposta di CentralCom prevedeva dei correttivi idonei ad eliminare tale rischio e a favorire l'ottenimento della disponibilità di rete da parte di una pluralità di operatori: erano infatti previste delle limitazioni alle quantità ottenibili da ogni singolo operatore.

Con riguardo all'allineamento degli oneri di concessione rispetto all'offerta dell'operatore di riferimento, l'Autorità ha osservato che l'offerta di riferimento di Telecom Italia Spa, operatore riconosciuto come dotato di una significativa forza di mercato, era soggetta annualmente alla verifica dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni; la stessa, da ultimo con la delibera n. 731/2009/CONS, aveva indicato che la fornitura di infrastrutture di posa e di fibra ottica spenta dovesse essere concessa dall'operatore dotato di notevole forza di mercato a condizioni eque e ragionevoli, specificando che la valutazione dell'equità e ragionevolezza dei prezzi di accesso alle infrastrutture di posa ed alla fibra spenta doveva avere quale principale riferimento metodologico i costi di produzione.

A tale riguardo, l'Autorità ha rilevato come i costi sostenuti da CentralCom potessero essere alquanto diversi da quelli sopportati da Telecom; di conseguenza, l'allineamento rispetto all'offerta dell'operatore di riferimento avrebbe potuto portare a risultati non del tutto congrui. In ragione di ciò, l'Autorità ha auspicato che gli oneri di concessione da imporre agli operatori che accedano alla Rete Pubblica Regionale siano basati sui costi sostenuti dalla stessa CentralCom per la realizzazione della rete.

Nel marzo 2010, l'Autorità ha reso un parere ai sensi dell'articolo 22 della legge n. 287/90 al Ministero dell'Economia e delle Finanze in merito alla bozza del bando di gara per la fornitura, messa in opera e manutenzione di sistemi telefonici privati e di prodotti e servizi accessori per le Pubbliche Amministrazioni, predisposto dalla Concessionaria Servizi Informatici Pubblici (Consip Spa).

Sulla base della documentazione relativa alla gara, l'Autorità ha ritenuto che i contenuti del bando, del relativo disciplinare e del capitolato tecnico fossero generalmente in linea con i principi espressi nei precedenti propri pareri.

Più specificamente, il bando di gara prevedeva due lotti distinti, il primo riguardante la fornitura di sistemi/centrali telefoniche di nuova fornitura, nonché i connessi servizi di installazione e assistenza tecnica dedicati a tali apparati, e il secondo relativo ai servizi di assistenza tecnica sugli apparati telefonici pre-installati, quindi già esistenti e operanti, distinti tra servizi "base" e servizi "avanzati". Al riguardo, l'Autorità ha ritenuto che tale articolazione non appariva incidere negativamente sulla realizzazione di un effettivo confronto competitivo, alla luce della numerosità dei soggetti presenti sul mercato in grado di concorrere per ciascun lotto.

Con riferimento alla durata della fornitura, il bando di gara prevedeva che la convenzione da stipularsi con il vincitore di ciascuno dei due lotti avrebbe avuto una durata di 24 mesi, eventualmente prorogabile per altri 6; tale estensione della durata del periodo di base è stata ritenuta dall'Autorità idonea a favorire la migrazione delle amministrazioni a un nuovo fornitore, riducendo l'incidenza dei costi associabili al passaggio a nuove apparecchiature, senza cristallizzare la fornitura alla P.A. per un periodo ingiustificatamente lungo.

Con riguardo ai requisiti di partecipazione, il bando prevedeva che ciascun concorrente dovesse aver realizzato negli ultimi due esercizi finanziari un fatturato specifico per forniture e/o servizi analoghi a quelli oggetto di gara non inferiore a 25 milioni di euro per il Lotto 1 e a 40 milioni di euro per il Lotto 2; qualora il concorrente non fosse stato in grado, per giustificati motivi, di presentare le referenze richieste, avrebbe potuto provare la propria capacità economica e finanziaria mediante qualsiasi altro documento giudicato idoneo da CONSIP, come già auspicato dall'Autorità in alcuni precedenti pareri.

L'Autorità ha ritenuto tali previsioni adeguate ed ha accolto con favore la rimozione dell'obbligo di fornire una duplice referenza bancaria, poiché ciò avrebbe permesso di ampliare il numero dei concorrenti in grado di partecipare alla gara, non penalizzando, ad esempio, le società di nuova costituzione.

In merito infine alla possibilità di partecipare alla gara sotto forma di raggruppamento temporaneo tra imprese e consorzi, l'Autorità ha rilevato che il bando di gara recepiva le osservazioni da essa svolte in passato relativamente al divieto di utilizzo dell'istituto da parte di due o più imprese che fossero in grado di soddisfare singolarmente i requisiti economici e tecnici; ha espresso inoltre apprezzamento per l'estensione dello stesso principio all'istituto dell'avvalimento.

*SERVIZI DI TELEFONIA E CONNETTIVITÀ IP PER LE PUBBLICHE AMMINISTRAZIONI*

Nel marzo 2010, l'Autorità ha reso un parere, ai sensi dell'articolo 22 della legge n. 287/90, al Ministero dell'Economia e delle Finanze concernente la bozza del bando di gara per la fornitura dei servizi di telefonia fissa e connettività IP per le Pubbliche Amministrazioni, predisposta dalla Concessionaria Servizi Informatici Pubblici (Consip Spa), ritenendo che le condizioni in esso previste fossero conformi ai principi espressi nei propri precedenti pareri.

L'Autorità ha osservato in primo luogo che l'approccio "multifornitore", che prevedeva un'unica procedura ad evidenza pubblica dalla quale risultavano vincitori i due soggetti che avevano presentato le migliori offerte per le due forniture oggetto di gara, benché riducesse il numero delle gare esperite per l'aggiudicazione della fornitura dei servizi di telefonia e connettività IP, era in grado di salvaguardare il confronto competitivo grazie all'elevato grado di asimmetria delle forniture e avrebbe consentito alle singole Amministrazioni di scegliere, tra le Convenzioni alternative siglate con gli aggiudicatari, quella più confacente alle proprie esigenze. A loro volta, anche i due operatori aggiudicatari avrebbero potuto competere *ex post* in termini di qualità e affidabilità del servizio per acquisire adesioni alla propria Convenzione.

Riguardo alla durata del periodo di fornitura, l'Autorità ha rilevato che Consip aveva accolto le proprie osservazioni espresse in un precedente parere, riducendo la durata dell'eventuale proroga da 18 a 12 mesi. Quanto ai servizi oggetto di gara, l'Autorità ha apprezzato il fatto che rispetto al bando precedente fossero stati inclusi anche i servizi di connettività IP, poiché tale circostanza appariva idonea ad ampliare il novero dei servizi sottoposti al confronto competitivo, senza che quest'ultimo fosse vincolato da un listino di riferimento.

Relativamente alla valutazione dell'offerta tecnica, è stato rilevato che Consip, accogliendo le osservazioni dell'Autorità, aveva adottato un approccio volto a scongiurare meccanismi premianti la mera similarità delle reti dei diversi operatori di telefonia a quella di Telecom Italia, e, per ottenere il massimo punteggio del principale parametro di valutazione dell'architettura di rete, aveva stabilito una soglia, in termini di copertura delle centrali ULL, raggiungibile dagli OLO più infrastrutturati.

Il bando in esame manteneva, inoltre, l'obbligo di fornitura del servizio di accesso, estendendo il confronto competitivo sul relativo canone - prima previsto solo per le aree aperte all'*unbundling* (c.d. "aree primarie") - alle aree in cui tale servizio *wholesale* non era disponibile (c.d. "aree secondarie").

Al riguardo, l'Autorità ha osservato che la previsione di un'unica offerta su accesso e traffico appariva ragionevole; tuttavia, andava tenuto presente che, sebbene il grado di infrastrutturazione degli operatori alternativi fosse in generale aumentato, permaneva ancora una significativa dipendenza dalla rete di accesso di Telecom Italia in relazione a molti dei servizi oggetto del bando in esame; conseguentemente, le condizioni economiche offerte dagli operatori alternativi sarebbero dipese, in misura sostanziale, dal livello dei prezzi *wholesale* regolamentati per i servizi offerti all'ingrosso da Telecom Italia.



Con riferimento al fatto che Consip, seguendo gli auspici dell'Autorità, aveva introdotto un meccanismo di adeguamento del canone voce nelle "aree primarie" basato sulle eventuali modifiche della tariffa regolamentare dell'*unbundling*, senza tuttavia operare allo stesso modo per le "aree secondarie" con riferimento al servizio di *wholesale line rental*, l'Autorità ha ritenuto auspicabile l'utilizzo di tale meccanismo anche per queste ultime.

Infine, l'Autorità ha rilevato che nel bando di gara non era previsto un vincolo di congruità delle offerte presentate rispetto ai costi regolatori e comunque ai costi dei processi produttivi dell'offerente, in quanto la Commissione si sarebbe limitata ad effettuare una valutazione delle offerte anomale ai sensi dell'articolo 86 del decreto legislativo n. 163/06; nell'ambito di tale valutazione, l'Autorità ha ribadito l'opportunità di richiedere che, in sede di presentazione delle offerte, le giustificazioni relative alle voci di prezzo che avrebbero concorso a formare l'importo complessivo posto a base di gara, di cui all'articolo 86, comma 5, del citato decreto legislativo, contenessero anche un esplicito riferimento ai prezzi all'ingrosso dei sottostanti servizi regolamentati.

#### *SISTEMA DI CONTROLLO SATELLITARE DELLA PESCA GENERATO DAGLI APPARATI BLUE BOX*

Nel febbraio 2010, l'Autorità ha inviato alcune osservazioni, ai sensi dell'articolo 21 della legge n. 287/90, al Ministero delle Politiche Agricole, Alimentari e Forestali in merito al Sistema di Controllo satellitare della Pesca (cosiddetto SCP), che si basa sul traffico satellitare Inmarsat generato da apparati *blue box* installati sulle imbarcazioni. Soggetti operanti nel settore della pesca e fornitori di servizi satellitari per imbarcazioni avevano sottolineato, infatti, all'Autorità come l'offerta di servizi per il traffico satellitare Inmarsat fosse limitata a un unico soggetto, Telecom Italia.

L'Autorità ha in primo luogo rilevato che il sistema SCP era stato originariamente istituito dall'autorità di settore sulla base delle indicazioni contenute nelle direttive comunitarie e predisposto da Telecom, in qualità di vincitrice della gara d'appalto indetta nel 2000. Inizialmente, i costi del traffico generato dalle *blue box*, nonché i costi di installazione e di manutenzione ordinaria e straordinaria erano stati posti interamente a carico dell'amministrazione e il sistema era stato predisposto in modo da consentire la fornitura del traffico satellitare a un unico rivenditore, connesso con la stazione satellitare terrestre del Fucino operata dalla stessa Telecom. Successivamente, alcune modifiche normative avevano trasferito i costi del traffico e della manutenzione delle *blue box* agli armatori delle unità da pesca, senza tuttavia modificare il sistema in modo da consentire l'offerta di tali servizi satellitari da parte di tutti gli operatori interessati.

Al riguardo, l'Autorità ha osservato innanzitutto che i servizi satellitari tramite *blue box* rientravano a pieno titolo nell'ambito dei servizi di comunicazione elettronica la cui fornitura era pienamente liberalizzata. Pur consapevole delle problematiche economiche e tecniche esistenti, l'Autorità ha, pertanto, auspicato una tempestiva liberalizzazione degli stessi, da cui sarebbe disceso un confronto concorrenziale tra gli operatori attivi nel campo

delle telecomunicazioni satellitari, con conseguenti effetti positivi in termini di qualità e costi del servizio offerto.

L'Autorità ha altresì sottolineato che l'ingresso dei nuovi operatori avrebbe dovuto essere accompagnato dalla possibilità per i clienti finali di recedere dai contratti in essere o di trasferire le utenze presso altro operatore senza vincoli temporali o ritardi non giustificati e senza spese non basate sui costi dell'operatore, con un obbligo di preavviso non superiore a trenta giorni, così come prescritto dall'articolo 1 della legge n. 40/07 (legge Bersani).

*BANDO DI GARA AVENTE AD OGGETTO LA FORNITURA DI SERVIZI DI TELEFONIA MOBILE PER LE PUBBLICHE AMMINISTRAZIONI*

Nel gennaio 2010, l'Autorità ha reso un parere, ai sensi dell'articolo 22 della legge n. 287/90, al Ministero dell'Economia e delle Finanze concernente la bozza del bando di gara per la fornitura dei servizi di telefonia mobile per le Pubbliche Amministrazioni. Sulla base della documentazione visionata, l'Autorità ha ritenuto che le condizioni in esso previste fossero conformi ai principi espressi nei propri precedenti pareri.

In particolare, con riferimento ai requisiti di partecipazione, il bando accoglieva gli auspici espressi in passato dall'Autorità, prevedendo che le imprese che, per giustificati motivi, non fossero in grado di attestare il conseguimento del fatturato specifico richiesto per il biennio precedente alla gara, potessero dimostrare la propria capacità economica e finanziaria mediante altra documentazione, come previsto dalla normativa in materia di lavori pubblici.

L'Autorità ha anche ricordato che, sulla base delle modifiche apportate dalla legge n. 166/09 alla normativa nazionale sugli appalti, non era più consentito escludere automaticamente dalla gara i concorrenti che si trovino in una situazione di controllo o collegamento in base all'articolo 2359 c.c.; in tal senso, al fine di evitare l'insorgere di comportamenti anticoncorrenziali nell'ambito delle procedure ad evidenza pubblica gestite da Consip, l'Autorità ha esortato l'ente appaltante a prestare la massima attenzione affinché fosse effettivamente garantita la non riconducibilità delle offerte prese in considerazione ad un unico centro decisionale.

L'Autorità ha valutato, inoltre, positivamente la circostanza che la partecipazione alla gara non risultasse più condizionata agli obblighi di copertura del territorio nazionale e, per quanto concerne i servizi oggetto della Convenzione, l'esclusione del servizio fisso-mobile, la cui fornitura avrebbe rischiato di introdurre nell'ambito della gara un improprio vantaggio concorrenziale per gli operatori aventi anche una rete integrata fissa e mobile.

Infine, con riferimento alla durata triennale della Convenzione e al suo effettivo periodo di validità, alla luce dell'alto tasso di innovazione che caratterizza il mercato dei servizi mobili, l'Autorità ha sottolineato l'opportunità di prevedere meccanismi che consentissero la possibilità di estendere l'offerta da parte del soggetto affidatario anche ai nuovi servizi resisi eventualmente disponibili sul mercato dopo l'aggiudicazione della gara.

### *Abusi*

#### *FIEG - GOOGLE*

Nel dicembre 2010, l'Autorità ha concluso un procedimento istruttorio ai sensi dell'articolo 102 del TFUE nei confronti di Google Italy Srl, Google Inc. e Google Ireland Ltd. (di seguito Google), rendendo obbligatori gli impegni presentati dalle società Google Inc. e Google Ireland Ltd. ai sensi dell'articolo 14-ter, comma 1, della legge n. 287/90 e chiudendo l'istruttoria senza accertare l'infrazione.

Il procedimento era stato avviato a seguito di una denuncia presentata da FIEG (Federazione Italiana Editori Giornali), associazione che rappresenta le aziende editrici di giornali quotidiani e periodici e le agenzie nazionali di stampa in Italia, in merito a Google News Italia, servizio che rileva, indicizza e visualizza contenuti giornalistici - titoli, ritagli degli articoli (c.d. *snippets*), immagini - pubblicati da una molteplicità di editori italiani attivi *on line*.

Nel provvedimento di avvio si rilevava come, in forza del legame esistente tra Google News Italia e Google Web Search, Google, *leader* nella fornitura di servizi di ricerca online e nella raccolta pubblicitaria su *internet* in Italia, privasse di fatto gli editori della facoltà di controllare quali dei propri contenuti Google News Italia potesse riportare, ovvero di sottrarre completamente i propri siti dal portale in questione, subordinando tale possibilità ad una condizione estremamente penalizzante quale l'esclusione dalle pagine dei risultati del proprio motore di ricerca Google Web Search.

Nel marzo 2010 il procedimento istruttorio è stato esteso all'assenza di trasparenza e di verificabilità dei corrispettivi spettanti agli editori affiliati al programma AdSense di Google<sup>43</sup>. In particolare, nel provvedimento di estensione oggettiva dell'istruttoria si rilevava come, ai sensi dell'articolo 12 del contratto denominato "Termini e Condizioni Generali del Programma AdSenseTM Online di Google": *i)* gli affiliati Online del programma AdSense ricevessero come corrispettivo somme determinate da Google Ireland di volta in volta a sua assoluta discrezione; *ii)* Google Ireland non assumesse alcun obbligo di comunicare come tale quota sia calcolata; *iii)* i pagamenti fossero calcolati esclusivamente sulla base dei registri tenuti da Google Ireland; *iv)* Google Ireland potesse modificare in qualsiasi momento

---

<sup>43</sup> AdSense è il *network* pubblicitario di Google, attraverso il quale la società opera come intermediario nella compravendita di spazi pubblicitari online, favorendo l'interazione degli inserzionisti con gli editori. Attraverso l'affiliazione al programma AdSense, un editore ("*publisher*") visualizza sul proprio sito annunci pubblicitari degli inserzionisti AdWords, la piattaforma attraverso la quale Google vende spazi pubblicitari sui propri siti *web* nonché sui siti dei partner commerciali affiliati al programma "AdSense". Il *publisher* affiliato ad AdSense ottiene un guadagno, per ogni *click* degli utenti sui *link* pubblicitari visualizzati, che costituisce una certa percentuale del ricavo che Google ottiene dall'inserzionista.

la struttura di determinazione dei prezzi e/o dei pagamenti a sua esclusiva discrezione<sup>44</sup>.

Si rilevava altresì come, sebbene nei contratti conclusi direttamente dagli editori con Google per l'affiliazione al programma AdSense fosse esplicitamente indicata la percentuale concordata di *revenue sharing* ad essi spettante, gli editori non disponessero di elementi e strumenti utili al fine di verificare la determinazione dei corrispettivi effettivamente percepiti.

L'Autorità ha ritenuto che le previsioni che disciplinavano l'adesione al programma AdSense non consentissero agli editori dei siti *web* affiliati di conoscere in maniera chiara, dettagliata e verificabile le modalità di determinazione dei corrispettivi loro spettanti, potendo ciò incidere su aspetti rilevanti dell'attività commerciale e imprenditoriale degli stessi editori, ostacolando, ad esempio, la pianificazione dello sviluppo e del miglioramento dei propri siti *web*, nonché l'apprezzamento della convenienza di eventuali altre offerte provenienti da intermediari concorrenti.

Al fine di rimuovere le criticità concorrenziali emerse nel corso del procedimento, Google ha presentato una serie di impegni ai sensi dell'articolo 14-ter, comma 1, della legge n. 287/90.

In particolare, Google Inc. si è impegnata a mantenere un *crawler* distinto per Google News, utilizzabile dagli editori per escludere i propri contenuti da Google News senza ripercussioni sull'inclusione degli stessi contenuti nella pagine dei risultati del motore di ricerca generale di Google.

Google Ireland si è impegnata a modificare l'art. 12 dei "Termini e Condizioni Generali del Programma AdSenseTM Online di Google" e a rivelare la percentuale di *revenue sharing* spettante agli Affiliati Online dei programmi AdSense, attraverso l'interfaccia di AdSense disponibile online per gli affiliati. Inoltre, ogni eventuale modifica alla percentuale di *revenue sharing* avrà efficacia soltanto dopo che tale modifica è apparsa sull'interfaccia di AdSense disponibile online.

Alla luce delle osservazioni pervenute in esito al *market test*, Google ha presentato successivamente alcune modifiche accessorie agli impegni, riducendo il tempo entro il quale la società si impegnavano ad attuare le modifiche concernenti AdSense e introducendo una previsione concernente la c.d. rilevazione dei click (c.d. *click tracking*). A tal riguardo, Google Ireland si è impegnata a rimuovere il divieto assoluto di rilevazione dei *click* sugli annunci pubblicitari AdSense attualmente imposto agli Affiliati Diretti al programma.

<sup>44</sup> In particolare, l'articolo 12.1 recita: "Lei avrà diritto a ricevere una somma di denaro che rappresenta una quota dei ricavi di Google sugli annunci pubblicitari di terzi inserzionisti derivanti dagli Annunci e dai Pulsanti Referral che sono visualizzati sulla/e Sua/e Proprietà. Tale somma sarà determinata sulla base di un numero di fattori, ivi inclusi (a) il numero di validi click sugli Annunci visualizzati sulla/e Sua/e Proprietà, (b) il numero di valide impressioni di Annunci visualizzate sulla/e Sua/e Proprietà, (c) il numero di Eventi Referral validamente completati ed iniziati attraverso i Pulsanti Referral visualizzati sulla/e Sua/e Proprietà, e/o (d) altri eventi verificatisi in connessione con la visualizzazione degli Annunci sulla/e Sua/e Proprietà. La quota di ricavi che Lei riceverà sarà determinata da Google di volta in volta a sua assoluta discrezione. Lei prende atto che Google non avrà e non ha alcun obbligo di comunicarle come tale quota viene calcolata o quale percentuale del totale dei ricavi di Google sugli annunci pubblicitari derivanti dagli Annunci e dai Pulsanti Referral visualizzati sulla/e Sua/e Proprietà la sua quota rappresenta. I pagamenti saranno calcolati esclusivamente sulla base dei registri tenuti da Google."

In particolare, con l'impegno in questione, Google rende possibile l'utilizzo di strumenti terzi per monitorare i *click* sugli annunci AdSense, a condizione che la rilevazione dei *click* sia effettuata in conformità con le condizioni tecniche e procedurali, così come notificate dalla società.

L'Autorità ha ritenuto che gli impegni complessivamente proposti da Google fossero idonei a far venire meno i profili anticoncorrenziali rilevati. Gli impegni, infatti, rimuovono il legame che l'esistenza di un *crawler* unico creava tra Google News Italia, garantiscono che gli editori conoscano le condizioni economiche che determinano i corrispettivi loro spettanti ai sensi del contratto online concluso con la società per l'affiliazione al network AdSense, e consentono agli Affiliati Diretti al programma AdSense l'utilizzo di strumenti di *click tracking* per verificare un elemento fondamentale della determinazione dei corrispettivi loro spettanti, i quali dipendono per l'appunto dal numero di *click* degli utenti sugli annunci AdSense.

#### *RTI/SKY - MONDIALI DI CALCIO*

Nel novembre 2010, l'Autorità ha avviato un'istruttoria nei confronti della società Sky Italia Srl al fine di accertare l'esistenza di eventuali violazioni dell'articolo 102 del TFUE nel mercato nazionale della *pay tv*, corrispondente al mercato complessivo dei servizi televisivi a pagamento erogati con vari mezzi di trasmissione, e in particolare via satellite (DTH), attraverso il digitale terrestre (DTT) e le reti di telecomunicazioni.

L'istruttoria è stata avviata a seguito di una segnalazione della società Reti Televisive Italiane SpA, nella quale lamentava presunti comportamenti anticoncorrenziali attuati da Sky Italia Srl, consistenti nell'acquisizione e detenzione da parte di tale società della titolarità dei diritti esclusivi per la trasmissione televisiva in Italia dei Mondiali di calcio 2010 in modalità a pagamento (*pay*) su tutte le piattaforme trasmissive.

L'Autorità ha considerato che i comportamenti posti in essere da Sky Italia Srl, operatore dominante nel mercato della *pay tv*, potrebbero assumere un connotato escludente in quanto la stipulazione di contratti di acquisizione in esclusiva di diritti di trasmissione di contenuti audiovisivi di particolare valenza commerciale e strategica, quali quelli concernenti i Mondiali 2010 e 2014, può ostacolare l'ingresso e l'affermazione sul mercato di operatori concorrenti.

L'Autorità ha inoltre rilevato come le suddette condotte siano idonee ad esplicare i propri effetti anche su piattaforme ove la società in posizione dominante non può attualmente offrire servizi televisivi a pagamento in forza degli specifici vincoli antitrust derivanti dagli impegni comunitari assunti dalla medesima società nel 2003<sup>45</sup>. Al 31 dicembre 2010 l'istruttoria è in corso.

<sup>45</sup> Cfr. Decisione della Commissione del 2 aprile 2003, Caso n. COMP/M.2876 - *Newscorp/Telepiù*.

### CONTO TV - SKY ITALIA

Nel luglio 2010, l'Autorità ha concluso un procedimento istruttorio ai sensi dell'articolo 102 del TFUE nei confronti della società Sky Italia Srl, rendendo obbligatori gli impegni presentati dalla società ai sensi dell'articolo 14-ter, comma 1, della legge n. 287/90 e chiudendo l'istruttoria senza accertare l'infrazione. Il procedimento era stato avviato a seguito di una denuncia presentata dall'emittente televisiva Conto TV in merito ad alcuni comportamenti posti in essere da Sky Italia in relazione ai corrispettivi richiesti per i servizi di accesso alla propria piattaforma satellitare. Secondo il denunciante tali corrispettivi, in quanto incongrui, non orientati ai costi e discriminatori, sarebbero stati idonei a compromettere la capacità competitiva di Conto Tv, impedendole di formulare offerte concorrenziali per l'acquisizione di contenuti di particolare rilievo strategico e commerciale, con un effetto di preclusione all'accesso nel mercato a valle della *pay-TV*.

La società Sky, operatore in posizione dominante nel mercato della *pay-TV* in Italia, fornisce ad operatori televisivi terzi servizi all'ingrosso di accesso alla propria piattaforma satellitare. Attraverso tali servizi gli operatori accedenti possono offrire agli utenti finali servizi televisivi a pagamento fruibili attraverso i *decoder* e le *smart-card* della stessa Sky. Per la fornitura dei servizi di accesso *wholesale* alla propria piattaforma tecnica, Sky richiede alle emittenti satellitari interessate il pagamento sia di tariffe *una tantum* che di corrispettivi periodici. Tra questi ultimi, particolare rilievo assume la “*contribuzione ai costi comuni della piattaforma satellitare*”, corrispettivo richiesto al fine di ripartire i costi comuni della piattaforma tra tutti gli operatori che ne fanno uso per offrire servizi di *pay-TV*, inclusa la stessa Sky.

Nel provvedimento di avvio, l'Autorità ha rilevato che le condizioni economiche praticate da Sky a Conto TV per i servizi di accesso alla propria piattaforma e, in particolare la contribuzione ai costi comuni, apparivano discriminatorie rispetto alle condizioni che Sky riservava alle proprie divisioni interne. In particolare, non imputando alle proprie divisioni interne costi di accesso analoghi a quelli richiesti agli operatori terzi accedenti, Sky aveva la possibilità di formulare offerte economiche per l'acquisizione di diritti non replicabili dai propri concorrenti.

L'Autorità ha altresì rilevato che Sky aveva reso possibile all'emittente Rete Tele Brescia di accedere di fatto alla piattaforma satellitare, al fine di trasmettere eventi calcistici in *pay-per-view*, a condizioni economiche migliorative rispetto a quelle “regolamentate” richieste a Conto TV, discriminando così a svantaggio di quest'ultima.

In considerazione di ciò, l'Autorità ha ritenuto che le condizioni economiche imposte da Sky a Conto Tv per i servizi *wholesale* di accesso alla piattaforma satellitare, laddove fosse risultata confermata la loro natura discriminatoria, erano suscettibili di configurare un abuso di posizione dominante di natura escludente volto a limitare lo sviluppo della concorrenza nel mercato italiano della *pay-tv*.



Al fine di rimuovere le criticità concorrenziali emerse nel corso del procedimento, Sky ha presentato una serie di impegni ai sensi dell'articolo 14-ter, comma 1, della legge n. 287/90. Questi sono consistiti, in particolare: *i)* nel fornire il dettaglio, nella contabilità regolatoria, delle condizioni economiche di accesso alla piattaforma imputate alla divisione operativa di SKY, quantificate in coerenza con quanto stabilito dalla Delibera n. 233/09/CONS dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni; *ii)* in obblighi di informativa sul diritto di accesso nel corso delle negoziazioni con gli editori di canali; *iii)* nella definizione di una procedura standard per la gestione delle richieste di accesso alla piattaforma; *iv)* nella predisposizione, infine, di un rapporto periodico sull'ottemperanza dell'impegno *sub iii)*.

Alla luce delle osservazioni pervenute in esito al *market test*, Sky ha presentato successivamente alcune modifiche accessorie agli impegni, consistenti principalmente in una estensione della loro durata e in una diversa formulazione dell'impegno *sub ii)*.

In particolare, con riferimento al primo aspetto, Sky ha prolungato il periodo di vigenza degli impegni presentati, fissando la nuova scadenza alla data del 31 marzo 2012. Con riferimento agli obblighi di trasparenza, la modifica accessoria proposta da Sky ha riguardato le informative sull'accesso alla piattaforma: queste, diversamente da quanto inizialmente prospettato, non sarebbero più state fornite alle controparti nel corso delle negoziazioni, ma sarebbero state pubblicate in una sezione dedicata ai rapporti con gli operatori terzi creata sul sito *web* di Sky.

L'Autorità ha ritenuto che gli impegni complessivamente proposti da Sky fossero idonei a far venire meno i profili anticoncorrenziali rilevati, in quanto in grado di dare nuove garanzie per il rispetto del principio di non discriminazione nella fornitura dei servizi di accesso alla piattaforma satellitare.

#### *E POLIS/AUDIPRESS*

Nell'aprile 2010, l'Autorità ha avviato un'istruttoria nei confronti della società Audipress Srl al fine di accertare l'esistenza di eventuali condotte abusive in violazione dell'articolo 102 del TFUE nel mercato dei servizi di rilevazione dei dati per la stampa quotidiana e periodica. L'istruttoria è stata avviata a seguito di una segnalazione della società E Polis Spa, con la quale l'impresa editrice lamentava che Audipress, in posizione dominante nel mercato italiano della rilevazione della stampa quotidiana e periodica, non aveva provveduto alla pubblicazione, prevista contrattualmente, dei dati relativi a due indagini del 2009 e a una dell'autunno 2008.

Nel provvedimento di avvio, l'Autorità ha considerato che, in un contesto in cui i servizi offerti da Audipress risultano imprescindibili in particolare per gli editori che intendono competere in modo significativo nei mercati della raccolta pubblicitaria sulla stampa, valorizzando adeguatamente i propri spazi pubblicitari, e per gli investitori interessati a realizzare campagne pubblicitarie in maniera mirata ed efficace, la mancata pubblicazione, prevista contrattualmente, dei dati relativi alle indagini 2008/II, 2009/I e 2009/II avrebbe potuto integrare un abuso di posizione dominante.

In particolare, l'Autorità ha prestato rilievo alla circostanza che nel febbraio 2009 Audipress aveva reso noto agli editori e al mercato che non intendeva pubblicare i consueti risultati e contestualmente aveva trasmesso in via riservata a ciascun editore i dati di lettura della propria testata, con esplicita richiesta di non divulgarli a terzi. A giustificazione del proprio comportamento, Audipress aveva indicato l'utilizzo in via sperimentale di una nuova metodologia di rilevazione, che avrebbe reso i dati non confrontabili con quelli rilevati in precedenza.

E Polis, nei mesi di aprile e maggio 2009, aveva ripetutamente chiesto la pubblicazione del complesso dei dati disponibili per poterli utilizzare ai fini della vendita degli spazi pubblicitari; a fronte di ciò, Audipress aveva continuato a sostenere la conformità del suo comportamento alle disposizioni contrattuali siglate dagli editori partecipanti all'indagine, rifiutandosi nuovamente di fornire i dati.

Per effetto della condotta di Audipress, gli ultimi dati pubblicati al momento dell'avvio dell'istruttoria relativi alla lettura della stampa quotidiana e periodica risultavano essere quelli relativi al primo periodo del 2008. L'Autorità ha considerato che dati così risalenti fossero inadeguati a fornire un adeguato riferimento sugli attuali livelli di lettura delle pubblicazioni, a causa dei considerevoli mutamenti occorsi nel settore negli ultimi anni, con particolare riferimento alla contrazione della diffusione delle testate quotidiane e periodiche a pagamento, attestata da dati Censis e FIEG. In quest'ottica, la mancata disponibilità dei dati nel periodo considerato potrebbe aver prodotto effetti negativi nei confronti degli editori nuovi entranti e più in generale di quelli che, in virtù di un'offerta innovativa o dell'adozione di nuove modalità distributive, hanno realizzato una crescita nel mercato, trovandosi tuttavia nell'impossibilità di capitalizzare i risultati ottenuti. All'opposto, per molte testate a pagamento, l'assenza di dati pubblici aggiornati potrebbe aver limitato le ripercussioni negative che sarebbero derivate dal deprezzamento degli spazi pubblicitari.

L'Autorità ha pertanto concluso che i comportamenti adottati da Audipress, in assenza di obiettive giustificazioni, avrebbero potrebbero costituire una strategia finalizzata ad ostacolare la diffusione di informazioni e dati aggiornati idonei a consentire una valorizzazione aggiornata degli spazi pubblicitari offerti dalle testate.

Al 31 dicembre 2010, l'istruttoria è in corso.

#### *PROCEDURE SELETTIVE LEGA NAZIONALE PROFESSIONISTI CAMPIONATI 2010/11 E 2011/12*

Nel gennaio 2010 l'Autorità ha concluso un procedimento istruttorio ai sensi dell'articolo 102 del TFUE nei confronti della Lega Nazionale Professionisti (Lega Calcio), rendendo obbligatori gli impegni presentati dalla stessa ai sensi dell'articolo 14-ter, comma 1, della legge n. 287/90 e chiudendo l'istruttoria senza accertare l'infrazione. L'istruttoria era stata avviata al fine di accertare eventuali condotte abusive nel mercato dei diritti di trasmissione televisiva in Italia degli eventi calcistici. In base al decreto legislativo n. 9/2008, la Lega Calcio, in quanto organizzatore delle competizioni, dispone di una sorta

di mandato collettivo *ex lege* a commercializzare in via esclusiva, sul mercato nazionale ed internazionale, i diritti audiovisivi relativi ai Campionati nazionali di calcio di Serie A e di Serie B, della Coppa Italia e della Supercoppa nonché Campionato, Coppa Italia e Supercoppa Primavera. La vendita centralizzata deve essere svolta attenendosi a un'articolata disciplina, volta ad assicurare che i diritti siano assegnati mediante procedure competitive tali da garantire la parità di trattamento tra i soggetti interessati all'acquisto. A tal fine, l'organizzatore della competizione è tenuto a definire apposite "linee guida per la commercializzazione dei diritti audiovisivi", la cui conformità ai principi e alle disposizioni del Decreto è demandata all'Autorità garante della concorrenza e all'Agcom per i profili di rispettiva competenza.

Nel maggio 2009, la Lega Calcio ha sottoposto all'Autorità le Linee guida per le stagioni 2010/2011, 2011/2012 e 2012/13 per la commercializzazione dei diritti audiovisivi relativi a tutte le competizioni calcistiche sopra elencate, che definivano pacchetti esclusivi destinati al territorio nazionale con modalità che, a detta della Lega, li rendevano equilibrati e commercialmente interessanti per i diversi operatori della comunicazione, anche in relazione alle aspettative degli utenti. Nel provvedimento di approvazione di tali Linee guida, adottato il 1° luglio 2009, l'Autorità aveva sollevato alcuni rilievi, evidenziando tra l'altro l'opportunità che, all'interno di ciascuna piattaforma, venissero definiti più pacchetti, nell'ottica di promuovere la massima partecipazione possibile alle procedure competitive e l'ingresso di nuovi operatori, nonché lo sviluppo di una concorrenza infra-piattaforma.

Nel luglio 2009, la Lega Calcio ha pubblicato un invito per la presentazione di offerte riferite all'acquisizione in licenza dei diritti audiovisivi relativi al Campionato di Serie A per le stagioni sportive 2010/2011 e 2011/2012, suddividendo tali diritti in più pacchetti, offerti in forma esclusiva per le rispettive piattaforme, satellitare e digitale terrestre. Il pacchetto per la piattaforma satellitare contenente tutte le dirette degli incontri risultava pienamente sfruttabile solo da parte di chi avesse disposto di una capacità satellitare particolarmente ampia, adeguata alla trasmissione in contemporanea di un elevato numero di incontri. Per la piattaforma digitale terrestre, a fronte della presenza di due operatori nazionali di *pay tv*, risultava essere stata elaborata un'offerta basata su due pacchetti, che risultavano tuttavia tra loro non equilibrati in termini di potenziale attrattività, dalle caratteristiche coerenti con la capacità economica e trasmissiva di tali soggetti. Siffatta predisposizione dei pacchetti appariva idonea a mortificare il ruolo delle procedure competitive come strumento equo ed efficiente di allocazione dei diritti, con l'effetto di condizionare l'allocazione degli stessi ai principali operatori, ostacolando l'ingresso e la crescita di altri soggetti e ingessando la struttura del mercato della *pay tv*. Peraltro, i pacchetti definiti dalla Lega Calcio non risultavano altresì adeguati a garantire condizioni di assoluta equità, trasparenza e non discriminazione ai partecipanti alle procedure competitive e a consentire una partecipazione alle stesse da parte di una pluralità di operatori delle diverse piattaforme, come invece richiesto dal d.lgs. n. 9/08.

In tale contesto, l'Autorità ha pertanto deliberato l'avvio di un'istruttoria per accertare un'eventuale violazione dell'articolo 82 del Trattato CE.

Nel settembre 2009, la Lega ha pubblicato un secondo invito ad offrire, relativo all'acquisizione dei diritti audiovisivi per il campionato di calcio di Serie B, stagioni 2010/11 e 2011/12. Tale invito prevedeva, per i soggetti che fossero risultati assegnatari di tali diritti di Serie B, di fruire di una riduzione del corrispettivo di assegnazione dei pacchetti *Platinum Live*, *Gold Live* e *Silver Live* di Serie A, dei quali fossero risultati eventualmente già assegnatari. L'Autorità ha ritenuto che tale previsione potesse determinare un vantaggio per i principali operatori nel mercato della *pay tv*, limitando le possibilità di accesso di altri operatori, e in data 1° ottobre 2009 ha deliberato di ampliare oggettivamente l'istruttoria con riferimento all'invito ad offrire relativo ai diritti del Campionato di Serie B.

Al fine di superare le criticità concorrenziali emerse nel corso del procedimento, la Lega Calcio ha presentato impegni, ai sensi dell'articolo 14-ter, comma 1, della legge n. 287/90, che prevedevano: *i*) la suddivisione del pacchetto *Platinum* di Serie B per la piattaforma satellitare in tre pacchetti autonomi da offrire mediante procedura competitiva entro il 26 febbraio 2010; *ii*) l'eliminazione, nelle procedure di assegnazione dei suddetti pacchetti, di riduzioni del corrispettivo dovuto dagli assegnatari di pacchetti di Serie A, in caso di acquisizione dei pacchetti di Serie B in questione; *iii*) la presentazione all'Autorità, ai fini dell'approvazione di cui all'articolo 6, comma 6, del d.lgs. n. 9/2008, di nuove linee guida per tre stagioni sportive a partire dal Campionato 2012/2013, attenendosi alle indicazioni formulate dall'Autorità con riferimento ai criteri di formazione dei pacchetti.

A seguito del *market test* e delle osservazioni formulate riguardo agli impegni sopra descritti, la Lega Calcio ha apportato alcune modifiche accessorie, volte ad ampliare le possibilità di accesso al mercato dei diritti audiovisivi. In particolare, la Lega Calcio si è impegnata a proporre un pacchetto ulteriore (pacchetto D) destinato alla piattaforma satellitare, contenente i diritti di trasmissione a pagamento delle sintesi di tutti gli eventi del Campionato di Serie A. Tali sintesi, di durata massima di 10 minuti per ciascun tempo, avrebbero potuto essere trasmesse via satellite in differita ed in forma esclusiva, salvo il concorrente esercizio dei medesimi diritti da parte del licenziatario del pacchetto *Platinum Live*, nelle seguenti fasce orarie: *a*) dalle 17 alle 20 della domenica, per le gare disputate il sabato, la domenica o in unico giorno di gara con inizio fino alle ore 15, mai prima che fossero decorsi 10 minuti dal fischio finale dell'ultima di tali gare o in sovrapposizione con un evento disputato con inizio dopo le ore 15; *b*) non prima delle ore 23, per le gare disputate con inizio dopo le ore 15 la domenica o in altro giorno di gara e per le gare *sub a*), mai prima che fossero decorsi 10 minuti dal fischio finale dell'ultima delle gare della giornata di campionato o in sovrapposizione con un altro evento. Qualunque diritto audiovisivo oggetto del Pacchetto D si sarebbe esaurito trascorse 48 ore dalle ore 17 della domenica o, nel caso di gare disputate in unico giorno di gara, dal fischio finale dell'ultima gara di tale giorno.

L'Autorità, ritenendo che gli impegni così modificati fossero idonei a rimuovere i profili anticoncorrenziali emersi nel corso del procedimento e a promuovere sia una più accesa competizione nell'acquisizione dei diritti

sia una maggiore concorrenza all'interno delle piattaforme, assicurando contestualmente l'osservanza delle indicazioni fornite dall'Autorità a seguito della prima applicazione del d.lgs. n. 9/08, ha deliberato di rendere i suddetti impegni obbligatori nei confronti della Lega Nazionale Professionisti ai sensi dell'articolo 14-ter, comma 1, della legge n. 287/90 e ha chiuso il procedimento senza accertare l'infrazione.

### *Intese*

#### *GUIDA REMUNERAZIONI E TARIFFE 2009/2010 PER OPERATORI PUBBLICITARI*

Nel giugno 2010, l'Autorità ha avviato un'istruttoria nei confronti delle associazioni, ACPI - Associazione Consulenti Pubblicitari Italiani e TP - TP Associazione Italiana Pubblicitari professionisti, al fine di accertare l'esistenza di eventuali violazioni dell'articolo 2 della legge n. 287/90 nel mercato dei servizi di *marketing* per le comunicazioni e nel mercato dei servizi di intermediazione pubblicitaria.

Dalle informazioni in possesso dell'Autorità è risultato che le suddette associazioni avrebbero predisposto, e successivamente diffuso tramite il sito *web* di ACPI, un opuscolo denominato “Guida remunerazioni e tariffe 2009/2010 per professionisti, agenzie, operatori, utenti pubblicitari”, diffuso congiuntamente da ACPI e TP a partire dal giugno 2009. Finalità di tale pubblicazione, riservata agli associati ACPI e TP, è quella di fornire una guida per una corretta valutazione e remunerazione del lavoro di consulenza pubblicitaria. A tal fine, vengono, tra l'altro, in essa indicate delle tariffe minime di riferimento per le diverse tipologie di prestazioni, specificando altresì che la Guida è da ritenersi vincolante nel rapporto tra gli iscritti ACPI e TP in quanto manifestazione di leale concorrenza professionale, pur rimanendo la libertà di contrattazione e/o di deroghe ragionevolmente motivate.

Nel provvedimento di avvio l'Autorità ha affermato che la predisposizione, da parte di ACPI e TP, di una Guida relativa alle remunerazioni e alle tariffe per i servizi offerti da professionisti, agenzie e operatori pubblicitari, nonché la pubblicazione della stessa sul sito *internet* dell'ACPI, può essere qualificata come un'intesa ai sensi dell'articolo 2 della legge n. 287/90, suscettibile peraltro di restringere il meccanismo della concorrenza nei mercati interessati.

Le indicazioni tariffarie contenute nella Guida, facilmente disponibili attraverso la rete *internet*, costituiscono infatti un livello di riferimento per le imprese associate, nonché per gli altri operatori del mercato, in relazione alla determinazione dei prezzi praticati alla clientela, e risultano idonee a indurre l'adozione di una strategia di prezzo uniforme in luogo dell'operare indipendente dei singoli soggetti. Al 31 dicembre 2010 l'istruttoria è in corso.

### *Indagini conoscitive*

#### *INDAGINE CONOSCITIVA SUL SETTORE AUDIOVISIVO*

Nel febbraio 2010, l'Autorità ha avviato un'indagine conoscitiva sul settore audiovisivo, alla luce del processo di profonda evoluzione tecnologica

e commerciale che sta interessando l'attività di produzione, distribuzione, trasmissione e fruizione di contenuti audiovisivi.

Le nuove tecnologie investono, innanzitutto, l'attività di produzione di contenuti audiovisivi, con effetti che si ripercuotono sulle generali dinamiche competitive del settore. Da una parte, si assiste ad una proliferazione diffusa di contenuti audiovisivi, prodotti, oltre che a livello professionale, anche dai singoli utenti. Dall'altra parte, le società di produzione sono indotte a sostenere gli ingenti investimenti necessari per sfruttare appieno le potenzialità offerte dalle nuove tecnologie in termini di qualità del prodotto. In ogni caso, appare permanere l'importanza di certi contenuti *premium* per i consumatori e, dunque, per la capacità competitiva degli operatori attivi nel settore. La disponibilità dei suddetti contenuti, per loro natura "scarsi", può rappresentare una fonte di potere di mercato e condizionare l'evoluzione del settore.

Si assiste, inoltre, ad una profonda trasformazione delle reti sulle quali i contenuti sono diffusi e resi accessibili ai consumatori. La digitalizzazione delle reti trasmissive terrestri, infatti, attraverso l'utilizzo più efficiente dello spettro radio, consente di superare la tradizionale scarsità di risorse frequenziali che ha storicamente rappresentato un'importante barriera all'entrata nel mercato. La piattaforma aperta del digitale terrestre consentirà sia l'aumento dei canali *free-to-air* trasmessi a livello nazionale e locale, sia lo sviluppo di nuovi servizi di *pay-tv*, questi ultimi fino ad ora confinati sostanzialmente ad una piattaforma satellitare proprietaria. In generale, il modello di *business* dei principali operatori privati attivi nel mercato televisivo sembra convergere verso una soluzione ibrida fondata sia sulla raccolta pubblicitaria sia sull'offerta di contenuti a pagamento, sebbene con pesi relativi diversi.

Al cambiamento delle reti trasmissive terrestri si affianca lo sviluppo di nuove piattaforme digitali attraverso le quali possono essere veicolati i contenuti audiovisivi, destinate ad avere effetti ancora più dirompenti sul settore. Rileva, in particolare, l'offerta di contenuti su *internet* e, dunque, la convergenza ormai definitivamente in atto tra settore televisivo e settore delle telecomunicazioni, destinata ad esplicare pienamente i propri effetti con lo sviluppo delle reti di accesso di nuova generazione. D'altra parte, non è ancora chiaro quale ruolo assumeranno gli operatori di telecomunicazioni all'interno del settore audiovisivo all'esito del processo di convergenza, atteso che tale ruolo può consistere nella mera fornitura di un'infrastruttura passiva o estendersi alla fornitura di servizi o contenuti ad alto valore aggiunto.

La proliferazione delle tipologie di contenuti audiovisivi e l'evoluzione tecnologica delle reti stanno, a loro volta, modificando radicalmente l'attività di confezionamento e distribuzione di contenuti audiovisivi. Lo sviluppo delle nuove piattaforme digitali tende ad esaltare la centralità del singolo contenuto piuttosto che del singolo canale predisposto dall'editore, e incoraggiare la ricerca pro-attiva piuttosto che la fruizione passiva di contenuti da parte del consumatore.

In questo nuovo scenario emerge l'importanza dell'attività di "intermediazione" svolta dai fornitori di servizi di ricerca - necessari perché gli utenti possano identificare i contenuti di loro interesse all'interno dell'offerta, estremamente frammentata e numerosa, disponibile su *internet* -



e da nuovi aggregatori di contenuti. La natura potenzialmente aperta del *web*, inoltre, consente ai produttori di contenuti di offrire direttamente i propri contenuti ai consumatori, senza ricorrere all'attività di distribuzione tradizionalmente svolta dalle emittenti televisive.

La disintermediazione editoriale e la crescente facilità di accesso ai più diversi tipi di contenuto pongono questioni rilevanti riguardo alla proprietà intellettuale delle opere e alla sua protezione; le forme tradizionali di tutela - flussi audiovisivi definiti ed identificati da un marchio (radio e televisione) o prodotti fisici che assemblano conoscenze (libri, giornali) - perdono efficacia nel mondo *internet*, privo di barriere e confini, e costringono i produttori di contenuti e gli editori a modificare il proprio modello di business (tutela della proprietà intellettuale inclusa) e a ricercare nuove forme di pagamento per remunerare i propri investimenti. Come mostra il caso della musica, il processo non è semplice e differenzia il potere di mercato dei diversi soggetti operanti nel settore dei contenuti audiovisivi in relazione alla loro posizione nella filiera.

In questo contesto un ruolo rilevante assumono infine i terminali e le tecnologie di accesso che abilitano alla visione e che possono influenzare in modo significativo le scelte del consumatore nel campo dei contenuti a pagamento, soprattutto nel caso in cui la loro architettura è integrata - verticalmente - con la struttura proprietaria di una piattaforma.

I fenomeni sommariamente richiamati incidono significativamente sulle dinamiche competitive tra gli operatori del settore, e pongono quindi, già a una prima osservazione, alcune questioni cruciali che sembrano meritare un approfondimento da parte dell'Autorità. In particolare, nel corso dell'indagine conoscitiva, l'Autorità intende verificare in che misura tali elementi di novità rilevino ai fini della definizione dei mercati rilevanti e identificare i fattori che possano risultare determinanti ai fini dell'acquisizione o del rafforzamento di un potere di mercato. Risulta infatti importante che in questa fase dinamica del settore, ricca di numerose potenzialità pro-concorrenziali, non vi siano indebiti impedimenti allo sviluppo e all'affermazione di un'efficace competizione, e che sia tutelato l'interesse dei consumatori di poter beneficiare pienamente dei cambiamenti in atto.

### ***Segnalazioni***

#### ***MERCATO DEI SERVIZI DI DIFFUSIONE RADIOTELEVISIVA (MERCATO N. 18).***

Nel dicembre 2010, l'Autorità, a seguito del ricevimento della relativa richiesta, ha reso un parere ai sensi dell'articolo 22 della legge n. 287/90 all'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazione (AGCOM) in merito allo schema di provvedimento concernente il "*Mercato dei servizi di diffusione radiotelevisiva per la trasmissione di contenuti agli utenti finali - mercato n. 18 tra quelli identificati dalla raccomandazione sui mercati rilevanti dei prodotti e dei servizi della commissione europea*". Con riferimento alla definizione merceologica dei mercati in esame, l'Autorità ha espresso condivisione circa l'individuazione di mercati rilevanti distinti per le diverse piattaforme trasmissive, quali quelle terrestri, satellitari e delle reti di telecomunicazioni

fisse, in ragione della limitata sostituibilità tra le stesse sia dal lato della domanda che dell'offerta di capacità trasmissiva. Sotto il profilo della domanda di capacità trasmissiva da parte dei fornitori di contenuti, infatti, rilevano le differenze tra le singole piattaforme in termini di diffusione, copertura territoriale, caratteristiche dei servizi erogabili nonché l'entità dei costi della capacità trasmissiva. Parimenti, appare estremamente limitata la sostituibilità tra le diverse piattaforme sotto il profilo dell'offerta, in considerazione degli investimenti specifici ed irrecuperabili richiesti per ciascuna rete trasmissiva.

Analogamente, l'Autorità ha condiviso, relativamente alla piattaforma trasmissiva terrestre, la definizione del mercato dei servizi diffusivi televisivi distinto da quelli radiofonici e comprendente sia le trasmissioni analogiche che quelle digitali. Tale orientamento è risultato in linea con quanto osservato dall'Autorità nel parere reso all'AGCOM nel 2007 in occasione della precedente analisi del mercato n. 18, nel quale si rilevava come l'attività dei servizi di diffusione televisiva su rete terrestre per la trasmissione in tecnica analogica dei contenuti agli utenti finali non potesse configurare un mercato rilevante autonomo. Appare dirimente, a tal proposito, la circostanza che la tecnica digitale sostituirà completamente la tecnica analogica nelle trasmissioni televisive terrestri entro la fine del 2012.

Diversamente dal precedente ciclo di analisi dei mercati e dalla prassi dell'Autorità, l'AGCOM ha individuato il mercato dei servizi di diffusione televisiva in tecnica DVB-H, come distinto dal mercato dei servizi di diffusione televisiva su rete terrestre in tecnica DVB-T, in ragione dell'assenza di sostituibilità dal lato dell'offerta riconducibile sostanzialmente alle previsioni normative e regolamentari esistenti. Sul punto l'Autorità, laddove i succitati vincoli normativi e regolamentari dovessero venir meno, rendendo sostituibili dal lato dell'offerta le due tecniche, ha auspicato un aggiornamento dell'analisi di mercato in esame al fine di valutarne le conseguenze sotto il profilo concorrenziale.

Con riferimento all'analisi del c.d. triplo test, concernente il mercato nazionale dei servizi di diffusione televisiva su reti terrestri, l'AGCOM, pur riscontrando la presenza di ostacoli non transitori all'accesso, ha accertato la presenza di caratteristiche che inducono a ritenere che nel mercato si svilupperanno condizioni di concorrenza effettiva. L'Autorità ha ritenuto condivisibile l'analisi della struttura del mercato effettuata dall'AGCOM, così come prospetticamente delineata dall'attuale quadro normativo e regolamentare.

In proposito, l'Autorità ha inoltre osservato che l'analisi del livello di integrazione verticale, svolta dal regolatore nel valutare la presenza di caratteristiche che inducono a ritenere che nel mercato si svilupperanno condizioni di concorrenza effettiva, dovrebbe essere integrata coerentemente con la prospettiva dinamica seguita nell'analisi della struttura del mercato. In particolare, esigenze di completezza richiederebbero che l'analisi dell'integrazione verticale venisse condotta non solo alla luce delle previsioni normative e regolamentari proprie della fase di transizione al digitale terrestre, ma anche considerando in chiave prospettica gli assetti che verranno a prodursi al termine della digitalizzazione e a compimento delle previsioni normative e regolamentari di cui alle delibere n. 181/09/CONS, n. 300/10/CONS e n. 497/10/CONS.

In relazione, infine, ai servizi diffusivi su reti di telecomunicazione fisse, l'AGCOM non ha ritenuto di dover svolgere un'analisi approfondita del triplo test, in ragione del riconoscimento del carattere emergente di tale piattaforma contenuto nella delibera n. 665/09/CONS - Individuazione delle piattaforme emergenti ai fini della commercializzazione dei diritti audiovisivi sportivi, ai sensi dell'art. 14, del decreto legislativo 9 gennaio 2008, n. 9 e dell'art. 10 del regolamento adottato con delibera n. 307/08/CONS e alla luce della regolamentazione dei servizi di accesso all'ingrosso alla rete fissa contenuta nella delibera n. 731/09/CONS.

In merito, l'Autorità ha ritenuto condivisibile la conclusione raggiunta da codesta Autorità in ragione dell'esistenza della richiamata regolamentazione, che prevede l'obbligo di offerta di servizi di accesso all'ingrosso alla rete fissa, osservando tuttavia come la classificazione di una piattaforma come emergente ai sensi dell'art. 14, del d.lgs. 9 gennaio 2008, n. 9 non possa di per sé escluderla da una regolamentazione *ex-ante*, stante il diverso contesto normativo, nonché la diversa ratio e metodologia alla base di tale classificazione rispetto al quadro regolamentare comunitario delle comunicazioni elettroniche.

*CONCESSIONE ALLE EMITTENTI TELEVISIVE LOCALI DEI BENEFICI PREVISTI DALL'ARTICOLO 45, COMMA 3, DELLA LEGGE 23 DICEMBRE 1998, N. 448*

Nel giugno 2010, l'Autorità ha inviato alcune osservazioni, ai sensi dell'articolo 21 della legge n. 287/90, ai Presidenti di Senato e Camera, al Presidente del Consiglio dei Ministri, al Vice Ministro allo Sviluppo Economico con delega alle Comunicazioni e al Ministro dell'Economia e delle Finanze in merito alle problematiche di carattere concorrenziale delineatesi nell'applicazione del decreto ministeriale 5 novembre 2004, n. 292, "*Regolamento recante nuove norme per la concessione alle emittenti televisive locali dei benefici previsti dall'articolo 45, comma 3, della L. 23 dicembre 1998, n. 448, e successive modifiche e integrazioni*".

Al riguardo, l'Autorità ha innanzitutto sottolineato che la corresponsione di contributi pubblici alle emittenti televisive locali si poneva come obiettivo principale l'agevolazione della nascita e l'affermazione sul mercato delle imprese televisive, in tal modo contribuendo al pluralismo dell'informazione ed alla diffusione delle idee. Tuttavia, le previsioni relative alle modalità di ripartizione di tali contributi tra le imprese avrebbero potuto produrre effetti distorsivi delle dinamiche competitive del mercato.

Le disposizioni del regolamento in esame prevedevano, in sintesi, che: i) l'ammontare annuo dello stanziamento previsto dall'articolo 45, comma 3, della legge n. 448/98 fosse suddiviso tra le regioni in proporzione al fatturato realizzato nel triennio precedente dalle emittenti operanti nella medesima regione che avessero chiesto di beneficiare delle misure di sostegno; ii) la somma assegnata a ciascuna regione fosse attribuita alle emittenti locali aventi titolo all'erogazione del contributo in base ad una graduatoria predisposta dai diversi Corecom, la quale teneva conto sia della media dei fatturati realizzati nel triennio precedente che del personale dipendente applicato allo svolgimento

di attività televisiva; *iii*) solo il primo 37% della graduatoria, formata in proporzione al valore ottenuto mediante ponderazione media dei punteggi per fatturati e per personale, risultasse assegnatario, in modo proporzionale, dei quattro quinti della somma totale stanziata, a cui doveva anche aggiungersi il restante quinto suddiviso in parti uguali tra tutte le imprese in graduatoria; *iv*) le imprese televisive che realizzavano fatturati più elevati ottenessero un significativo numero di punti aggiuntivi, utili ad elevare la posizione in graduatoria delle stesse e, di conseguenza, il contributo ad esse spettanti.

L'Autorità ha osservato che il sistema così definito appariva idoneo a premiare in modo maggiormente significativo le imprese che già realizzavano fatturati elevati e disponevano di un consistente numero di dipendenti; di contro, non veniva attribuita alcuna considerazione ad altri criteri (quali la qualità del servizio fornito ai cittadini in termini di contributo alla diffusione delle informazioni e delle idee, il numero e l'innovazione tecnologica degli impianti di trasmissione utilizzati) che invece sarebbero stati più adeguati per il raggiungimento dell'obiettivo originariamente previsto dal legislatore, ovvero sostenere ed incentivare l'esistenza e l'operatività di imprese televisive in ambito locale a tutela del pluralismo dell'informazione.

In considerazione di ciò, l'Autorità ha auspicato l'inserimento di tali criteri tra gli elementi da valutare ai fini dell'erogazione dei contributi in esame, augurandosi contestualmente che ad essi venisse attribuito un punteggio idoneo a consentirne un'adeguata valorizzazione.

In secondo luogo, l'Autorità ha osservato che la previsione normativa secondo cui i quattro quinti dei contributi spettanti alle regioni erano concessi, in modo proporzionale, al primo 37% della graduatoria predisposta dai Corecom di competenza, poteva determinare significative disparità di trattamento a danno delle imprese collocate nelle posizioni immediatamente successive al suddetto 37%. Tali imprese, infatti, in alcuni casi presentavano caratteristiche, in termini di fatturato e di dipendenti, alquanto simili a quelle delle emittenti ricomprese nel 37% e, tuttavia, esse ricevevano il medesimo ammontare di contributi assegnato alle imprese collocate agli ultimi posti della graduatoria.

Al fine di eliminare tale ingiustificata disparità di trattamento, l'Autorità ha suggerito di distribuire i quattro quinti dei contributi, in modo proporzionale, tra tutte le emittenti in graduatoria: in tal modo, la parte più consistente dei fondi sarebbe stata riservata ad un maggior numero di imprese, mentre la restante parte (il 20% diviso in parti uguali) avrebbe potuto comunque continuare a sovvenzionare le emittenti agli ultimi posti della graduatoria.

Infine, con riguardo alla norma del regolamento che escludeva dall'erogazione dei fondi le emittenti prive del requisito della regolarità contributiva, in accordo con quanto espresso dal giudice amministrativo, l'Autorità ha osservato che la disposizione non risultava applicabile ai casi in cui vi fosse una perdurante omissione nell'adempimento degli obblighi di natura previdenziale fino alla data di presentazione della domanda. La norma in questione poteva, al più, riferirsi al caso in cui l'emittente non avesse provveduto ad adempiere ai suddetti obblighi limitatamente al periodo intercorrente tra la presentazione della domanda e il successivo momento dell'erogazione dei contributi.

Per assicurare che tutte le imprese concorressero all'assegnazione "ad armi pari" dei contributi, l'Autorità ha auspicato una modifica del regolamento in esame nel senso di prevedere tra i requisiti della domanda di partecipazione la dimostrazione di aver assolto ogni obbligo relativo ai contributi previdenziali.

#### *PUBBLICAZIONE COMPENSI DI DIPENDENTI E COLLABORATORI RAI*

Nel giugno 2010, l'Autorità ha reso un parere ai sensi dell'articolo 22 della legge n. 287/90 al Ministro dello Sviluppo Economico e alla Commissione Parlamentare per l'Indirizzo Generale e la Vigilanza dei servizi Radiotelevisivi in merito allo schema di Contratto di servizio tra il Ministero dello Sviluppo Economico e la RAI Radiotelevisione Italiana Spa per il triennio 2010-12. In particolare, la suddetta Commissione, nell'esprimere il parere sullo schema di contratto, aveva proposto, *inter alia*, l'introduzione dell'obbligo a carico di Rai di "rendere pubblici nei titoli di coda dei programmi televisivi e radiofonici i compensi dei conduttori, degli ospiti, degli opinionisti, nonché i costi di produzione dei format definiti di servizio pubblico". Ciò in aggiunta alla pubblicazione sul sito *web* della Rai degli stipendi lordi percepiti dai dipendenti e dai collaboratori.

L'Autorità, pur riconoscendo l'importanza di assicurare la trasparenza dei costi connessi alla gestione dei servizi pubblici, il cui finanziamento è a carico dei cittadini, ha ritenuto che l'iniziativa della Commissione andasse inquadrata nel contesto più generale dell'attuale disciplina del servizio pubblico radiotelevisivo. Al riguardo, già in una precedente segnalazione<sup>46</sup> l'Autorità aveva evidenziato l'opportunità di distinguere - in termini di assetti proprietari, profili organizzativi e modalità di gestione e di finanziamento - il servizio pubblico dalle attività commerciali esercitate dalla Rai, al fine di perseguire con efficienza l'obiettivo di servizio pubblico generale, assicurando al contempo il corretto funzionamento dei meccanismi concorrenziali del settore. Poiché tale auspicata distinzione non era stata tuttavia ancora realizzata, l'Autorità ha sottolineato come, in un simile contesto, la realizzazione dell'iniziativa promossa dalla Commissione non fosse priva di implicazioni di carattere concorrenziale.

Infatti, l'eventuale imposizione a Rai dell'obbligo di pubblicare i dati sopra indicati risultava suscettibile di creare un'evidente asimmetria nel settore televisivo, atteso che Rai sarebbe stato l'unico operatore soggetto all'obbligo di rendere pubblici i propri costi ad un livello di dettaglio disaggregato. L'Autorità ha rilevato in particolare che, considerata la natura estremamente sensibile sotto il profilo commerciale di tali dati, la loro pubblicazione poteva ridurre la capacità competitiva di Rai nell'acquisire e trattenere le risorse, soprattutto umane, che costituiscono *input* fondamentali

<sup>46</sup> Segnalazione AS452 *Considerazioni e proposte per una regolazione pro-concorrenziale dei mercati a sostegno della crescita economica*, 11 giugno 2008, in *Boll.* 17/2008.

per la fornitura dei servizi radiotelevisivi. Né l'Autorità ha ritenuto condivisibile, sotto il profilo concorrenziale, un'ipotetica estensione dell'obbligo di trasparenza dei costi a tutti gli operatori televisivi, poiché ciò avrebbe determinato un'artificiale e generalizzata trasparenza delle condizioni alle quali le imprese attive nel settore televisivo realizzano i propri prodotti, ponendo le basi per condotte di mercato potenzialmente prive dei necessari requisiti di indipendenza ed autonomia.

#### *EDITORIA QUOTIDIANA, PERIODICA E MULTIMEDIALE*

Nel gennaio 2010, l'Autorità ha formulato alcune osservazioni, ai sensi dell'articolo 21 della legge n. 287/90, al Presidente del Senato, al Presidente della Camera e al Presidente del Consiglio dei Ministri in merito alle distorsioni concorrenziali prodotte da alcune previsioni normative riguardanti il settore dell'editoria quotidiana, periodica e multimediale.

Anche alla luce delle conclusioni raggiunte nell'ambito dell'Indagine conoscitiva riguardante il settore dell'editoria quotidiana, periodica e multimediale conclusa nel settembre 2009 (IC35), l'Autorità ha innanzitutto ritenuto che, a seguito dell'evoluzione tecnologica che ha interessato il settore dell'editoria e che ha modificato radicalmente le modalità di produzione, distribuzione e fruizione dell'informazione, fosse imprescindibile un intervento da parte del legislatore al fine di rinnovare il quadro giuridico di riferimento, laddove, a causa della stratificazione normativa intervenuta negli anni, le norme vigenti avevano lasciato spazio all'insorgere di restrizioni di carattere concorrenziale, con la conseguenza di non favorire una effettività pluralità dell'informazione.

La legge n. 62/2001, di revisione delle modalità di erogazione delle provvidenze e di riordino della normativa sull'editoria, aveva già aggiornato la nozione di prodotto editoriale rispetto alle recenti innovazioni tecnologiche, includendo ogni prodotto realizzato su supporto cartaceo o su supporto informatico destinato alla pubblicazione o, comunque, alla diffusione di informazioni presso il pubblico con ogni mezzo, anche elettronico. Tuttavia, un contesto così radicalmente mutato avrebbe dovuto implicare una profonda revisione dei criteri che presiedono all'erogazione dei contributi pubblici all'editoria, in modo da ridefinire i soggetti potenzialmente beneficiari e la ripartizione tra questi delle risorse dedicate.

L'Autorità ha quindi ritenuto necessario che l'iniziativa legislativa fosse indirizzata verso tre principali aree, riguardanti in primo luogo il sostegno economico alle iniziative imprenditoriali, quindi la ridefinizione delle regole di funzionamento del sistema distributivo, e, infine, una riqualificazione dei prodotti come "editoriali".

Con riferimento al primo aspetto, l'Autorità ha osservato che le modalità di sostegno pubblico all'editoria correntemente previste erano riconducibili a due tipologie fondamentali: gli aiuti economici diretti, a favore di determinate imprese editoriali; gli aiuti economici indiretti, di tipo generalizzato, classificabili a loro volta in riduzioni tariffarie, agevolazioni fiscali e credito agevolato.



I contributi diretti consistono in una quota fissa annua pari ad una percentuale dei costi risultanti da bilancio e in un contributo variabile a seconda della tiratura media (le sovvenzioni per le nuove iniziative editoriali decorrono al superamento del quinto anno di attività). Tali contributi sono diretti a consentire l'affermazione nel mercato di nuovi soggetti che si inseriscono in un mercato caratterizzato da elevate barriere d'accesso, quale è appunto quello editoriale.

Al riguardo, l'Autorità ha evidenziato come occorra dedicare la massima cura affinché le risorse pubbliche vengano utilizzate in maniera efficace, evitandone la dispersione verso iniziative prive di un reale contributo editoriale o che non necessitano di un sostegno esterno. In questo senso, deve in primo luogo essere compiuta un'attenta verifica degli attuali requisiti di accesso ai fondi, per avversare con decisione ogni possibilità di utilizzo strumentale delle norme da parte di soggetti privi di genuini intenti editoriali.

L'Autorità ha inoltre suggerito di modificare il criterio di calcolo del contributo reso, attualmente basato sui parametri dei costi sostenuti e della tiratura editoriale, prendendo a riferimento i dati effettivi di vendita, i quali forniscono un'indicazione del numero di persone interessate a fruire dell'informazione fornita. Inoltre, si è ritenuto necessario rivedere il termine per il decorso delle sovvenzioni, così come posto dalla legge n. 250 del 1990 e successive modifiche, dal momento che l'attuale normativa non sostiene economicamente le imprese nella fase di avvio dell'attività, caratterizzata da massima precarietà ed esposizione finanziaria, ma solo in un momento successivo, in cui la testata dovrebbe già aver dato prova di autosufficienza.

Per quanto concerne la seconda fondamentale tipologia di contributi, ovvero quelli indiretti, l'Autorità ha osservato che i contributi che hanno principalmente inciso nel settore dell'editoria sono certamente le tariffe postali agevolate per le spedizioni in abbonamento di prodotti editoriali. È opportuno precisare che tale agevolazione è riconosciuta soltanto a fronte del ricorso ai servizi prestati da Poste Italiane, escludendo altri operatori o sistemi alternativi di recapito delle copie. Inoltre, l'entità del contributo dipende dal numero di copie spedite, cosicché gran parte delle risorse viene assegnata ai principali gruppi editoriali. Per tali motivi, l'Autorità - come già evidenziato nella segnalazione AS419 *Agevolazioni tariffarie postali per le spedizioni di prodotti editoriali* - ha sottolineato la necessità di eliminare la disposizione che individua Poste Italiane come unico soggetto che abilita all'ottenimento dei benefici economici; l'Autorità ha inoltre proposto di introdurre un tetto alle compensazioni postali riconosciute al singolo gruppo editoriale, in modo da liberare risorse per altre iniziative a sostegno della domanda di abbonamenti, riferite a destinatari privilegiati (quali scuole o centri culturali) ovvero ad altre modalità di distribuzione, come "l'abbonamento in edicola" o l'abbonamento alla testata *on line*.

Riguardo alle regole di funzionamento del sistema distributivo, strumento indispensabile per favorire la fruibilità dell'offerta editoriale ai lettori, come è noto è attualmente affidato ai Comuni il compito di stabilire una localizzazione equilibrata dei punti vendita, evitando il sovraffollamento delle aree a maggiore

potenzialità e promuovendo una sufficiente copertura delle aree meno appetibili, al fine di garantire il pluralismo. Inoltre, il sistema distributivo poggia sul principio della parità di trattamento, che impone alle imprese l'obbligo di garantire il servizio di fornitura e vendita, a parità di condizioni, a tutte le testate giornalistiche che ne facciano richiesta. Infine, alcune norme disciplinano le modalità di vendita dei giornali, rendendo obbligatoria la cessione al pubblico al prezzo di copertina fissato dall'editore e parificando le condizioni economiche riconosciute dagli editori ai rivenditori, esclusivi e non esclusivi.

L'Autorità ha osservato che la regolazione della localizzazione delle rivendite attraverso piani comunali e procedure di autorizzazione mortifica le dinamiche competitive e può esporre i titolari di autorizzazioni a rifiuti di fornitura da parte dei distributori locali; per scongiurare tali evenienze e per adeguare il relativo quadro normativo ai principi del diritto comunitario in tema di libertà di stabilimento dei prestatori e di circolazione dei servizi negli Stati Membri, già peraltro recepiti in via generale nell'ordinamento nazionale con il decreto legislativo n. 59/2010, l'Autorità ha quindi auspicato un intervento di liberalizzazione degli accessi al mercato.

Sempre sugli aspetti di organizzazione della filiera distributiva, l'Autorità ha ulteriormente suggerito di intervenire sui rapporti economici tra gli anelli della filiera stessa al fine di promuoverne l'efficienza, in particolare consentendo una remunerazione differenziata dei rivenditori in base a parametri oggettivi, che tengano conto della qualità delle prestazioni rese e dei risultati conseguiti dall'esercizio. Esempi in questo senso sono individuabili in Francia, dove il corrispettivo riconosciuto al rivenditore varia in funzione del livello di specializzazione di quest'ultimo e della qualità del servizio offerto, e in Gran Bretagna, dove i distributori locali hanno facoltà di applicare un *carriage service charge*, la cui entità varia a seconda dei volumi di giornali acquistati dal punto vendita.

Infine, a parere dell'Autorità, una più precisa definizione del "prodotto editoriale" consentirebbe di orientare in modo più oculato le misure già previste e gli interventi futuri a favore del pluralismo dell'informazione, non solo per quanto riguarda i sussidi pubblici, ma anche per il trattamento fiscale agevolato. Attraverso una più circostanziata definizione di tale prodotto si potrebbero infatti limitare comportamenti opportunistici di presunti editori, i quali sfruttano l'obbligo di parità di trattamento in capo alla rete distributiva per imporre la commercializzazione nelle edicole di prodotti il cui contenuto editoriale è assolutamente marginale, se non del tutto assente.

Conclusivamente, l'Autorità ha auspicato una complessiva riforma del settore editoriale, in grado di favorire dinamiche competitive e, conseguentemente, il miglioramento qualitativo dei prodotti, lo sviluppo della domanda e una rafforzata tutela del pluralismo dell'informazione.

#### *ORDINAMENTO AUTOMATICO DEI CANALI TELEVISIVI*

Nel gennaio 2010, l'Autorità ha inviato alcune osservazioni, ai sensi dell'articolo 21 della legge n. 287/90, all'Autorità per le Garanzie nelle

Comunicazioni in merito alla tematica dell'ordinamento automatico dei canali televisivi che, nella fase di passaggio dalla tecnologia analogica a quella digitale terrestre, rivestiva particolare rilievo concorrenziale.

In relazione alla delibera n. 647/09/CONS del 19 novembre 2009 *per la verifica del rispetto dei principi di cui all'articolo 43 del Decreto Legislativo n. 177/05 in merito all'accordo sull'ordinamento automatico dei canali della TV digitale terrestre notificato dall'Associazione DGTVi*, l'Autorità ha rilevato in primo luogo come nella televisione digitale terrestre, a fronte di un'offerta di programmi più ampia rispetto alla televisione analogica, alcuni elementi di possibile successo della singola attività d'impresa fossero rappresentati dalla facilità e rapidità di selezione del programma da parte dell'utente e dal consolidamento di una determinata posizione da parte dell'emittente televisiva nell'ambito della numerazione.

In tale contesto, l'Autorità ha osservato che l'ordinamento automatico, oltre a rappresentare un servizio importante per l'orientamento dell'utente tra i numerosi canali a disposizione, assumeva un considerevole rilievo concorrenziale, dal momento che incideva sulla visibilità degli operatori esistenti e sulle opportunità di accesso al mercato da parte di nuove imprese.

Nella delibera citata veniva menzionata la possibilità che l'Autorità di regolazione settoriale adottasse un'apposita regolamentazione dell'ordinamento automatico dei canali della televisione digitale terrestre.

In proposito, l'Autorità, anche sulla scorta delle esperienze maturate in altri Paesi, ha ritenuto tale intervento regolatorio fortemente auspicabile nell'ottica di promuovere l'affermazione di criteri organizzativi per l'ordinamento automatico dei canali, idonei a favorire la concorrenza tra gli operatori effettivi e potenziali. Nessun accordo pattizio, infatti, avrebbe potuto garantire condizioni di assoluta imparzialità, oggettività e non discriminazione, quali quelle stabilite da una autorità di regolazione.

Al riguardo, l'Autorità ha rilevato che il principale criterio organizzativo utilizzato all'estero era quello dell'afferenza ad aree tematiche: tale sistema forniva infatti all'utente un immediato riferimento nella ricerca e aumentava al tempo stesso la visibilità dei diversi canali, stimolando l'utente a confrontare l'offerta disponibile sui canali tematici omogenei; in tal modo, risultavano enfatizzate le opportunità di sviluppare *audience* per canali che, in assenza di un ordinamento tematico, sarebbero stati relegati in numerazioni molto elevate, tra emittenti recanti programmazioni del tutto disomogenee.

L'Autorità ha inoltre sottolineato che tali considerazioni potevano acquistare ulteriore rilievo con l'ingresso di nuovi operatori nel mercato televisivo, posto che l'organizzazione tematica, nella misura in cui attenuava la centralità delle prime numerazioni, avrebbe consentito di mantenere una riserva di numerazioni di un certo interesse anche per potenziali *newcomers*.

Infine, affinché la numerazione dei canali mantenesse una piena rispondenza alle esigenze degli operatori e alle preferenze degli utenti, l'Autorità ha auspicato che l'intervento di regolazione comprendesse anche accorgimenti volti a tutelare una certa flessibilità del sistema rispetto a eventuali modifiche sostanziali delle condizioni competitive.

## Intermediazione monetaria e finanziaria

### SERVIZI ASSICURATIVI E FONDI PENSIONE

#### *Intese*

#### *GARE ASSICURATIVE ASL E AO CAMPANE*

Nel maggio 2010, l'Autorità ha avviato un'istruttoria nei confronti delle società HDI-Gerling Industrie Versicherung AG, Faro Compagnia di Assicurazioni e riassicurazioni Spa, Navale Assicurazioni Spa e Primogest Srl al fine di accertare l'esistenza di eventuali violazioni dell'articolo 2 della legge n. 287/90 e/o dell'articolo 101 del TFUE nel mercato dei servizi assicurativi offerti alle aziende sanitarie per i rami della responsabilità civile verso terzi (RCT) e della responsabilità civile verso prestatori d'opera (RCO).

Sulla base degli elementi conoscitivi acquisiti, l'Autorità nel provvedimento di avvio ha ipotizzato l'esistenza di un coordinamento tra le società Gerling, Navale e Faro, volto a limitare il confronto concorrenziale tra le stesse nella partecipazione alle gare per l'affidamento dei servizi assicurativi delle ASL e AO tutte localizzate nella Regione Campania. Tale coordinamento sembra aver coinvolto, con la funzione di agenzia plurimandataria, anche la società Primogest e aver caratterizzato almeno le seguenti quattordici gare: Asl Avellino 2 (gara 2005 vinta da Gerling); ASL Caserta (gara 2006 vinta da Navale e Gerling in coassicurazione); ASL Salerno 1 (gara 2008 vinta da Faro); ASL Salerno 3 (affidamento 2005 aggiudicato a Gerling); AO Cotugno Napoli (gara 2006 vinta da Gerling); AO Monaldi (gara 2006 vinta da Navale); AO Moscati Avellino (gara 2004 vinta da Faro e 2006 vinta da Gerling); AO San Sebastiano Caserta (gara 2004 non aggiudicata per assenza di offerte; gara 2004 vinta da Gerling e gara 2008 vinta da Navale); A.O. Cardarelli Napoli (gara 2008 vinta da Faro); AO Fondazione Pascale (gara 2006 vinta da Gerling) e ASL Napoli 3 (gara 2005 deserta e successivo affidamento diretto a Faro).

Più specificamente, le predette società avrebbero partecipato alle gare sopra indicate seguendo una o più delle seguenti condotte: (i) la presentazione di offerte e sconti condizionati alla attribuzione di altri lotti ad un'altra delle stesse società; (ii) la mancata presentazione di un'offerta proprio nelle gare vinte da un'altra delle tre società in modo alternato così da risultare vincitrici senza la presenza di offerte economiche concorrenti; (iii) il ricorso all'istituto della coassicurazione, ciò sia prima dell'aggiudicazione che successivamente alla stessa. Nei casi di specie, peraltro, il contratto di coassicurazione è sembrato inserirsi in una strategia collusiva che ha consentito alle tre società coinvolte di spartirsi non solo le aggiudicazioni delle gare ma, all'interno di una stessa gara, il singolo affidamento.

In particolare, l'Autorità ha ritenuto suscettibili di integrare un'intesa volta a limitare il confronto competitivo in gara, tra le altre, alcune specifiche condotte, tra cui: i) nella procedura della AO S. Sebastiano la presentazione, da parte di Gerling, di uno sconto su un servizio assicurativo che si era già aggiudicata a condizione che il secondo lotto messo a gara fosse affidato alla

società Faro; il ruolo assunto in tale contesto dall'agenzia Primogest; il ricorso alla coassicurazione e la sua evoluzione a vantaggio di una società subentrata; ii) nella gara AO Moscati, invece, le modalità di presentazione di un'unica offerta da parte di Gerling e il successivo ricorso alla coassicurazione con il rinnovo del contratto solo a favore della coassicurata Navale.

Con riferimento alle altre nove gare bandite in Campania per i rami RCT/RCO, tutte vinte da Gerling, Navale e/o Faro (individualmente o in coassicurazione tra loro), l'Autorità ha considerato rilevante la circostanza che l'aggiudicazione sia avvenuta sempre per l'assenza di altre offerte presentate o valide. Le tre società, infatti, non hanno partecipato mai a tali gare in concorrenza tra loro, o perché hanno presentato offerta laddove non si sono presentate le altre o perché si sono presentate in coassicurazione. Dagli accertamenti condotti sono risultate, infine, anche altre cinque gare vinte da una delle tre società, per le quali non può escludersi la riconducibilità al meccanismo di partecipazione coordinata alle aggiudicazioni.

L'Autorità ha ritenuto che tali modalità di partecipazione alle gare potrebbero essere il frutto di un disegno collusivo volte ad evitare il confronto competitivo in gara tra Gerling, Faro e Navale, anche tramite l'agenzia Primogest e a ripartirsi le gare aggiudicate, in violazione dell'articolo 2 della legge n. 287/90 e/o dell'articolo 101 del TFUE. Al 31 dicembre 2010 l'istruttoria è in corso.

### *Indagini conoscitive*

#### *PROCEDURA DI RISARCIMENTO DIRETTO E ASSETTI CONCORRENZIALI DEL SETTORE RCAUTO*

Nel maggio 2010, l'Autorità ha avviato un'indagine conoscitiva riguardante la procedura di risarcimento diretto e gli assetti concorrenziali del settore R.C. Auto.

Dal punto di vista concorrenziale, l'Autorità, data la rilevanza economica di tale mercato e le peculiarità che ne hanno caratterizzato l'evoluzione, è più volte intervenuta - sia con segnalazioni, sia attivando i poteri istruttori conferitile dalla legge n. 287/90 e dalla normativa comunitaria - al fine di rimuovere gli ostacoli ad uno sviluppo concorrenziale del settore e di incentivare un più efficace confronto competitivo a vantaggio dei consumatori finali.

Proprio in merito alla procedura di risarcimento diretto rileva osservare che essa è stata indicata a più riprese dall'Autorità come soluzione auspicabile<sup>47</sup> in un'ottica di superamento delle criticità che il mercato RCA aveva manifestato negli anni successivi alla liberalizzazione.

Tale innovativa modalità risarcitoria, infatti, comporta l'estensione del confronto competitivo dall'ambito tradizionale dei premi e delle garanzie a

<sup>47</sup> In tal senso si vedano le risultanze dell'indagine IC19 - *Indagine conoscitiva sul settore assicurazione autoveicoli*, conclusa il 17 aprile 2003, 185ss., 209ss. Si vedano, inoltre, le seguenti segnalazioni: AS301 - *Riassetto normativo delle disposizioni vigenti in materia di assicurazioni - Codice delle Assicurazioni*, del 1 giugno 2005, in *Boll. n. 22/05*, 46ss.; AS309 - *Riassetto normativo delle disposizioni vigenti in materia di assicurazioni - Codice delle Assicurazioni Private*, del 28 luglio 2005, in *Boll. n. 28/05*, 45ss.; AS324 - *Disciplina del risarcimento diretto dei danni derivanti dalla circolazione stradale*, del 3 febbraio 2006, in *Boll. n. 4/06*, 47ss.; AS396 - *Introduzione di modifiche all'articolo 150, comma 1, del decreto legislativo 7 settembre 2005, n. 209, Codice delle Assicurazioni Private*, del 29 maggio 2007, in *Boll. n. 20/07*, 196ss.

quello dei servizi liquidativi, con potenziali effetti incentivanti rispetto alla propensione alla mobilità degli assicurati italiani.

Nonostante tali aspettative, però, a oltre tre anni dalla sua applicazione, le evidenze di mercato mostrano il permanere di alcuni profili di criticità. Da denunce pervenute all'Autorità, nonché da dati statistici diffusi da organismi pubblici e privati, risulta che il livello dei premi applicati dalle compagnie per i contratti RCA avrebbe conosciuto negli ultimi anni incrementi significativi e generalizzati. In particolare, dal 2009 al 2010 si sarebbero registrati aumenti medi del 15%, con punte sino al 22% per i ciclomotori e di oltre il 30% per l'assicurazione dei motocicli. Emerge pertanto l'utilità di un approfondimento, in ottica concorrenziale, delle cause di tale tendenza.

A fronte della evoluzione del quadro normativo e delle connesse aspettative di sviluppo in senso più marcatamente concorrenziale del mercato in considerazione, l'Autorità ha quindi ravvisato l'esigenza di addivenire ad una ricostruzione attendibile dell'andamento dei prezzi effettivi e dei costi del settore RCA.

Per quanto concerne più specificamente la procedura di risarcimento diretto l'indagine è stata avviata al fine di addivenire da una approfondita analisi delle modalità con le quali alla stessa è stata data attuazione, avuto riguardo sia all'architettura del relativo apparato legislativo, regolamentare e convenzionale, sia a singoli istituti e disposizioni che ne regolano i diversi profili sostanziali e operativi.

L'obiettivo dell'indagine è infatti fornire indicazioni in merito alle criticità ancora esistenti e alle modalità per innescare una maggior spinta competitiva in un settore che mostra ancora rilevanti limiti allo sviluppo di una piena ed effettiva concorrenza.

### **Segnalazioni**

#### **ASSOCIAZIONE DI COMUNI BRESCIANI- GARA PER IL SERVIZIO DI BROKERAGGIO ASSICURATIVO**

Nel dicembre 2010, l'Autorità ha inviato alcune considerazioni ai sensi dell'articolo 22 della legge n. 287/90 all'Associazione di Comuni Bresciani (ACB) in ordine alle problematiche concorrenziali conseguenti: *i)* all'affidamento dei servizi di brokeraggio assicurativo da parte delle associazioni di comuni; *ii)* alle convenzioni stipulate con compagnie di assicurazione selezionate dal *broker*.

In primo luogo è stato osservato che un'associazione di comuni è tenuta ad applicare le norme previste dal Codice degli appalti in base al combinato disposto degli articoli 3, comma 25 e 32, lett. a) del Codice stesso. Dispone infatti, l'articolo 32 che *«le norme del presente titolo, nonché quelle della parte I, IV e V, si applicano in relazione ai seguenti contratti, [...]: a) lavori, servizi e forniture affidati dalle amministrazioni aggiudicatrici»*. In base all'articolo 3, comma 25, *«Le "amministrazioni aggiudicatrici" sono: le amministrazioni dello Stato; gli enti pubblici territoriali; gli altri enti pubblici non economici; gli organismi di diritto pubblico; le associazioni, unioni, consorzi, comunque denominati, costituiti da detti soggetti»*.



In quest'ottica l'Autorità ha auspicato che ACB faccia ricorso, per l'acquisizione di beni e servizi, sia per essa stessa che per i propri associati, a procedure ad evidenza pubblica, computando, quale valore dell'affidamento, *«l'importo massimo stimato, ivi compresa qualsiasi forma di opzione o rinnovo del contratto»* tenendo conto che *«nessun progetto d'opera né alcun progetto di acquisto volto ad ottenere un certo quantitativo di forniture o di servizi può essere del frazionato al fine di escluderlo dall'osservanza delle norme che troverebbero applicazione se il frazionamento non vi fosse stato»* (articolo 29 del Codice degli appalti).

Quanto al secondo punto, risulta altresì che, per il tramite del *broker* a cui è stato affidato il servizio, la ACB abbia promosso specifiche polizze assicurative selezionate dal *broker* medesimo.

L'Autorità ha già osservato, sul punto, che il *broker* selezionato dalla PA, al contrario di ciò che normalmente accade nel settore privato, non potrebbe scegliere la compagnia di assicurazione cui affidare la copertura dei rischi, in quanto anche quest'ultima selezione deve avvenire nel rispetto delle norme di evidenza pubblica.

Si è rilevato, inoltre, che l'offerta ai comuni di specifiche convenzioni assicurative stipulate dal *broker* potrebbe determinare effetti negativi nel mercato dei servizi assicurativi in quanto potrebbe limitare il confronto competitivo a livello di singoli comuni sia con riguardo al mercato dei servizi di brokeraggio sia relativamente all'ambito dei servizi assicurativi. A tale riguardo si è richiamato quanto già rilevato dall'Autorità in precedenti segnalazioni sullo stesso tema, in cui si era affermato che *«l'abbinamento indiscriminato dei due servizi, assicurativo e brokeraggio, appare potenzialmente restrittivo della concorrenza in quanto singolarmente le singole attività esplicano una funzione autonoma quindi erogabile da soggetti diversi»*.

#### COMUNE DI VERONA - BANDO DI GARA PER IL SERVIZIO DI BROKERAGGIO ASSICURATIVO

Nel luglio 2010, l'Autorità, a seguito del ricevimento della relativa richiesta, ha inviato ai sensi dell'articolo 21 della legge n. 287/90 alcune osservazioni al Comune di Verona in merito alla possibilità di ammettere ad una gara un Raggruppamento Temporaneo di Imprese (RTI) di cui una sia in possesso dei requisiti necessari e sufficienti per partecipare singolarmente.

L'Autorità ha ricordato di avere più volte espresso, nei suoi precedenti, il principio in base al quale l'RTI è compatibile con le regole poste a tutela della concorrenza quando le singole imprese partecipanti non posseggano singolarmente i requisiti dimensionali previsti dal bando di gara o non siano in grado di svolgere tutti i servizi richiesti dalla stazione appaltante. Allo stesso tempo l'orientamento dell'Autorità in tema di RTI indica che, qualora le singole imprese posseggano i requisiti dimensionali e tecnici richiesti per l'ammissione alla gara è escluso che le stesse possano partecipare in associazione. La formazione di una RTI da parte di un'impresa in possesso singolarmente dei necessari requisiti e di un'altra impresa, invece, che non sia in grado di partecipare autonomamente alla gara è da escludere laddove

quest'ultima possa diventare un operatore concorrente della prima aggregandosi con altre società presenti sul mercato, a loro volta non in possesso dei requisiti richiesti. Viceversa, l'RTI non sarebbe lesiva della concorrenza laddove l'unica possibilità di partecipare alla gara da parte dell'impresa di minori dimensioni fosse l'associazione con un'impresa in grado di partecipare da sola alla gara.

Nel caso in esame, l'Autorità ha invitato il Comune di Verona a valutare le effettive caratteristiche competitive del mercato che, a una prima analisi, appariva caratterizzato dalla presenza di vari operatori, con diverse caratteristiche dimensionali e di gamma di servizi offerti, e quindi non tale da giustificare l'aggregazione in una RTI di società dotate e di società non dotate dei requisiti richiesti per la partecipazione alla gara.

#### *GARE A EVIDENZA PUBBLICA AVENTI AD OGGETTO FORME DI PREVIDENZA COMPLEMENTARE*

Nell'aprile 2010, l'Autorità ha inviato alcune osservazioni ai sensi dell'articolo 22 della legge n. 287/90 al Comune di Pula, al Comune di Isernia e all'Associazione Nazionale Comuni Italiani in merito alle modalità di affidamento da parte dei Comuni del servizio di previdenza integrativa a favore dei propri dipendenti e, in particolare, del personale della polizia municipale, ai sensi dell'articolo 208 del decreto legislativo n. 285/92, recante "Codice della Strada". La prassi in materia appariva, infatti, piuttosto diversificata sia in ordine alla scelta da parte dei comuni di ricorrere o meno a procedure selettive tra più operatori in luogo dell'affidamento diretto, sia nella formulazione specifica degli eventuali bandi e degli altri atti di gara.

Al riguardo, l'Autorità ha in primo luogo ricordato che le gare a evidenza pubblica, o le altre modalità di selezione che comunque consentono la partecipazione di più operatori, sono lo strumento più appropriato per favorire il più ampio confronto competitivo nell'offerta dei servizi di previdenza complementare, con benefici diretti in termini di maggiore scelta e riduzione di prezzi; conseguentemente, ha sottolineato l'opportunità di un più ampio ricorso a tali procedure, anche preservando una certa flessibilità relativamente alla tipologia di selezione prescelta, affinché questa possa adattarsi al meglio alle realtà territoriali di minori dimensioni.

Inoltre, sempre al fine di favorire la massima partecipazione alle gare da parte delle imprese, e di conseguenza il più ampio confronto competitivo tra le diverse forme di previdenza complementare, l'Autorità ha rilevato che tutti gli atti delle procedure di selezione dovrebbero essere formulati in modo da richiedere soltanto i requisiti e le condizioni di partecipazione strettamente necessari in ragione della tipologia del servizio oggetto di gara e delle specifiche esigenze dell'ente locale interessato. L'imposizione, infatti, di requisiti economici, tecnici o di altra natura, laddove non necessaria, scoraggia la partecipazione alle gare e ha, quindi, effetti negativi sotto il profilo concorrenziale.

#### *ORGANISMI DI DIFESA DELLE PRODUZIONI AGRICOLE*

Nel marzo 2010, l'Autorità ha inviato alcune osservazioni, ai sensi dell'articolo 21 della legge n. 287/90, al Presidente del Senato, al Presidente

della Camera, al Ministero delle Politiche Agricole e Forestali, al Presidente della Giunta Regionale della Regione Veneto e al Presidente della Giunta Regionale della Regione Basilicata in merito ad alcune problematiche concorrenziali derivanti dal divieto di doppia iscrizione in più organismi di difesa e dai criteri individuati dalle Regioni per l'ammissione al riconoscimento delle cooperative e degli altri enti non aventi sede legale nella regione, in applicazione al decreto legislativo n. 102/04.

I consorzi di difesa svolgono varie attività di supporto alle imprese agricole, tra cui la stipula di polizze collettive a copertura di rischi agricoli e la conseguente riscossione del contributo a carico dello Stato per conto degli imprenditori associati. Il d.lgs. n. 102/04 prescrive, quale condizione di riconoscibilità del consorzio a livello regionale, che lo statuto preveda tra l'altro *“il diritto alla ammissione per tutti gli imprenditori agricoli della zona aventi i requisiti prescritti, con esclusione di coloro che facciano parte di altri organismi similari, salvo il diritto di opzione”*; si prevede inoltre che l'attività di difesa attiva e passiva svolta dai consorzi sia sottoposta alla vigilanza delle rispettive regioni e province autonome, le quali, ai fini del parere di ammissibilità al contributo, provvedono a controllare *“[...] che il socio aderisca ad un solo organismo di difesa, salvo il diritto di opzione”*.

L'Autorità ha ritenuto che tale divieto di doppia iscrizione potesse rappresentare una barriera all'ingresso per nuovi operatori intenzionati ad associare imprenditori agricoli per altri fini. L'Autorità ha rilevato, infatti, che l'agricoltore che avesse voluto usufruire dei servizi di difesa passiva per prodotti non trattati dall'ente di appartenenza doveva obbligatoriamente esercitare il diritto di recesso. Il superamento di tale barriera, attraverso l'ammissibilità della doppia iscrizione, avrebbe consentito invece di evitare criticità concorrenziali, senza per questo comportare rischi di duplicazioni delle richieste di contributo statale, la cui erogazione era disciplinata dal menzionato decreto. L'Autorità ha osservato infatti che tali rischi avrebbero potuto superarsi predisponendo controlli incrociati tra i dati catastali forniti dall'agricoltore nell'ambito delle richieste di contributo o altri sistemi che non costituiscano barriere all'entrata di tipo normativo.

L'Autorità ha rilevato inoltre alcune criticità concorrenziali anche a livello di normativa regionale: la Regione Veneto poneva dei limiti al passaggio degli imprenditori agricoli da un organismo di difesa ad un altro, prevedendo che esso potesse avvenire solo successivamente all'esercizio del diritto di recesso tramite una rigorosa procedura; al riguardo, l'Autorità ha sottolineato che tale previsione rendeva eccessivamente onerosa la mobilità degli imprenditori da un organismo all'altro e introduceva un vantaggio concorrenziale per gli organismi già esistenti a svantaggio di quelli nuovi entranti. Ciò pregiudicava inoltre i mercati connessi al settore assicurativo, poiché limitava le spinte competitive e privava il settore di elementi di dinamicità che avrebbero potuto risolversi in migliori condizioni per i fruitori dei servizi.

Infine, la Regione Basilicata prevedeva che le cooperative agricole e i loro consorzi aventi sede legale in altre regioni potessero ottenere il riconoscimento del diritto al contributo statale solo qualora detenessero, a qualsiasi titolo, la maggior parte dei terreni/allevamenti nel territorio della

Basilicata. L'Autorità ha osservato come tale ulteriore requisito, rispetto a quanto già disposto dalla norma nazionale, fosse idoneo a impedire l'ingresso a livello locale di cooperative attive prevalentemente in altre regioni, ostacolando quindi il confronto competitivo tra gli organismi di difesa.

In conclusione, l'Autorità ha auspicato che venisse superato il divieto di iscrizione in più di un organismo di difesa e che la normativa regionale facilitasse il trasferimento degli imprenditori da un organismo all'altro; analogamente, ha auspicato la revisione delle norme regionali contenenti limiti territoriali quale criterio per il riconoscimento degli organismi.

## SERVIZI FINANZIARI E CREDITO

### Intese

#### CARTE DI CREDITO

Nel novembre 2010, l'Autorità ha concluso un procedimento istruttorio accertando violazioni dell'articolo 101 del TFUE da parte del circuito Mastercard e di otto banche (Banca Monte dei Paschi di Siena Spa, BNL Spa, Banca Sella Holding Spa, Barclays Bank Plc, Deutsche Bank Spa, Intesa SanPaolo Spa, ICBPI Spa e Unicredit Spa) licenziatricie del marchio MasterCard e attive in Italia nel mercato dei servizi di *acquiring*.

Il mercato interessato dal procedimento è quello delle carte di pagamento, all'interno del quale si distinguono due ambiti di attività: uno a monte, ove operano i circuiti di pagamento, e due a valle, ove operano le banche licenziatricie nelle attività di *issuing* e *acquiring*. I circuiti forniscono delle piattaforme alle banche ad essi aderenti attraverso le quali vengono eseguite e regolate le transazioni effettuate con le carte di pagamento. Ogniqualvolta viene effettuato un pagamento in circolarità con carta, le regole del circuito, cui devono sottostare tutte le banche licenziatricie, prevedono che l'*acquirer* corrisponda all'*issuer* una commissione interbancaria multilaterale (*multilateral interchange fee*, di seguito anche MIF). Le banche, attive invece nei mercati a valle, operano sia nell'emissione di carte con il marchio del circuito, sia nel convenzionamento degli esercenti per l'accettazione delle stesse. La dimensione geografica del mercato a monte (tra circuiti) e dei mercati a valle (dell'*issuing* e dell'*acquiring*) è stata considerata dall'Autorità circoscritta al territorio nazionale, in quanto le modalità di offerta sono sufficientemente uniformi all'interno dello stesso. In un mercato a due versanti, quale è quello delle carte di pagamento, assume inoltre rilievo il grado di diffusione del circuito che dipende, a sua volta, dal numero dei partecipanti in ciascuno dei due versanti. In quest'ottica, MasterCard rappresenta uno dei principali gestori nel mercato dei circuiti di pagamento in Italia, e le banche che ne sono licenziatricie in Italia costituiscono le principali banche presenti sul territorio nazionale.

Nel corso del procedimento, l'Autorità ha accertato che la definizione delle *interchange fees* nazionali per l'Italia da parte di MasterCard configura un'intesa in violazione dell'articolo 101 del TFUE, trattandosi della fissazione in modo omogeneo di una comune soglia minima definita a livello di circuito

in assenza di analisi e motivazioni economiche, che le banche licenziatricie applicano consapevolmente sulla base delle regole dallo stesso previste; nel caso in esame, tale definizione della MIF avviene attraverso una decisione di un'associazione di imprese avente per oggetto la fissazione comune di una commissione interbancaria.

Infatti, l'istruttoria ha consentito di qualificare MasterCard come associazione di imprese, anche dopo la propria quotazione in borsa, per il ruolo che le licenziatricie hanno svolto e continuano a svolgere nella *governance* del circuito. Inoltre, MasterCard ha introdotto le MIF per l'Italia, nell'aprile 2007, non a seguito di specifiche analisi economiche relative al mercato nazionale, bensì in vista di una possibile decisione della Commissione Europea relativa alle commissioni transfrontaliere che avrebbe riguardato anche alcuni Stati Membri, tra i quali l'Italia, in termini di riduzione delle MIF.

Dalla determinazione di MIF nazionali a livelli elevati ed in assenza di giustificazioni economiche deriva un vantaggio sia per il circuito sia per le licenziatricie, che si concretizza, per il circuito MasterCard, in una maggior diffusione del marchio, e per le licenziatricie *issuer*, nell'aumento dei ricavi direttamente realizzati, nonché per le licenziatricie *acquirer*, nel realizzare ricavi crescenti al crescere del volume delle transazioni effettuate con il circuito in fase di espansione.

La determinazione delle MIF nazionali da parte del circuito è pertanto stata qualificata come deliberazione di associazione di imprese e, per le modalità di determinazione delle stesse come soglia minima tra i licenziatari - con la sola finalità di separarle dalle MIF *cross border* e di tenerle a livello elevato -, in violazione dell'art. 101 del TFUE. Rileva osservare che tale intesa è stata ritenuta consistente, coinvolgendo uno dei principali circuiti a livello internazionale, MasterCard, avente in Italia una posizione di assoluta rilevanza, rappresentando oltre il [70-75%] delle carte di debito ed il [35-40%] delle carte di credito in circolazione a livello nazionale nel 2008.

L'Autorità ha inoltre accertato anche l'esistenza di un fascio di intese verticali rappresentato dall'insieme dei contratti di licenza tra circuito e singole licenziatricie, che determina: (i) il trasferimento delle MIF sulle *merchant fee*, in base alle politiche commerciali delle singole licenziatricie che determinano, note le MIF, la struttura della commissione all'esercente, (ii) l'applicazione di specifiche regole del circuito (*honour all cards rule*) e di ulteriori condizioni nei contratti con i negozianti (quali la non differenziazione tra transazioni *on-us* e in circolarità, il *blending* e la *non discrimination rule*) che sono direttamente funzionali all'obiettivo di diffusione del marchio che il circuito persegue fissando MIF elevate; ciò in assenza di rischio di confronti competitivi tra circuiti e tra banche.

La restrittività di tale fascio di intese verticali è stata dimostrata nell'oggetto in quanto tali intese risultavano finalizzate non solo a trasferire a valle le MIF attraverso le *merchant fee* ma anche ad amplificarne l'impatto, attraverso le sopra citate clausole contrattuali applicate ai *merchant*. L'oggetto di tale fascio di intese verticali è la diffusione del circuito con le MIF più elevate in assenza di confronti competitivi, a vantaggio sia di MasterCard che delle licenziatricie.

L'istruttoria è stata quindi chiusa dall'Autorità con l'accertamento di due fattispecie anticoncorrenziali, e precisamente: *i)* in capo al circuito MasterCard, in qualità di associazione di imprese, di un'intesa restrittiva della concorrenza in violazione dell'articolo 101 del TFUE, determinata dalla definizione di una comune ed uniforme soglia minima, ovvero la commissione multilaterale, MIF, specifica per l'Italia, in assenza di motivazioni economiche; *ii)* in capo al circuito ed alle banche licenziatrici, di un fascio di intese verticali, restrittivo della concorrenza, contrario all'articolo 101 del TFUE, avente ad oggetto non solo il trasferimento delle MIF sulla *merchant fee* ma anche l'adozione di specifiche clausole con gli esercenti, nell'interesse di entrambe le parti del contratto di licenza a diffondere il marchio con la MIF più elevata in assenza di confronti competitivi tra i circuiti e la banche.

In considerazione della gravità dell'infrazione, che riguarda uno dei principali circuiti di pagamento internazionali e le sue licenziatrici in Italia, l'Autorità ha comminato sanzioni per oltre 6 milioni di euro alle parti del procedimento.

#### COMMISSIONE INTERBANCARIA PAGOBANCOMAT

Nell'ottobre 2010, l'Autorità ha concluso un'istruttoria ai sensi dell'articolo 101 del TFUE nei confronti del Consorzio BANCOMAT, accettando gli impegni presentati dalla parte.

Nel provvedimento di avvio dell'istruttoria, l'Autorità aveva rilevato che la commissione interbancaria massima per il servizio PagoBANCOMAT costituiva un corrispettivo versato tra le banche coinvolte nell'offerta dei servizi di pagamento. Infatti, la banca che ha convenzionato l'esercente è tenuta a corrispondere la commissione interbancaria alla banca che ha emesso la carta con cui è stata effettuata la transazione. L'Autorità aveva riscontrato come l'accordo di fissazione della commissione interbancaria per il suddetto servizio di pagamento intervenuto all'interno del Consorzio definisse un'intesa in grado di incidere sull'erogazione dei servizi di pagamento dell'utenza finale. Infatti, l'autonomia decisionale delle banche nelle politiche commerciali relative alla clientela era limitata dalla fissazione in maniera coordinata di una commissione interbancaria, determinando - di conseguenza - un'incisiva riduzione della concorrenza nel settore. Pertanto, l'Autorità aveva ritenuto che l'accordo interbancario relativo al servizio PagoBANCOMAT e alla sottostante commissione interbancaria potesse configurare un'intesa capace di falsare la concorrenza ai sensi dell'articolo 101 del TFUE.

Nell'aprile 2010 il Consorzio PagoBancomat ha presentato degli impegni ai sensi dell'articolo 14-ter, comma 1, della legge n. 287/90, volti a eliminare le preoccupazioni concorrenziali sollevate nel provvedimento di avvio.

In particolare, il Consorzio si è impegnato a: *i)* ridurre, secondo un criterio di efficienza economica e di orientamento ai costi, il valore della commissione interbancaria multilaterale ("MIF") di oltre il 4% rispetto al valore corrispondente al ticket medio di riferimento; *ii)* svolgere la successiva rilevazione dei costi entro il 30 giugno 2012, e quelle successive con cadenza biennale, tenendo conto delle eventuali efficienze che caratterizzeranno il sistema, impegnandosi a non modificare al rialzo la commissione interbancaria risultante dai dati



delle rilevazioni; *iii*) disporre che il contratto PagoBANCOMAT con gli esercenti disciplini esclusivamente le modalità di convenzione al circuito PagoBANCOMAT; *iv*) dare pubblicità delle nuove regole di funzionamento e del valore della commissione interbancaria così come ridotto con gli impegni proposti; *v*) valutare, anche attraverso il confronto con l'Autorità, i principi elaborati in sede europea in materia di nuove metodologie da seguire nella definizione delle commissioni interbancarie per l'utilizzo delle carte di pagamento impegnandosi, alla luce di quanto elaborato dalla giurisprudenza e dagli studi comunitari, a ridefinire entro i successivi 6 mesi l'entità della commissione interbancaria PagoBANCOMAT in ragione di un criterio di efficienza economica a livello di sistema.

Nel valutare gli impegni proposti dal Consorzio PagoBANCOMAT, l'Autorità ha considerato positivamente la proposta riduzione della commissione interbancaria da attuarsi immediatamente, in quanto il nuovo valore appariva ancorato ai costi sostenuti dagli operatori, prevedeva la diretta connessione delle fasi della prestazione del servizio e della sua offerta in circolarità, nonché teneva conto dei benefici prodotti dal servizio PagoBANCOMAT ai consumatori e agli esercenti. Inoltre, il Consorzio si è impegnato a valutare gli studi comunitari concernenti il *tourist test* (c.d. metodologia dell'indifferenza del venditore) e a rideterminare conseguentemente la commissione interbancaria.

L'Autorità ha altresì valutato positivamente l'impegno del Consorzio di assicurare pubblicità al nuovo ridotto valore della commissione interbancaria, poiché esso consentirà ai consumatori e agli esercenti di effettuare delle scelte più consapevoli in materia di mezzi di pagamento.

Ciò considerato, l'Autorità, pur riservandosi di verificare la persistente idoneità degli impegni a eliminare le perplessità concorrenziali alla luce delle possibili variazioni nelle condizioni concorrenziali e del contesto europeo, ha deliberato di rendere obbligatori gli impegni assunti ai sensi dell'articolo 14-ter, comma 1, della legge n. 287/90 e di chiudere il procedimento senza accertare l'infrazione.

#### *ACCORDI INTERBANCARI "RIBA-RID-BANCOMAT"*

Nel settembre 2010, l'Autorità ha concluso un'istruttoria nei confronti dell'Associazione Bancaria Italiana (ABI) e del Consorzio BANCOMAT, volta ad accertare eventuali violazioni dell'articolo 101 del TFUE, consistenti nella definizione a livello centralizzato e uniforme, da parte dell'ABI, del valore delle commissioni interbancarie multilaterali per i servizi RiBa e RID e, da parte del Consorzio BANCOMAT, del valore della commissione interbancaria multilaterale per il servizio di prelievo presso gli sportelli ATM con la carta BANCOMAT.

Nel provvedimento di avvio dell'istruttoria, l'Autorità aveva rilevato che l'esistenza di una commissione interbancaria per i servizi BANCOMAT, RiBa e RID determinava una soglia minima al di sotto della quale la concorrenza tra banche non poteva ridurre i corrispettivi pagati dalle imprese creditrici per usufruire dei servizi RiBa e RID e quelli pagati dai consumatori per usufruire del servizio di prelievo BANCOMAT. Inoltre, trattandosi di commissioni interbancarie multilaterali, tali soglie erano comuni per tutte le banche che

offrivano i servizi in esame. Nel provvedimento di avvio l'Autorità aveva valutato che gli accordi in esame, prevedendo una definizione centralizzata e uniforme per tutte le banche dei corrispettivi interbancari, davano luogo a intese che incidevano sui servizi prestati a livello interbancario e sull'erogazione dei servizi di pagamento all'utenza finale e, pertanto, erano suscettibili di falsare la concorrenza del mercato comune ex articolo 101 del TFUE.

In considerazione dei rischi concorrenziali connessi alla definizione centralizzata delle commissioni interbancarie, l'Autorità, anche alla luce delle evoluzioni nel contesto comunitario, ha ricordato come nell'analisi di varie *multilateral interchange fees* su altri servizi di pagamento in Italia si fosse riscontrata la necessità di valutarne la compatibilità con la normativa sulla concorrenza seguendo un approccio di efficienza complessiva del sistema, nonché il fatto che, con specifico riferimento al RID, assumesse rilievo il regolamento CE n. 924/09, che ha abrogato il regolamento CE n. 2560/01.

Nell'aprile 2010, l'ABI e il Consorzio BANCOMAT hanno presentato impegni ai sensi dell'articolo 14-ter, comma 1, della legge n. 287/90, i cui contenuti sono stati meglio precisati nel luglio del 2010, diretti a eliminare le preoccupazioni concorrenziali evidenziate dall'Autorità nel procedimento di avvio.

In primo luogo, con riguardo al servizio RiBa, l'ABI ha assunto l'impegno a ridurre di quasi il 20% il valore della commissione interbancaria per la RiBa disposizione di incasso, che, dunque, passerà da € 0,57 a € 0,46, in conseguenza di una riduzione dei costi relativi alla fase concernente la "Gestione della RiBa in scadenza" e di quelli della fase operativa relativa al "Pagamento della RiBa". In merito ai due servizi "RiBa disposizione di incasso" e "RiBa comunicazione di insoluto", peraltro, l'ABI si è impegnata a svolgere la successiva rilevazione dei costi entro il 30 giugno 2012, e quelle successive con cadenza biennale, riflettendo possibili efficienze sul valore delle commissioni interbancarie in esame e non modificando al rialzo le commissioni interbancarie risultanti dai dati di ciascuna rilevazione rispetto a quelle definite alla luce della precedente analisi. I nuovi valori delle commissioni saranno altresì resi pubblici dall'ABI mediante il proprio sito *internet*.

In secondo luogo, in merito al servizio di prelievo mediante BANCOMAT, il Consorzio si è impegnato ad aggiornare la componente relativa ai costi finanziari derivanti dall'immobilizzazione di contante presso gli ATM e a ridurre il valore della commissione da € 0,58 a € 0,56, nonché a svolgere una successiva rilevazione dei costi entro il 30 giugno 2012, e quelle successive con cadenza biennale, trasferendo le possibili efficienze sul valore della commissione interbancaria in esame, dandone comunicazione all'Autorità, e comunque a non modificare al rialzo le commissioni interbancarie e a dare pubblicità ai nuovi valori.

Infine, per quanto concerne il servizio RID, l'ABI si è impegnata a rimodulare il servizio RID disposizione d'incasso in due componenti: il servizio di incasso e il servizio di allineamento elettronico archivi. Tale rimodulazione comporterà una riduzione della commissione interbancaria da € 0,25 a € 0,16; ABI si è impegnata, inoltre, ad eliminare la componente della MIF relativa al servizio base successivamente al periodo transitorio, vale a dire dopo il 31 ottobre 2012.

Inoltre, gli impegni hanno previsto una ridefinizione dell'entità della commissione interbancaria del RID Veloce, corrispondentemente alla riduzione apportata alla MIF relativa al servizio RID disposizione di incasso. Di conseguenza, il valore della nuova MIF per il RID veloce passerà dal valore attuale di a 0,35 euro a quello di 0,26 euro.

Anche per tali servizi, oltre ai consueti obblighi di pubblicità, ABI si è impegnata a svolgere la successiva rilevazione dei costi entro il 30 giugno 2012, e quelle successive con cadenza biennale, riflettendo le possibili efficienze sul valore delle commissioni interbancarie in esame, dandone comunicazione all'Autorità, e a non modificare al rialzo le commissioni interbancarie risultanti dai dati di ciascuna rilevazione rispetto a quelle definite alla luce della precedente analisi dei costi.

Da ultimo, in merito alla durata di tale ultimo impegno, ABI ha precisato che questo si intende *“a tempo indeterminato, fatte salve le modifiche di fatto o di diritto che interverranno medio tempore con riferimento alle prospettate evoluzioni nel contesto SEPA, e quindi in particolare del fatto che, con la scadenza del periodo transitorio fissato dal regolamento e in assenza di altri orientamenti che si definiscano in sede comunitaria, verrà meno anche a livello nazionale la componente della commissione interbancaria relativa al servizio base del RID”*.

Nel valutare gli impegni proposti, l'Autorità ha ritenuto che questi fossero idonei a far venir meno le preoccupazioni concorrenziali evidenziate nel provvedimento di avvio del procedimento.

In particolare, la proposta rimodulazione della “RiBa disposizione d'incasso”, è apparsa rispondere a un criterio di efficienza economica a livello di sistema e il mantenimento della MIF per il servizio “RiBa comunicazione d'insoluto” è sembrato giustificato in un'ottica di maggiore efficienza rispetto a meccanismi alternativi; in ogni caso, l'Autorità ha ritenuto che entrambe le MIF in esame, calcolate sulla base dei costi sostenuti dalle banche più efficienti, sono destinate a ridursi per effetto di efficienze eventualmente riscontrate a livello di sistema e rappresentano i livelli massimi per le successive determinazioni delle MIF.

Positivamente sono stati anche considerati gli impegni del Consorzio che prevedevano la rideterminazione della commissione interbancaria per il servizio di prelievo presso gli sportelli ATM sempre in ragione di un criterio di efficienza economica a livello di sistema, con una riduzione del 3,4%, riscontrando l'esistenza di efficienze che la MIF consente di cogliere relativamente all'offerta del servizio in esame, quali ad esempio, la possibilità per la clientela di accedere su tutto il territorio nazionale al servizio di prelievo BANCOMAT e la maggiore competitività degli operatori di dimensioni più contenute, rispetto a meccanismi alternativi.

Infine, con riguardo ai servizi RID e RID veloce, come rilevato anche da Banca d'Italia, l'Autorità ha osservato che il servizio RID presenta, oltre alla componente di servizio base, un servizio ulteriore connesso all'allineamento elettronico archivi. Quest'ultimo contribuisce a ridurre il rischio di impagati del debitore dovuto ad operazioni non allineate, nonché ad accrescere la sicurezza

per i debitori. Relativamente alla componente della MIF per il servizio di incasso, che sarà azzerata dalla fine del mese di ottobre 2012, questa è fissata in modo da garantire una redistribuzione dei costi tale da far sì che questi ultimi siano sopportati dai creditori, ovvero dai soggetti che ottengono i maggiori benefici dal servizio in esame in termini di certezza e puntualità degli incassi, riconciliazione automatica fra informazioni relative al ciclo commerciale e finanziario, minori oneri amministrativi di gestione, minimizzazione dei rischi di controparte e sicurezza del pagamento. Relativamente all'articolazione della MIF sul servizio RID in una componente base (servizio di incasso) e in una componente a valore aggiunto (il c.d. servizio di allineamento elettronico archivi), l'Autorità ha riportato quanto osservato da Banca d'Italia sul fatto che tale impostazione degli impegni presentati dall'ABI - basata sulla distinzione tra una componente di base e una a valore aggiunto dello schema - appare in linea di principio coerente con la struttura attuale del servizio in parola.

L'Autorità ha altresì sottolineato che entrambe le componenti della MIF in esame sono calcolate sulla base dei costi sostenuti dalle banche più efficienti nell'offerta del servizio RID, e destinate a ridursi per effetto di efficienze riscontrate a livello di sistema, in particolare sino ad azzerare la componente della MIF sul servizio di incasso dalla fine del mese di ottobre 2012, oltre che non rideterminabili in aumento.

Infine, sempre in merito al servizio allineamento elettronico archivi, è stato precisato che l'offerta dello stesso è su base opzionale e potrà essere effettuata anche da parte delle banche europee sulla base di standard condivisi a livello dell'European Payments Council.

In considerazione di tali valutazioni l'Autorità, pur riservandosi di verificare la persistente idoneità degli impegni a eliminare le perplessità concorrenziali alla luce delle possibili variazioni nelle condizioni concorrenziali e del contesto europeo, ha deliberato di rendere obbligatori gli impegni assunti ai sensi dell'art. 14-ter, comma 1, della legge n. 287/90 e di chiudere il procedimento senza accertare l'infrazione.

## **Concentrazioni**

### *INTESA SANPAOLO - ISTANZA DI REVISIONE MISURE ASSICURATIVE*

Nel settembre 2010, l'Autorità ha deliberato l'avvio di una istruttoria avente ad oggetto l'istanza di revisione, presentata da Intesa SanPaolo (ISP d'ora in avanti), di alcune misure relative al settore assicurativo vita assunte nel provvedimento n. 16249 del 20 dicembre 2006, con il quale, nell'autorizzare l'operazione di concentrazione Intesa SanPaolo, l'Autorità aveva accertato, con riferimento a tale settore assicurativo, consistenti effetti restrittivi dell'operazione e, in particolare, la costituzione di una posizione dominante collettiva in capo a ISP e Assicurazioni Generali Spa (anche Generali). Per tale ragione il citato provvedimento aveva autorizzato la concentrazione condizionatamente alla realizzazione di specifiche misure che prescrivevano, tra l'altro:

- (i) la cessione a soggetti terzi indipendenti di un ramo di azienda - denominato Sud Polo Vita Spa;

- (ii) l'astenersi dal distribuire polizze vita Ramo I, III, e V prodotte da Intesa Vita e/o da Generali attraverso gli sportelli bancari facenti capo all'allora Gruppo SanPaolo e quelle prodotte da Eurizon Vita attraverso gli sportelli bancari facenti capo all'allora Gruppo Banca Intesa (c.d. divieto di *cross selling*);
- (iii) interventi sulla governance di ISP.

In considerazione del mutamento di contesto, ISP ha quindi presentato istanza di revisione volta in particolare *i)* al superamento del vincolo di cessione di Sud Polo Vita e *ii)* al superamento del vincolo di *cross selling*.

Pur a fronte del nuovo contesto economico e di assetto del gruppo ISP venutosi a realizzare negli anni successivi alla concentrazione Banca Intesa/Sanpaolo IMI, l'istruttoria svolta nell'ambito dell'istanza di revisione ha condotto tuttavia l'Autorità a ritenere permanenti le restrizioni concorrenziali derivanti dalla concentrazione allora esaminata nel settore assicurativo vita, connesse all'esistenza di una posizione dominante collettiva nel ramo vita I, e in vari mercati distributivi provinciali, nonché di posizioni di rilievo nei rami vita III e V; ciò in ragione *i)* del permanere di consistenti legami azionari e personali tra ISP e Generali, legami che a tutt'oggi impediscono di considerare tali operatori come concorrenti e *ii)* della posizione di ISP e Generali nei mercati assicurativi vita, sia nella fase produttiva sia in quella distributiva, in termini di quote di mercato, distanza dai concorrenti, capacità di reazione su più prodotti.

E' infatti emerso che, per tutto l'arco temporale successivo alla realizzazione della concentrazione autorizzata fino alla data di valutazione dell'istanza di revisione degli impegni, i legami esistenti tra il gruppo ISP e il gruppo Generali sono rimasto molto significativi, determinando un rilevante incentivo ad adottare strategie coordinate nel settore vita. Generali è il principale azionista privato di ISP, con una partecipazione azionaria pari a circa il 5% del capitale sociale di ISP con diritto di voto, la quale comporta una correlazione tra i profitti di Generali e quelli di ISP; il che costituisce un importante incentivo ad adottare strategie commerciali coordinate e idonee a massimizzare profitti congiunti. In secondo luogo, Generali è risultata essere ancora presente nella governance di ISP.

In merito alla posizione di mercato del gruppo ISP e del gruppo Generali nei mercati assicurativi vita, l'istruttoria ha confermato l'esistenza ancora oggi di una posizione dominante collettiva nel mercato nazionale della produzione di polizze assicurative del ramo vita I, come rilevato nel richiamato procedimento sulla concentrazione Intesa SanPaolo, ciò in considerazione: dei legami strutturali e personali tra ISP e Generali; delle posizioni dei due gruppi; dell'assenza di concorrenti dotati di altrettanto potere di mercato; della capacità distributiva; della possibilità di reazione su altri mercati.

In particolare, le quote di mercato aggregate nel ramo produttivo vita I hanno superato il 40% dal 2006 al 2008 e sono rimaste comunque elevate anche nell'anno 2009; il 2010 è stato confermato come anno di ripresa delle originarie posizioni. Infine, l'evoluzione dei prezzi e l'andamento dell'incidenza dei costi hanno reso la posizione dominante di ISP e Generali non comparabile con quella di altri concorrenti.

Alla luce della valutazione circa il permanere della suddetta posizione dominante collettiva di ISP e Generali nei mercati analizzati, ISP ha proposto, da ultimo in data 29 novembre e 1° dicembre 2010, due nuovi impegni correttivi. Il primo è relativo alle “procedure organizzative degli organi di *corporate governance* di ISP”, le quali prevedono dettagliate misure - di monitoraggio, di filtro della documentazione, di segnalazione, di segregazione delle informazioni in fase preventiva e successiva le riunioni, di divieti alla partecipazione, alla discussione e al voto - con la finalità di superare le criticità connesse alla *governance* di ISP. In particolare, ISP si è impegnata a sottoporre ai propri organi di governance - e, una volta approvate, ad adottare - specifiche misure organizzative interne che verranno applicate a eventuali rappresentanti di Generali presenti nel Consiglio di Sorveglianza o nel Consiglio di Gestione di ISP, e ai membri di tali organi aventi legami personali diretti o indiretti con Generali, in relazione alle materie inerenti tutto il settore assicurativo vita e ai flussi informativi e al diritto di voto dei predetti soggetti.

Il secondo impegno è relativo alla struttura del gruppo relativamente alle polizze vita. In particolare, ISP si è impegnata: *i*) a mantenere l’attuale modello *captive* in relazione alla distribuzione di prodotti di bancassicurazione vita di Ramo I, III e V; *ii*) nell’eventualità in cui ISP volesse mutare il predetto modello distributivo, ad aprire la propria rete nazionale a prodotti di bancassicurazione vita di altri operatori ISP, sottoponendo tale decisione alla preventiva valutazione dell’Autorità.

Poichè a fronte della revoca sia della cessione di SudPoloVita, sia del vincolo sulle reti, ISP ha assunto l’impegno di rafforzare le misure di compliance sulla governance di ISP e di adottare un modello *captive* che esclude legami produttivi e/o distributivi nel settore assicurativo vita tra ISP e Generali, l’Autorità ha ritenuto di accogliere l’istanza di revisione, ritenendo i nuovi impegni presentati da ISP adeguati ad affrontare le restrizioni concorrenziali ancora esistenti nei mercati rilevanti. Con provvedimento del 22 dicembre 2010, l’Autorità ha quindi deliberato di revocare le misure di cui alla lettera e) e f) del provvedimento del 20 dicembre 2006, n. 16249, relative rispettivamente all’obbligo di cessione, da parte della società Intesa SanPaolo, a soggetti terzi indipendenti di un ramo di azienda per la produzione e gestione di polizze assicurative vita Ramo I, III, e V, e al divieto di distribuzione polizze vita Ramo I, III, e V prodotte da Intesa Vita e/o da Generali attraverso gli sportelli bancari facenti capo, alla data di notifica del provvedimento di autorizzazione dell’Operazione, al gruppo SanPaolo, nonché di polizze vita Ramo I, III e V prodotte da Eurizon Vita attraverso gli sportelli bancari facenti capo, alla data di notifica del provvedimento di autorizzazione dell’Operazione, al Gruppo Banca Intesa.

Contestualmente, l’Autorità ha deliberato: *a*) di estendere la misura di cui alla lettera g) del provvedimento del 20 dicembre 2006, n. 16249, prescrivendo alla società ISP di adottare gli strumenti organizzativi necessari affinché eventuali rappresentanti del gruppo Generali presenti nel Consiglio di Sorveglianza o nel Consiglio di Gestione di ISP e/o in comitati interni, e i membri di tali organi aventi legami personali diretti o indiretti con il gruppo Generali, siano esclusi dai flussi informativi, dalla partecipazione alle discussioni



e dall'esercizio del diritto di voto negli organi di *governance* della società ISP in tutte le materie inerenti al settore assicurativo vita, nonché di integrare le misure di cui al predetto provvedimento n. 16249; *b*) di prescrivere alla società ISP di mantenere l'attuale modello *captive* in relazione ai prodotti assicurativi vita di Ramo I, III e V, salvo sottoporre alla valutazione preventiva dell'Autorità l'eventuale decisione di mutare il predetto modello distributivo.

### *Inottemperanze*

#### *INTESA SANPAOLO INOTTEMPERANZA - PROVVEDIMENTO DI PROROGA CON MISURE*

Nel febbraio 2010, l'Autorità ha deliberato, adottando una serie di procedure di monitoraggio sulle iniziative sottoposte dalle parti, una proroga della chiusura del procedimento avviato nel maggio del 2009 nei confronti di IntesaSanPaolo Spa (ISP d'ora in avanti) per inottemperanza alle misure prescritte dall'Autorità nel provvedimento di autorizzazione dell'operazione di concentrazione Intesa-SanPaolo e volte a garantire la necessaria indipendenza tra Crédit Agricole S.A (CA d'ora in avanti) e la nuova banca risultante dalla concentrazione.

Nel corso del procedimento di valutazione dell'inottemperanza, ISP, CA e Assicurazioni Generali Spa (Generali d'ora in avanti), in data 17 e 18 febbraio 2010, avevano presentato evidenze aventi per oggetto le seguenti condotte ed iniziative:

(i) la risoluzione consensuale dell'accordo tra CA e Generali, sottoscritto il 25 giugno 2009, con efficacia differita al 19 marzo 2010;

(ii) la vendita, entro il [omissis] 2010, della partecipazione eccedente il 5% detenuta dal gruppo CA in ISP con immediata sterilizzazione dei connessi diritti amministrativi;

(iii) la vendita, entro il [omissis] 2011 della partecipazione eccedente il [omissis] detenuta dal gruppo CA in ISP, secondo modalità più dettagliatamente descritte;

(iv) il conferimento di un mandato irrevocabile ad un *monitoring trustee* gradito all'Autorità per l'esercizio, relativamente all'intera partecipazione di CA in ISP, del potere di presentare candidature per la nomina di un candidato effettivo ed un supplente nel Consiglio di Sorveglianza di ISP, solo ed esclusivamente in vista dell'assemblea ordinaria di ISP che si sarebbe tenuta alla fine di aprile 2010; il *monitoring trustee* avrebbe definito una lista di candidati che avrebbero dovuto avere i requisiti di indipendenza rispetto a CA ed essere di gradimento dell'Autorità;

(v) il *monitoring trustee* non avrebbe dovuto esercitare i diritti di voto su materie sensibili dal punto di vista *antitrust* e avrebbe dovuto garantire il controllo dei flussi informativi verso CA, secondo modalità di comunicazione all'Autorità dettagliatamente descritte.

L'Autorità, considerato che tali iniziative sarebbero volte a “*garantire la necessaria indipendenza tra Crédit Agricole e la nuova banca [ISP]*”, ai sensi del punto *b*) della delibera del 20 dicembre 2006, n. 16249, ha ritenuto che esse richiedessero il compimento di una serie di atti e attività, secondo diverse procedure, modalità e tempistiche.

Conseguentemente, ritenendo che l'inottemperanza di cui al procedimento avviato in data 14 maggio 2009, in violazione dell'articolo 19, comma 1, della legge n. 287/90, possa essere valutata solo a fronte di una avvenuta piena esecuzione delle suddette iniziative, che comportano un monitoraggio da parte della stessa Autorità, quest'ultima ha prorogato il termine di conclusione del procedimento di inottemperanza al 15 luglio 2011, deliberando espressamente che durante tale arco temporale saranno sottoposti a monitoraggio gli atti e le attività previste dalle parti, la cui piena esecuzione sarà valutata nell'ambito del procedimento di inottemperanza. Infine, è stato previsto che Intesa SanPaolo Spa dovrà sottoporre tempestivamente all'Autorità Garante della Concorrenza e del mercato ogni documentazione relativa al compimento dei singoli atti e attività relative alle suddette iniziative.

### **Segnalazioni**

#### **CRITERI DI AFFIDAMENTO DEI CONTRIBUTI PER I FONDI DI GARANZIA FIDI**

Nel luglio 2010, l'Autorità ha inviato alcune osservazioni, ai sensi dell'articolo 21 della legge n. 287/90, ai Presidenti delle Regioni, a Unioncamere, alla Camera di Commercio di Ancona, alla Camera di Commercio di Cremona, alla Camera di Commercio di Livorno e alla Camera di Commercio di Perugia, in merito alla normativa che disciplina i contributi agli Organismi di garanzia fidi (di seguito Confidi).

I Confidi sono definiti come «i consorzi con attività esterna, le società cooperative, le società consortili per azioni, a responsabilità limitata o cooperative, che svolgono attività di garanzia collettiva dei fidi» e, sebbene sia stabilito che gli enti pubblici e privati e le imprese di maggiori dimensioni non possono far parte dei Confidi, tali soggetti possono sostenerne l'attività attraverso contributi e garanzie non finalizzati a singole operazioni. Pertanto, molte Regioni e Camere di commercio hanno adottato specifiche discipline volte a regolare la propria contribuzione ai Confidi al fine di attuare un intervento di sostegno delle Piccole e Medie Imprese (PMI) attraverso il rafforzamento degli stessi e la conseguente possibilità di fornire garanzie agli istituti di credito che erogano i finanziamenti.

Nella segnalazione in oggetto, l'Autorità ha tuttavia evidenziato che spesso le predette discipline contenevano disposizioni potenzialmente idonee a creare distorsioni concorrenziali nel settore della gestione dei fondi di garanzia e della erogazione delle garanzie stesse. Due in particolare sono apparsi i profili di maggiore criticità.

In primo luogo, l'Autorità ha rilevato che l'affidamento diretto dei servizi di gestione di fondi di garanzia e di altri servizi strumentali (il servizio di tesoreria, monitoraggio e sorveglianza del fondo di garanzia e servizi connessi), come stabilito dalla Regione Molise, non appariva giustificato, dal momento che mancavano i presupposti essenziali per l'applicazione della disciplina eccezionale dell'*in house providing*. Infatti, i servizi in esame non rientravano nel novero dei servizi pubblici locali, in quanto concernevano attività di natura "strumentale" rispetto alle esigenze della pubblica amministrazione e non erano

resi direttamente a favore della collettività. Con specifico riferimento al caso della Regione Molise è stato peraltro osservato che, sulla base delle disposizioni dello statuto della società affidataria, la Regione neppure esercitava sulla stessa il c.d. controllo analogo.

In secondo luogo, l'Autorità ha posto in luce come molto spesso le Regioni e/o le Camere di commercio utilizzassero, come criteri soggettivi di ammissione dei Confidi ai contributi per l'erogazione di garanzie, requisiti territoriali suscettibili di pregiudicare l'accesso al mercato da parte di nuovi soggetti, quali: *i)* la sede legale nel territorio di riferimento; *ii)* la presenza, tra gli organi statutari, di soggetti designati da enti del territorio di riferimento; *iii)* la presenza, tra i consorziati, di un numero minimo di imprese con sede o unità locale nel territorio di riferimento.

In proposito, l'Autorità ha osservato che, poiché le attività degli enti locali sono volte a promuovere lo sviluppo del proprio territorio, in un'ottica di rispetto dei limiti di competenza territoriale, risultava accettabile, da un punto di vista *antitrust*, un vincolo di destinazione dei fondi stessi a favore delle imprese operative nel territorio di riferimento. Tuttavia, nei casi di specie, i limiti operavano, oltre che nei confronti delle imprese destinatarie dei fidi, anche nei confronti dei Confidi che gestivano i fondi di garanzia, incidendo quindi sulla loro operatività e sulla struttura complessiva dei mercati coinvolti.

Con riferimento in particolare ai vincoli che imponevano, per l'ammissibilità ai contributi, che il Confidi avesse sede legale nel territorio di riferimento dell'ente, l'Autorità ha osservato che gli stessi non potevano trovare giustificazione nelle esigenze di allocazione delle risorse solo nel territorio di riferimento dell'ente e costituivano, invece, un limite di fatto all'operatività dei Confidi su più ambiti territoriali. Nel caso infatti in cui un Confidi operasse su più regioni, lo stesso veniva ingiustificatamente escluso dalla partecipazione ai fondi messi a disposizione dagli enti nel territorio nei quali non avesse la sede legale. Tale esclusione non era tuttavia giustificabile poiché il Confidi avrebbe potuto usufruire dei finanziamenti offerti in un territorio destinandoli esclusivamente alle imprese attive in quello stesso territorio, senza perciò intaccare il principio di competenza territoriale delle risorse di cui sopra.

Analogamente i vincoli concernenti la composizione degli organi di *governance* dei Confidi e la composizione dei consociati non sono stati ritenuti giustificabili sulla base di un'esigenza di destinazione dei fondi al territorio di riferimento. Essi incidevano invece sulla struttura di *governance* dei Confidi, ostacolando sia l'ingresso di nuovi operatori sia il confronto competitivo tra quelli esistenti; inoltre, l'assenza di una pluralità di operatori nell'erogazione delle garanzie comportava il rischio di limitare la possibilità delle PMI di accedere a tali servizi a condizioni concorrenziali.

Alla luce di ciò, al fine di assicurare un pieno confronto competitivo, l'Autorità ha auspicato che i servizi di gestione dei fondi per l'erogazione di garanzie (e servizi connessi) vengano affidati mediante procedure ad evidenza pubblica e che i criteri per l'ammissione ai predetti fondi dei Confidi interessati non prevedano vincoli territoriali pregiudizievoli per l'accesso sul mercato geografico di riferimento di Confidi nuovi o attivi in altri territori.

*SERVIZI DI GESTIONE DEI PAGAMENTI DEI CORRISPETTIVI DOVUTI DALL'UTENZA PER LE PRATICHE AUTOMOBILISTICHE*

Nel giugno 2010, l'Autorità ha inviato alcune osservazioni, ai sensi dell'articolo 21 della legge n. 287/90, al Ministro dello Sviluppo Economico e al Ministro delle Infrastrutture e dei Trasporti in ordine alle problematiche concorrenziali conseguenti all'affidamento diretto *ex lege*, a Poste Italiane Spa, dei servizi di gestione dei pagamenti dei corrispettivi dovuti dall'utenza per le pratiche automobilistiche. La questione, già affrontata in passato dall'Autorità<sup>48</sup>, ha assunto nuova importanza alla luce della situazione venutasi a creare nella Regione Sicilia in seguito all'inibizione, da parte del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, della possibilità di effettuare i pagamenti dei diritti di motorizzazione mediante bonifici bancari direttamente sui conti correnti all'uopo destinati.

Al riguardo, l'Autorità ha in primo luogo ribadito che le procedure ad evidenza pubblica dovevano essere considerate lo strumento principe per perseguire l'interesse pubblico e, allo stesso tempo, rispettare le dinamiche di mercato; di conseguenza, il ricorso all'affidamento diretto doveva rivestire carattere assolutamente eccezionale.

In secondo luogo, in merito all'interoperabilità dei sistemi di pagamento offerti dal Ministero a favore dei soggetti paganti, l'Autorità, pur registrando migliorie in tal senso dato l'aumento delle modalità disponibili - anche alla luce di quanto a breve avrebbe dovuto essere realizzato con la modifica della piattaforma *on line* "Il portale dell'automobilista"<sup>49</sup> -, ha auspicato che si potesse pervenire ad un ampliamento ulteriore dei sistemi di pagamento utilizzabili.

In particolare, l'Autorità ha auspicato il ricorso al maggior numero possibile di strumenti e di reti utilizzabili per effettuare i pagamenti connessi alle pratiche automobilistiche, così evitando, da un lato, vantaggi competitivi non replicabili da parte degli altri operatori del settore bancario/finanziario rispetto a Poste Italiane, dall'altro una limitazione dei servizi per l'utenza con commissioni - o parti di esse - che non scaturivano da un confronto concorrenziale sul mercato, ma determinate in base a convenzioni bilaterali.

L'Autorità ha, pertanto, auspicato che il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti procedesse all'affidamento, mediante procedure ad evidenza pubblica, dei servizi di riscossione e pagamento delle pratiche automobilistiche e implementasse ulteriori canali di pagamento alternativi a Poste Italiane favorendo la massima interoperabilità tra gli stessi.

*AGENTI MEDIATORI CREDITIZI: RECEPIMENTO DELLA DIRETTIVA 2008/48/CE E ATTUAZIONE DELLA DELEGA DI CUI ALL'ART. 33, COMMA 1 LEGGE 7 LUGLIO 2009 N. 88*

Nel maggio 2010, l'Autorità ha inviato alcune osservazioni, ai sensi dell'articolo 21 della legge n. 287/90, al Ministro dell'Economia e delle

<sup>48</sup> Segnalazione AS464 "Convenzione per la gestione automatizzata dei pagamenti dovuti dall'utenza per le pratiche automobilistiche e dei servizi connessi", 24 luglio 2008 in *Boll.* n. 22/08.

<sup>49</sup> In conseguenza del provvedimento dell'Autorità "Poste Italiane - aumento commissione bollettini c/c", 16 dicembre 2009, in *Boll.* n. 50/2009.

Finanze in ordine ad alcune criticità concorrenziali della emananda disciplina di recepimento della direttiva 2008/48/CE relativa ai contratti di credito con i consumatori secondo i principi indicati dall'articolo 33, comma 1 della legge n. 88/09 (legge comunitaria 2008).

L'Autorità ha rilevato la necessità di perseguire la principale finalità della riforma, consistente in un riassetto del settore finanziario a garanzia che le attività degli operatori non pregiudichino le scelte di finanziamento della clientela, con strumenti che non restringano il contesto competitivo. In particolare, con riguardo alla definizione dei requisiti per lo svolgimento dell'attività da parte dei diversi operatori autorizzati, l'Autorità ha ritenuto opportuno richiamare l'importanza di coniugare l'esigenza di massima efficienza e tutela del corretto funzionamento del mercato con quella di non comprimere l'ambito del confronto competitivo.

Con specifico riferimento agli intermediari finanziari di cui agli articoli 106 e 107 del Testo Unico Bancario (TUB), le modifiche normative proposte tendevano a riunirli in un'unica categoria, salvo introdurre una disciplina specifica per alcune attività (ad es. confidi e microcredito) con un ambito di operatività molto ristretto. Inoltre, per gli intermediari finanziari che svolgono servizi di pagamento, il nuovo articolo 106 del TUB rinviava alla disciplina dei requisiti imposti ai soggetti che svolgono altre attività commerciali diverse dalla prestazione dei servizi di pagamento. Anche a tale riguardo, l'Autorità ha sottolineato l'opportunità, al fine di promuovere il più ampio confronto competitivo tra gli operatori, di assicurare che tali requisiti fossero orientati alla parità di trattamento tra gli intermediari finanziari e le banche, gli IMEL e gli istituti di pagamento ai quali tali servizi sono invece riservati in via ordinaria.

Con riferimento all'attività dei mediatori creditizi, è stata inoltre evidenziata l'opportunità che la stessa riguardasse esplicitamente anche l'attività di consulenza necessaria alla clientela in ragione della specificità dei servizi finanziari e delle asimmetrie informative; attività che spesso gli operatori svolgono senza esplicitare l'esistenza di propri eventuali interessi alla collocazione di un determinato prodotto. L'Autorità ha quindi ravvisato l'esigenza di non escludere i mediatori creditizi dagli operatori che avrebbero potuto prestare consulenza, quanto piuttosto di far sì che la disciplina assicurasse lo svolgimento di tale attività con adeguate garanzie di affidabilità e senza conflitti di interessi.

A questo aspetto si lega anche il profilo critico relativo alla nozione di indipendenza dei mediatori creditizi: mentre, infatti, l'articolo 128-*quater* del TUB (inserito con le disposizioni di recepimento della direttiva sul credito al consumo) prevede espressamente che i mediatori creditizi debbano *“svolgere la propria attività senza essere legati ad alcune delle parti da rapporti che ne possano compromettere l'indipendenza...”*, l'articolo 6 del decreto legislativo recante *“Ulteriori disposizioni di attuazione della delega di cui all'articolo 33 comma 1, lett. e) della legge n. 88/09”* consentiva la possibilità di legami azionari tra le banche e i mediatori; ne consegue un potenziale conflitto di interessi laddove il testo ammette e qualifica come indipendente anche un mediatore con una partecipazione negli operatori a monte (banche e intermediari finanziari) per i quali opera e dovrebbe operare senza legami. In tal senso, è stata

sottolineata l'opportunità di assicurare, se non la totale assenza di legami diretti e/o indiretti, quantomeno la piena trasparenza informativa in proposito.

L'Autorità si è altresì soffermata sulla nuova disciplina degli agenti in attività finanziaria, che dovrebbero sviluppare rapporti commerciali in esclusiva con un unico intermediario finanziario (il c.d. mono-mandato); ciò è apparso limitativo della possibilità per gli agenti di formulare offerte alla clientela finale comparando servizi e prodotti di intermediari diversi e soprattutto con gamme complete. Pertanto, l'Autorità ha auspicato che l'obiettivo della chiarezza delle relazioni contrattuali venisse raggiunto attraverso strumenti differenti, quali l'assunzione di responsabilità dirette da parte dei soggetti a monte per l'attività svolta dagli operatori a valle per il collocamento dei rispettivi prodotti, il rafforzamento della trasparenza e completezza informativa sull'attività svolta, requisiti di onorabilità e affidabilità, nonché forme obbligatorie di garanzia; l'Autorità ha altresì osservato che tali accorgimenti sarebbero peraltro coerenti con l'introduzione dell'incompatibilità fra agenti e mediatori creditizi di cui alla disciplina in esame.

Con riferimento alla disciplina dello *ius variandi* contenuta all'articolo 118 del TUB, il nuovo articolo 125-bis prevedeva un'estensione del relativo ambito applicativo, disponendo, attraverso un rinvio, che la stessa era applicabile anche ai contratti di credito. Al riguardo, l'Autorità ha tuttavia osservato che, sulla base di tale modifica, anche i contratti di finanziamento sottoscritti da consumatori avrebbero potuto rientrare *ex lege* tra le fattispecie negoziali per le quali era consentito all'intermediario l'esercizio dello *ius variandi*, e che tale possibile estensione avrebbe determinato un significativo indebolimento della capacità di scelta dei consumatori e della mobilità della clientela.

Inoltre, la nuova formulazione dell'articolo non solo rendeva incerta la tempistica entro la quale il consumatore avrebbe potuto recedere dal contratto, ma aveva anche eliminato la specificazione che l'esercizio del recesso avvenisse “*senza spese*”. Ancora, il nuovo testo, contenendo un generico richiamo ad altre modalità di comunicazione attraverso “*altro supporto durevole preventivamente accettato dal cliente*”, poteva generare dubbi sulla necessità di assicurare sempre e comunque una comunicazione personale e preventiva in forma scritta. In ordine a questi profili, l'Autorità ha auspicato il mantenimento del testo vigente dell'articolo 118 del TUB.

L'emananda disciplina conteneva inoltre alcune disposizioni che potevano incidere sulle politiche commerciali delle banche e degli intermediari finanziari; in primo luogo, il nuovo articolo 119-bis del TUB prevedeva che le spese per le comunicazioni di trasparenza potessero essere addebitate alla clientela. Poiché il cliente dovrebbe essere sempre posto nelle condizioni di avere informazioni aggiornate sullo stato del rapporto in essere, così da poter esercitare una funzione di controllo/verifica dello stesso, l'Autorità ha osservato che tale tipologia di informazione avrebbe dovuto essere gratuita e rientrare nella normale prestazione del servizio; le stesse considerazioni sono state espresse per il testo del contratto.

Inoltre, il nuovo articolo 120-bis del TUB introduceva la possibilità che il Comitato Interministeriale per il Credito e il Risparmio (CICR) individuasse i casi in cui l'intermediario avrebbe potuto chiedere al cliente, in caso di recesso, un rimborso per le spese sostenute in relazione ai servizi aggiuntivi; a



tal riguardo l'Autorità ha osservato che, allo scopo di assicurare la più ampia ed effettiva mobilità della clientela, il recesso doveva essere sempre garantito senza penalità e senza spese.

Infine, l'articolato in esame effettuava un importante sforzo di razionalizzazione della normativa in materia di portabilità dei mutui e cancellazione dell'ipoteca. Al riguardo, l'Autorità ha sostenuto che quest'ultima doveva essere attuata senza alcun onere per il cliente e con la massima semplificazione degli atti necessari alla sua attuazione. Di conseguenza, ha sottolineato che la normativa non avrebbe dovuto richiamare la presenza di atti specifici suscettibili di appesantire l'*iter* di conclusione dell'operazione (es. atti di consenso all'operazione), quanto piuttosto prevedere l'utilizzo di procedure che limitassero allo stretto necessario il coinvolgimento della banca originaria consentendo l'uso di mezzi di comunicazione a distanza per la trasmissione della documentazione. Parimenti, l'Autorità ha rilevato che la surrogazione/portabilità, poggiando su operazioni pre-esistenti, avrebbe dovuto essere posta in essere anche senza il coinvolgimento della figura notarile che, in ogni caso, non dovrebbe effettuare alcun addebito alla clientela, neanche sotto forma di rimborso spese. Sulla cancellazione dell'ipoteca, infine, l'eventuale comunicazione dell'intermediario di cause ostative alla cancellazione dell'ipoteca avrebbe dovuto essere inviata anche al cliente, riguardando interessi essenziali di quest'ultimo.

#### *ACCESSO ALLE INFORMAZIONI DETENUTE DALLA CORTE DEI CONTI SUI RENDICONTI FINANZIARI DEGLI ENTI LOCALI*

Nel marzo 2010, l'Autorità ha reso un parere ai sensi dell'articolo 22 della legge n. 287/90 al Presidente della Corte dei Conti in merito ai riflessi concorrenziali di un eventuale accesso da parte di Cassa Depositi e Prestiti Spa (CDP) alla banca dati della stessa Corte sui rendiconti finanziari degli enti locali. Tale banca dati costituisce la principale, se non l'unica, fonte informativa sui conti delle amministrazioni locali, basata su dati completi e costantemente aggiornati.

Al riguardo, impregiudicate le questioni tecnico-giuridiche sull'eventuale accesso di CDP a dati relativi a terzi soggetti, l'Autorità ha in primo luogo ricordato che tale società per azioni, a controllo pubblico, era attiva nella concessione di finanziamenti a Stato, Regioni, enti locali e altri enti pubblici di varia natura ed era equiparata agli intermediari finanziari ex articolo 107 del decreto legislativo n. 385/93 (TUB); essa stava inoltre ampliando e diversificando la propria offerta, in concorrenza con altri intermediari finanziari, erogando servizi di varia natura principalmente destinati agli enti locali, quali la consulenza in analisi e modalità di gestione delle esigenze finanziarie.

In questo quadro, l'Autorità ha osservato che le informazioni contenute nella banca dati della Corte dei Conti potevano costituire un importante strumento per definire le strategie commerciali e selezionare gli enti a maggiore profittabilità e a minore rischio di credito; conseguentemente, ha sottolineato che l'eventuale accesso ai dati in questione doveva avvenire in condizioni trasparenti e paritarie per tutti gli intermediari finanziari che offrono i servizi sopracitati, così da evitare alterazioni delle dinamiche competitive.

Quanto alla circostanza che CDP, a fronte del suddetto accesso, avrebbe offerto alla Corte dei Conti servizi di elaborazione dati, l'Autorità ha sottolineato che tale eventuale scelta avrebbe dovuto essere il risultato di un trasparente confronto competitivo tra gli operatori eventualmente interessati.

## Attività professionali e imprenditoriali

### ATTIVITÀ PROFESSIONALI E IMPRENDITORIALI

#### *Intese*

#### *CONSIGLIO NAZIONALE DEI GEOLOGI - RESTRIZIONI DEONTOLOGICHE SULLA DETERMINAZIONE DEI COMPENSI*

Nel giugno 2009, l'Autorità ha concluso un procedimento nei confronti del Consiglio Nazionale dei Geologi accertando un'intesa restrittiva della concorrenza in violazione dell'articolo 101 del TFUE avente ad oggetto le restrizioni di prezzo previste nel relativo codice deontologico. L'istruttoria era stata avviata in seguito alla chiusura nel gennaio 2009 della seconda Indagine conoscitiva nel settore dei servizi professionali (IC34) in cui era stata verificata la non conformità, sotto diversi profili, dei codici di condotta di alcuni ordini professionali, tra cui quello dei geologi, ai principi della concorrenza nel settore in questione.

Nel corso del procedimento l'Autorità ha accertato che nonostante la riforma introdotta con il decreto legge n. 223/2006 che aveva abolito, tra l'altro, l'obbligatorietà delle tariffe professionali fisse o minime, stabilite in leggi, regolamenti ovvero in codici deontologici, e la significativa attività di *advocacy* svolta dall'Autorità nel corso della stessa indagine conoscitiva, le menzionate previsioni deontologiche prevedevano, in sostanza, l'obbligo per i geologi di utilizzare le tariffe professionali per la determinazione del compenso professionale; ciò anche mediante il richiamo alla clausola generale del "decoro" nella determinazione dei compensi e all'articolo 2233, comma 2, del codice civile, che prevede il rispetto del decoro nella determinazione del compenso.

Nel corso dell'istruttoria il Consiglio Nazionale di Geologi non ha fornito alcuna giustificazione delle restrizioni di prezzo descritte, rilevando invece che l'Ordine professionale dei geologi è un'istituzione pubblica non soggetta alla legge *antitrust*. Ha infine presentato impegni che modificavano, soltanto in modo del tutto marginale, le norme deontologiche oggetto del procedimento.

L'Autorità, dopo avere rigettato tali impegni in quanto non idonei a rimuovere i profili anti-concorrenziali, ha accertato, nel giugno 2010, la violazione dell'articolo 101 del TFUE da parte del Consiglio Nazionale dei geologi che, mediante le norme deontologiche menzionate, ha fissato i prezzi delle prestazioni professionali rese dai geologi. In ragione dell'infrazione accertata, l'Autorità ha comminato al Consiglio Nazionale dei geologi una sanzione amministrativa pari a 14 mila 254 euro.

## Segnalazioni

### DISCIPLINA DELL'ATTIVITÀ DI CONSULENZA PER LA CIRCOLAZIONE DEI MEZZI DI TRASPORTO

Nell'ottobre 2010, l'Autorità ha trasmesso una segnalazione, ai sensi dell'articolo 21 della legge n. 287/90, al Presidente del Senato, al Presidente della Camera, al Presidente del Consiglio dei Ministri, al Ministro delle Infrastrutture e dei Trasporti, al Presidente della Provincia di Varese e al Presidente della Conferenza Permanente per i Rapporti tra lo Stato, le Regioni e le Province autonome di Trento e di Bolzano, al fine di richiamare l'attenzione sulle distorsioni della concorrenza e del corretto funzionamento del mercato derivanti dalle disposizioni contenute nella normativa nazionale di cui alla legge n. 264/91, recante "Disciplina dell'attività di consulenza per la circolazione dei mezzi di trasporto" ed al Regolamento della Provincia di Varese del 17 dicembre 1998 in materia di autorizzazione e vigilanza delle agenzie di consulenza per la circolazione dei mezzi di trasporto.

Come stabilito dall'articolo 14 del decreto legislativo n. 59/10 (attraverso cui è stata recepita in Italia la c.d. direttiva Servizi), i *"regimi autorizzatori possono essere istituiti o mantenuti solo se giustificati da motivi imperativi di interesse generale"* nel rispetto dei principi di non discriminazione e di proporzionalità. Inoltre, l'articolo 8 del citato decreto prevede che per *"motivi imperativi di interesse generale"* si intendono *"ragioni di pubblico interesse"*, tra le quali *"l'ordine pubblico, la sicurezza pubblica, l'incolumità pubblica, la sanità pubblica, la sicurezza stradale, la tutela dei lavoratori", nonché "la tutela dei consumatori [...], l'equità delle transazioni commerciali, la lotta alla frode, la tutela dell'ambiente [...], la salute degli animali, la proprietà intellettuale, la conservazione del patrimonio nazionale storico e artistico, gli obiettivi di politica sociale e di politica culturale"*.

La disciplina dell'attività di consulenza per la circolazione dei mezzi di trasporto non prevede alcun motivo imperativo di interesse generale tale da giustificare il ricorso alla preventiva autorizzazione provinciale, sentiti i comuni.

Pertanto, l'Autorità ha rilevato che le disposizioni di cui alla legge n. 264/91 in materia di attività di consulenza automobilistica non appaiono conformi alle finalità della c.d. direttiva Servizi, così come recepita dal decreto legislativo n. 59/10. Sul punto, l'Autorità ha evidenziato di essere già intervenuta con specifiche segnalazioni sulla natura ingiustificata delle restrizioni allo svolgimento dell'attività delle agenzie di consulenza per la circolazione dei mezzi di trasporto auspicando l'eliminazione delle disposizioni volte a determinare il numero massimo di operatori del settore, oltre che quelle dirette ad una determinazione amministrativa delle tariffe da questi applicate, altresì invocando il ridimensionamento degli ingiustificati vincoli autorizzatori all'accesso all'attività stessa.

L'Autorità ha rilevato che tuttora sono vigenti le disposizioni restrittive evidenziate nelle precedenti segnalazioni e, pertanto, ha auspicato una revisione delle disposizioni in materia di attività di consulenza per la circolazione dei mezzi di trasporto, alla luce anche dei principi di liberalizzazione introdotti col decreto legislativo n. 59/10.

*NUOVO CODICE DELLA STRADA-REGOLAMENTAZIONE DELL'ATTIVITÀ DELLE AUTOSCUOLE*

Nell'agosto 2010, l'Autorità ha inviato alcune osservazioni, ai sensi degli articoli 21 e 22 della legge n. 287/90, al Presidente del Senato, al Presidente della Camera, al Presidente del Consiglio e al Ministro delle Infrastrutture e dei Trasporti in merito ad alcune distorsioni della concorrenza nel mercato delle autoscuole derivanti dall'art. 123 del Codice della Strada, come modificato dall'art. 20 della legge 29 luglio 2010, n. 120 e dalle bozze di provvedimenti redatti dal Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti relative allaregolamentazione dell'attività delle autoscuole.

Al riguardo, l'Autorità, dopo aver ricordato che la disciplina dell'attività di autoscuola doveva essere valutata alla luce dei principi di liberalizzazione e di promozione della concorrenza contenuti nel decreto legge n. 7/07 e, da ultimo, nella direttiva 2006/123/CE, recepita a livello nazionale con il decreto legislativo n. 59/10, ha osservato che alcune vigenti previsioni normative e altre di natura regolamentare in corso di approvazione erano suscettibili di reintrodurre di fatto ostacoli all'ingresso nel mercato delle autoscuole, ponendosi in contrasto con i principi concorrenziali richiamati.

In primo luogo, in merito all'obbligo per le autoscuole di svolgere corsi per il conseguimento di tutte le categorie di patente di guida, introdotto per i nuovi operatori dall'articolo 20 della legge n. 120/10 e previsto anche in una delle citate bozze di regolamento ministeriale, l'Autorità ha rilevato come tale previsione, quand'anche mirata ad *“offrire all'utenza un servizio più completo e qualificato”*, costituisse a tutti gli effetti un'importante barriera amministrativa all'accesso nel mercato in esame. I numerosi esposti pervenuti in merito alle difficoltà di accesso dei nuovi entranti ai consorzi fra autoscuole a tal fine costituiti, evidenziavano, infatti, come la norma in esame obbligasse i nuovi titolari delle autoscuole a dotarsi di tutti gli automezzi necessari per l'istruzione di guida (autovetture, motocicli, autocarri, autobus, etc.) e di fatto li escludesse dal novero dei soggetti a tal fine associati, costituiti dalle autoscuole già attive sul mercato, che non avevano alcun interesse a condividere i costi di acquisto e manutenzione di tali automezzi con nuove imprese concorrenti.

Quanto alle previsioni contenute nelle bozze di regolamento del Ministero, esse riguardavano: i) l'eliminazione della possibilità per le autoscuole di limitare la propria attività solo alla preparazione per il conseguimento delle patenti A e B e l'obbligo di dotarsi di locali ed attrezzature specificamente identificate; ii) i corsi di formazione propedeutici all'esame di abilitazione all'insegnamento nelle autoscuole; iii) il conseguimento dell'esperienza biennale di docente di autoscuola esclusivamente comprovando almeno 24 mesi di esperienza lavorativa presso una o più autoscuole.

Con riguardo alle modalità di svolgimento dell'esame per l'abilitazione di insegnante e di istruttore di autoscuola, l'Autorità ha apprezzato il fatto che, a seguito di un parere del Consiglio di Stato, la composizione della relativa commissione non prevedesse più la presenza di un *“appartenente alle associazioni di categoria delle autoscuole maggiormente rappresentative in ambito nazionale”*, ma di un *“esperto nelle materia d'esame, anche su*

*designazione della Regione*”, oltre ad un rappresentante “*del Dipartimento Trasporti Terrestri del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti*”. Tutto ciò a condizione, tuttavia, che il non meglio definito “*esperto nelle materia d’esame*” non fosse designato dalla Regione competente fra le “*associazioni di categoria delle autoscuole maggiormente rappresentative in ambito nazionale*”, poiché ciò avrebbe riproposto in capo a tale soggetto il conflitto di interesse derivante dall’essere contestualmente esaminatore e potenziale concorrente dell’aspirante titolare di autoscuola.

Circa l’obbligo, in capo all’aspirante titolare di autoscuola, di comprovare almeno 24 mesi di esperienza presso una o più autoscuole, l’Autorità ha ritenuto che tale previsione regolamentare costituisse una barriera amministrativa all’accesso per lo svolgimento dell’attività in questione. Infatti, l’eventuale conseguimento dell’abilitazione veniva subordinato non già ai requisiti professionali acquisiti dall’aspirante titolare attraverso “*corsi di formazione*” appositamente realizzati da soggetti terzi di natura istituzionale, ma all’aver prestato una sorta di “*tirocinio*” presso una o più autoscuole attive sul mercato, le quali non avrebbero avuto ragionevolmente alcun interesse ad assumere e a formare professionalmente i propri futuri concorrenti.

L’Autorità ha altresì osservato che tale previsione si poneva in evidente contrasto con la nuova versione della norma del Codice della Strada, la quale prescriveva che “*I corsi di formazione degli insegnanti e degli istruttori delle autoscuole, di cui al comma 10, sono organizzati*” non solo dalle autoscuole e dai centri di istruzione automobilistica, ma anche “*da soggetti accreditati dalle regioni o dalle province autonome di Trento e di Bolzano [...]*”.

Analoghe considerazioni sono state svolte in merito all’obbligo, per gli aspiranti titolari di autoscuole, di seguire, ai fini della propria abilitazione, esclusivamente corsi organizzati presso le autoscuole già presenti sul territorio.

Per quanto concerne, infine, l’obbligo, in capo all’aspirante titolare di autoscuola, di dotarsi di locali ed attrezzature specificamente identificate quanto a dimensioni ed arredamento, l’Autorità non ha rilevato alcuna *ratio* alla base di tale previsione, osservando che la corrispondenza degli ambienti a determinate caratteristiche, talmente circostanziate da non rendere certamente agevole l’accesso a tale settore, non costituiva comunque garanzia della qualità dei servizi offerti.

Alla luce di ciò, l’Autorità ha auspicato una revisione in senso pro-concorrenziale delle disposizioni contenute nella nuova norma del Codice della Strada e nelle citate bozze di regolamenti ministeriali.

## SERVIZI VARI

### *Concentrazioni*

#### *ENDERED ITALIA/RISTOCHEF*

Nel dicembre 2010, l’Autorità ha avviato un’istruttoria ai sensi dell’articolo 16 della legge n. 287/90 al fine di verificare se la concentrazione consistente nell’acquisizione del controllo esclusivo di Ristochef Spa (di seguito Ristochef) da parte di Edenred Italia Srl sia idonea a costituire o a rafforzare

una posizione dominante in capo ad Edenred nel mercato nazionale dei servizi sostitutivi di mensa mediante l'emissione dei buoni pasto e nel mercato della fornitura dei *voucher* sociali, tale da eliminare o ridurre in modo sostanziale e durevole la concorrenza.

Edenred Italia Srl (di seguito Edenred) fa parte del Gruppo Edenred, attivo a livello globale nel settore dei prodotti e servizi pre-pagati per dipendenti pubblici e privati, dell'organizzazione e distribuzione di servizi sociali per conto di amministrazioni pubbliche, nonché nei servizi di controllo delle spese e di incentivazione aziendale.

Ristocheff è una società attiva esclusivamente in Italia nella gestione di servizi sostitutivi di mensa mediante l'emissione di buoni pasto, sia in formato cartaceo che elettronico, nonché di altri titoli di legittimazione che consentono ai titolari di ottenere servizi in ambito sociale e sanitario. Ristocheff è attualmente soggetta al controllo esclusivo del gruppo Elicor, il quale ne detiene l'intero capitale sociale tramite la società Avenance Italia Spa.

Nel provvedimento di avvio, l'Autorità ha rilevato che Edenred è il primo operatore del mercato con una quota pari a tre volte quella del suo più prossimo concorrente, Qui! Group. L'operazione di concentrazione è destinata, pertanto, ad avere effetti di rilievo nella fornitura dei servizi sostitutivi di mensa mediante buoni pasto, atteso che, in esito alla medesima, Edenred rafforzerà ulteriormente la sua posizione. Oltre alla consistenza della quota di mercato già detenuta da Edenred, l'Autorità ha altresì preso in considerazione la tendenza crescente nel corso degli ultimi quattro anni della posizione della società, all'interno di un mercato estremamente concentrato nel quale i primi tre operatori detengono congiuntamente il 70% circa dell'intero mercato.

Sulla base di tali elementi, l'Autorità ha considerato che l'operazione potrebbe essere idonea a costituire o rafforzare la posizione dominante di Edenred nel mercato della fornitura dei servizi sostitutivi di mensa mediante buoni pasto. Al 31 dicembre 2010, l'istruttoria è in corso.

### ***Inottemperanze***

#### ***T.T. HOLDING - NEW MOTORS / RAMO D'AZIENDA DI CANELLA AUTO - C10267 T.T. HOLDING/T&M CAR***

Nel gennaio 2010, l'Autorità ha concluso due procedimenti istruttori per inottemperanza all'obbligo di comunicazione preventiva delle operazioni di concentrazione nei confronti della società T.T. Holding Spa, società a capo di un gruppo di imprese attive nella vendita al dettaglio di autoveicoli per passeggeri e dei relativi ricambi, nonché nella fornitura di servizi post vendita (assistenza, manutenzione e riparazione).

Le operazioni avevano riguardato l'acquisizione, da parte di TT Holding Spa, del ramo d'azienda della società Canella Auto Srl e il passaggio dal controllo congiunto al controllo esclusivo della società T&M Car Srl. Più specificamente, la prima operazione si era concretizzata nell'acquisizione da parte di TT Holding Spa, mediante la propria controllata New Motors Spa, del ramo di azienda di Canella Auto Srl, avvenuta mediante un contratto di affitto



di durata pluriennale; la seconda operazione era consistita nell'acquisizione, da parte di TT Holding Spa, del controllo esclusivo di T&M Car Srl, avvenuto mediante l'acquisto, dalla società giapponese Toyota Tsusho Corporation, della frazione di capitale (51%) non ancora in possesso della stessa TT Holding Spa.

L'Autorità ha considerato che entrambe le operazioni, comportando, rispettivamente, l'acquisto del controllo di parte di un'impresa e l'acquisto del controllo di un'impresa, costituivano una concentrazione ai sensi dell'articolo 5, comma 1, lettera *b*), della legge 287/90, ed erano soggette all'obbligo di comunicazione preventiva in quanto il fatturato totale realizzato, nell'ultimo esercizio a livello nazionale, dall'insieme delle imprese interessate è risultato superiore alla soglia di cui all'articolo 16 della legge n. 287/90.

Tenuto conto dell'assenza di dolo, della comunicazione spontanea, benché tardiva, delle due operazioni, della loro modesta incidenza concorrenziale, nonché del lasso di tempo intercorso prima della comunicazione delle operazioni, l'Autorità ha comminato alla società T.T. Holding Spa una sanzione amministrativa pecuniaria pari a 5 mila euro per ognuna delle due violazioni accertate.

### *Segnalazioni*

#### *COMUNE DI LATINA - SERVIZI CIMITERIALI ED ATTIVITÀ ACCESSORIE*

Nell'ottobre 2010, l'Autorità, a seguito di una segnalazione ricevuta, ha formulato le proprie osservazioni ai sensi dell'articolo 21 della legge n. 287/90 in merito ad alcune previsioni della Convenzione in materia di gestione di servizi stipulata in data 11 marzo 2009 tra il Comune di Latina e la società Damiani Costruzioni Srl, nella sua qualità di capogruppo di un'associazione temporanea di imprese. Le disposizioni oggetto della segnalazione riguardavano l'attribuzione al soggetto convenzionato non soltanto della gestione dei servizi cimiteriali ma anche di un diritto di esclusiva nella posa di arredi funebri e funerari relativamente a tutta l'area cimiteriale urbana.

La Convenzione aveva, pertanto, incluso contestualmente tra i servizi da affidare al soggetto convenzionato la gestione dei servizi cimiteriali, sottoposti alla disciplina dell'articolo 23-*bis* della legge n. 133/08 quali servizi pubblici locali, e la fornitura di arredi funebri, che non costituisce servizio pubblico locale e rientra tra le attività commerciali ed imprenditoriali.

Al riguardo, l'Autorità, rilevando la sostanziale differenza della natura dei servizi oggetto della medesima disciplina posta dalla Convenzione, ha osservato che la fornitura di arredi funebri non rientrava nel novero dei servizi pubblici cimiteriali, rivestendo natura commerciale e imprenditoriale e che rispetto ad essa il legislatore non aveva in alcun modo previsto riserve o privative a favore dei Comuni o dei soggetti affidatari dei servizi di gestione delle aree cimiteriali, come già evidenziato peraltro in una precedente segnalazione<sup>50</sup>.

<sup>50</sup> Cfr. Segnalazione AS392 del 17 maggio 2007 "Affidamento dei servizi di gestione delle camere mortuarie ed obitoriali e dei servizi cimiteriali ad imprese di onoranze funebri, in Boll. 19/2007.

L'Autorità ha rilevato che il riconoscimento dell'esclusiva per entrambe le tipologie di servizi ad un unico operatore aveva l'effetto di chiudere il mercato non soltanto agli operatori di onoranze funebri già attivi ma anche ai potenziali nuovi entranti, i quali, proprio in ragione dell'esclusiva a favore di uno specifico soggetto nella fornitura di arredi funebri e funerari, avrebbero avuto ragionevolmente un minore interesse a sostenere gli investimenti necessari per fare ingresso sul mercato stesso.

L'Autorità ha, pertanto, auspicato una revisione della suddetta Convenzione al fine di renderla conforme ai principi concorrenziali.

#### *TECNOLAB/RICERCA TRICHINELLA NELLE CARNI*

Nel novembre 2010, l'Autorità ha formulato alcune osservazioni, ai sensi dell'articolo 21 della legge n. 287/90, al Ministro della Salute, al Presidente della Conferenza Permanente per i Rapporti tra lo Stato, le Regioni e le Province Autonome di Trento e Bolzano e al Presidente della Regione Puglia in merito all'introduzione, in via amministrativa, di restrizioni nell'accesso al mercato della fornitura del servizio di analisi di laboratorio per la ricerca di trichine nelle carni da parte dei laboratori privati accreditati non annessi ai macelli.

Il Ministero della Salute, con la comunicazione del 29 dicembre 2009, indirizzata ad un laboratorio privato accreditato non annesso al macello, alla Regione Puglia e, per conoscenza, a tutte le Regioni, aveva sostenuto che i laboratori di analisi privati non annessi ai macelli - ai sensi dell'articolo 2, comma 3, e dell'articolo 4 del decreto legislativo n. 123/93, dell'articolo 6 del regolamento CE n. 1162/09 e del Capitolo V dell'Intesa adottata dalla Conferenza Stato-Regioni il 10 maggio 2007 "*Linee Guida per la corretta applicazione del regolamento CE n. 2075/2005*" - non potevano fornire il servizio di analisi per la ricerca di trichine nelle carni.

L'Autorità ha osservato come l'interpretazione del Ministero della Salute, peraltro non in linea con la disciplina vigente che regola le modalità e i soggetti autorizzati a svolgere l'attività in questione, restringesse ingiustificatamente le categorie di soggetti ammessi a svolgere tale attività, impedendo ai laboratori privati non annessi al macello, ancorché accreditati anche sulla base di indicazioni fornite dalla stessa Amministrazione in una comunicazione del 20 giugno 2006, di poter effettuare le analisi in questione.

L'Autorità ha rilevato che la disciplina vigente - contenuta nei regolamenti CE n. 882/04, n. 2075/05, n. 2076/05 e n. 1162/09, che affidano alle autorità nazionali la competenza a designare i laboratori che possono eseguire, per la ricerca di trichine nelle carni, l'analisi dei campioni prelevati durante i controlli ufficiali - aveva superato le previsioni di cui all'articolo 2, commi 3 e 4, del decreto legislativo n. 123/93, ammettendo anche i laboratori privati non annessi ai macelli (oltre che i laboratori pubblici ufficiali e i laboratori privati annessi ai macelli) allo svolgimento dell'attività in questione, purché essa fosse svolta secondo garanzie di sicurezza assicurate dall'ottenimento della certificazione rilasciata dagli enti preposti (c.d. accreditamento).

L'Autorità ha sottolineato, dunque, che dal 1° gennaio 2010, per poter svolgere l'attività in parola i laboratori privati non annessi dovevano essere accreditati, mentre i laboratori privati annessi potevano utilizzare la proroga in loro favore di cui al regolamento CE n. 1162/09, che ha previsto che le strutture private annesse ai macelli possono svolgere l'analisi in questione purché dimostrino di avere avviato le procedure per l'accreditamento. L'articolo 6 di tale regolamento prevede, in deroga all'art 12 del regolamento CE n. 882/04, che *“l'autorità competente può designare un laboratorio che effettui i controlli ufficiali per individuare la presenza di Trichinella e che si trovi all'interno di macelli o di stabilimenti per la lavorazione della selvaggina, a condizione che tale laboratorio, pur non accreditato: a) dimostri di aver avviato e avere in corso le necessarie procedure di accreditamento conformemente al regolamento (CE) n. 882/2004; b) fornisca all'autorità competente garanzie sufficienti circa l'operatività di sistemi di controllo della qualità per le analisi da esso effettuate ai fini dei controlli ufficiali”*.

Inoltre, l'Autorità ha ritenuto che l'esplicito riferimento ai laboratori che si trovano all'interno di macelli o di stabilimenti per la lavorazione della selvaggina, contenuto nel regolamento CE n. 1162/09, non implicava che i laboratori privati non annessi ai macelli, accreditati per lo svolgimento di detti esami, non potessero effettuare l'analisi di ricerca di trichine nelle carni.

Alla luce delle considerazioni svolte, l'Autorità ha auspicato che la disciplina vigente, introdotta dai regolamenti comunitari citati, che ha ampliato la platea dei soggetti che possono svolgere l'attività di analisi illustrata assoggettandola al possesso dei requisiti tecnici che garantiscono l'affidabilità dei risultati, potesse trovare piena applicazione a livello nazionale e regionale. L'ingiustificata esclusione dei laboratori privati accreditati non annessi ai macelli restringeva, infatti, la concorrenza, con danno delle dinamiche concorrenziali, a svantaggio della qualità e dei prezzi dell'offerta dei servizi di questione.

#### *SERVIZIO PER LA FORNITURA DI BUONI PASTO*

Nell'ottobre 2010, a seguito di alcune denunce relative a distorsioni concorrenziali nel mercato dei servizi di fornitura dei buoni pasto, l'Autorità ha formulato alcune considerazioni, ai sensi dell'articolo 21 della legge n. 287/90, concernenti la predisposizione dei bandi di gara relativi alla fornitura dei buoni pasto. La segnalazione è stata inviata al Presidente del Consiglio dei Ministri ed al Presidente della Conferenza Permanente per i Rapporti tra lo Stato, le Regioni e le Province Autonome di Trento e Bolzano.

L'Autorità, in considerazione delle caratteristiche del mercato italiano della fornitura dei buoni pasto e, in particolare, della struttura concentrata dello stesso in cui i primi quattro operatori rappresentavano nel 2009 quasi il 70% del mercato, ha ritenuto, in primo luogo, opportuno ribadire il consolidato principio secondo cui la partecipazione congiunta alla stessa gara da parte di operatori in grado di concorrere singolarmente può determinare effetti restrittivi della concorrenza in quanto restringe la platea dei concorrenti.

Inoltre, l'Autorità ha evidenziato che l'utilizzo del criterio della capacità tecnica dei concorrenti come parametro di valutazione dell'offerta, benché genericamente valido in quanto basato sull'ampiezza complessiva e sulla diffusione nel territorio delle rispettive reti di esercizi convenzionati, potrebbe determinare effetti distorsivi della concorrenza, favorendo indebitamente gli operatori di maggiori dimensioni ovvero incentivando la costituzione di raggruppamenti temporanei realizzati unicamente al fine di escludere la possibilità degli operatori minori di aggiudicarsi i servizi oggetto della gara, specialmente allorquando tali raggruppamenti temporanei siano conclusi tra imprese che singolarmente potrebbero partecipare alla gara.

Per tali ragioni, l'Autorità ha rilevato come il criterio di valutazione basato sulla capillarità delle reti di convenzionamento delle imprese partecipanti potrebbe essere apprezzato per il conseguimento del punteggio dell'offerta tecnica purché determinato in maniera proporzionata al valore e alle caratteristiche geografiche della fornitura.

Con riferimento alla prassi, utilizzata da talune società di emissione, di aumentare le commissioni richieste agli esercenti dalle società di emissione per il rimborso del buono pasto, è stato osservato come questa avrebbe potuto produrre effetti distorsivi della concorrenza nella gara e peggiorare la qualità del servizio reso ai consumatori, sia a causa di un'eventuale revoca del convenzionamento da parte dell'esercizio convenzionato, sia in ragione del crescente incentivo dell'esercizio convenzionato a ridurre la qualità o quantità offerta ovvero ad aumentare i prezzi in proporzione all'aumento della *fee* da corrispondere alla società che emette i buoni pasto.

Al fine di innescare meccanismi disincentivanti tali comportamenti opportunistici, l'Autorità ha auspicato che i bandi di gara attribuissero punteggi massimi all'offerta che prevede il rimborso del buono pasto più elevato da parte della società di emissione all'esercizio convenzionato. Tale previsione scoraggerebbe, infatti, l'adozione di aumenti delle commissioni a favore delle società di emissione in danno degli esercenti e, da ultimo, dei consumatori.

#### *SERVIZI DI ACCERTAMENTO E RISCOSSIONE DI CARATTERE TRIBUTARIO DEL COMUNE DI MATTINATA*

Nell'ottobre 2010 l'Autorità ha trasmesso un parere, ai sensi dell'articolo 22 della legge n. 287/990 al Sindaco del Comune di Mattinata (FG) in merito alla sottoponibilità dell'affidamento secondo modalità *in house* dei servizi di accertamento e riscossione di carattere tributario dello stesso Comune alla procedura di cui all'articolo 23-*bis* del decreto-legge n. 112/08 (convertito nella legge n. 133/08 e successive modifiche).

In proposito, l'Autorità ha ritenuto che ai suddetti servizi, in quanto servizi bancari e finanziari resi a favore della Pubblica Amministrazione, dovessero essere applicate le regole dell'evidenza pubblica. Pertanto, l'Autorità ha ritenuto che non si applicassero nel caso in questione le disposizioni summenzionate.

Nel settembre 2010, l'Autorità ha trasmesso ai sensi dell'articolo 22 della legge n. 287/90 una segnalazione al Presidente del Consiglio della Provincia Autonoma di Trento contenente alcune osservazioni sulle possibili distorsioni derivanti dall'articolo 2, comma 3, della legge provinciale n. 10/80.

In particolare, l'Autorità ha osservato che tale disposizione poteva determinare distorsioni della concorrenza nella misura in cui disponeva l'affidamento in concessione del servizio di gestione del "sistema informativo elettronico provinciale" ad una società a prevalente capitale pubblico, alla quale, pertanto, non era legislativamente preclusa - almeno in linea di principio - anche la partecipazione del capitale privato.

Al riguardo, l'Autorità ha sottolineato che il punto di partenza per escludere il contrasto tra le normative che consentono gli affidamenti diretti e i principi comunitari era costituito dalla esistenza di una relazione interorganica, e non contrattuale, tra stazione appaltante e soggetto affidatario. A tal fine, la giurisprudenza comunitaria ha coniato il concetto di "controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi", per il quale è necessaria la partecipazione pubblica totalitaria in via permanente. Nel caso della menzionata legge provinciale, la possibilità che la gestione del sistema informativo provinciale potesse formare oggetto di affidamento in concessione ad una società mista, pur se "a prevalente capitale pubblico", avrebbe potuto incidere sulla sussistenza dei requisiti sottostanti al controllo analogo.

Infine, l'Autorità ha ribadito il carattere eccezionale dell'istituto dell'affidamento *in house*, tale da non potere essere assunto dagli enti locali quale fondamento e giustificazione per scelte normative ed amministrative in contrasto coi principi di tutela della concorrenza.

#### GESTIONE INFORMATIZZATA DEGLI ATENEI UNIVERSITARI

Nel settembre 2010, l'Autorità ha formulato, ai sensi degli articoli 21 e 22 della legge n. 287/90, alcune osservazioni al Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca (MIUR) relativamente alle problematiche concorrenziali esistenti nel mercato dell'elaborazione e della fornitura di *software* per la gestione informatizzata delle segreterie studenti nelle Università italiane, intervenute a seguito dell'adozione del decreto ministeriale 14 maggio 2010, con il quale il suddetto ministero aveva approvato il nuovo statuto del Consorzio Interuniversitario per il Calcolo Automatico dell'Italia Nord Orientale (Cineca).

L'attività principale del Cineca, che è il maggiore centro di calcolo in Italia, nonché uno dei più importanti a livello mondiale, consiste nello sviluppo di applicazioni e servizi di *Information Technology*, attraverso la promozione del ricorso a sistemi avanzati di elaborazione dei dati, nonché la stessa predisposizione, elaborazione e gestione di appositi sistemi informatici dedicati alla realtà universitaria. Dal 30 gennaio 2006, il Consorzio, pur mantenendo la propria natura *no profit*, ha acquisito personalità giuridica privata e il MIUR è entrato a pieno titolo tra gli enti consorziati con compiti di vigilanza.

Nello svolgimento della sua attività, il Cineca si avvale di una società controllata strumentale, Kion Spa, che si occupa della commercializzazione delle licenze d'uso dei *software* elaborati in ambito Cineca, nonché della prestazione dei servizi di assistenza e manutenzione post vendita.

In proposito, l'Autorità ha rilevato la sussistenza di una prassi, adottata da numerose Università, di acquisire dal Cineca e, per tramite di questo, dalla società interamente controllata Kion Spa, la fornitura dei *software* gestionali e dei relativi servizi di assistenza, in assenza di una qualsivoglia forma di confronto concorrenziale.

Tenuto conto di un contesto di mercato nel quale i prodotti distribuiti da Cineca/Kion - principalmente il *software* ESSE3, con licenza a codice sorgente chiuso - detengono una quota pari a circa l'80% del mercato, a fronte di una struttura estremamente frammentata dell'offerta concorrente e di una quota di autoproduzione di questi servizi da parte degli atenei alquanto ridotta e comunque tendenzialmente decrescente, l'Autorità ha ritenuto che le modifiche apportate allo statuto del Cineca risultassero idonee a produrre significativi effetti anticoncorrenziali. In particolare, il novellato articolo 2 dello statuto del Consorzio ha previsto che *“nell'esclusivo interesse degli Enti consorziati ed in esecuzione o comunque in conformità alle decisioni di affidamento o di incarico provenienti da tali Enti, il Consorzio rappresenta lo strumento organizzativo specializzato, appositamente costituito ed operante per lo svolgimento delle attività, anche con carattere di impresa”*.

Al riguardo, l'Autorità ha sottolineato la portata anticoncorrenziale delle citate disposizioni, che sarebbe risultata aggravata, altresì, dall'assenza di precise regole circa eventuali incompatibilità tra funzioni di gestione e amministrazione del Consorzio e incarichi esterni in altre realtà imprenditoriali.

Infatti, secondo l'Autorità, la previsione che assegna al Consorzio la natura di strumento organizzativo specializzato, appositamente costituito ed operante per lo svolgimento delle attività, anche con carattere di impresa, contrastando con l'ulteriore previsione relativa all'assenza di scopo di lucro nell'attività consortile e snaturando il carattere istituzionale dello stesso Consorzio, legittimerebbe l'attività sostanzialmente imprenditoriale svolta dal Cineca in un regime discriminatorio a proprio favore. Il Consorzio sarebbe evidentemente avvantaggiato rispetto agli altri imprenditori privati per essere - allo stesso tempo - un soggetto autorizzato a svolgere attività di natura imprenditoriale e il principale interlocutore istituzionale delle università nell'ambito dello sviluppo di applicazioni e servizi avanzati di tecnologia informatica.

L'Autorità ha rilevato, inoltre, che l'effetto distorsivo della concorrenza sarebbe stato rafforzato dal costante ricorso da parte del Cineca, per l'effettivo svolgimento dell'attività di impresa connessa allo sviluppo del *software* e alla prestazione dei relativi servizi di assistenza, alla società strumentale Kion; a tale riguardo, la richiamata prassi di molte università consistente nell'affidamento diretto e a titolo oneroso al Cineca e, per tramite di questa, a Kion, della fornitura dei *software* gestionali e dei relativi servizi di assistenza, è apparsa contraria ai principi posti a tutela della concorrenza e del libero mercato.



La fornitura di licenze *software* e la prestazione dei relativi servizi di assistenza e manutenzione, costituendo attività tipicamente economica, è soggetta, infatti, al rispetto della disciplina prevista dal Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture e dei principi generali in materia di evidenza pubblica, al fine di garantire a tutti gli operatori, già presenti nel mercato o interessati ad entrarvi, una concreta possibilità di competere per l'aggiudicazione delle forniture e dei servizi. L'Autorità non ha ritenuto rilevante, peraltro, la circostanza secondo la quale il Cineca è statutariamente legittimato a collaborare con le Università, ricordando l'assenza, nel caso di specie, dei requisiti di legittimità necessari per il ricorso all'istituto dell'*in house providing*.

Da ultimo, con riferimento alla natura "chiusa" del codice sorgente delle licenze ESSE3 del Cineca, l'Autorità ha messo in luce come le procedure di acquisizione di *software* dovessero favorire l'affermazione della piena interoperabilità tra i vari prodotti disponibili nel mercato, caratterizzato, come detto, dalla presenza di un operatore in posizione di evidente dominanza.

Alla luce di quanto rilevato, l'Autorità ha richiesto al Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca di adottare opportuni provvedimenti diretti a eliminare le descritte distorsioni del mercato.

#### *CORRISPETTIVI DEI SERVIZI DI ATTESTAZIONE PER LA QUALIFICAZIONE DEGLI ESECUTORI DEI LAVORI PUBBLICI*

Nel dicembre 2010, l'Autorità ha inviato, ai sensi dell'articolo 21 della legge n. 287/90, alcune considerazioni al Presidente della Regione Emilia-Romagna in merito ai possibili effetti distorsivi della concorrenza derivanti dalla normativa che fissa nel minimo e nel massimo il livello dei corrispettivi dei servizi prestati dalle Società Organismo di Attestazione (SOA) per la qualificazione degli esecutori di lavori pubblici, come previsto dall'articolo 8, comma 4, lettera f), della legge 11 febbraio 1994, n. 109 e disciplinato dall'apposito regolamento di cui al decreto del Presidente della Repubblica 25 febbraio 2000, n. 34.

In proposito, l'Autorità ha ricordato di avere già in passato con una apposita segnalazione<sup>51</sup> sollecitato il riesame della normativa che stabiliva nel minimo e nel massimo il livello dei corrispettivi dei servizi prestati dalle SOA, rilevando i profili restrittivi non solo della normativa in questione ma anche dello schema di regolamento volto a modificare il citato d.P.R. n. 34/00, tendente a confermare l'obbligatorietà delle tariffe minime e massime e ad estenderla, in misura proporzionalmente ridotta, alle attività integrative di revisione triennale o di variazione dell'attestazione, come introdotte dalla legge n. 166/02.

In quel contesto, l'Autorità aveva evidenziato che tale sistema tariffario appariva in contrasto con i meccanismi concorrenziali, tenuto conto della particolarità del mercato definito dal legislatore, "*in cui la domanda è espressa dalle imprese che vogliono partecipare a gare per l'aggiudicazione di lavori*

<sup>51</sup> Cfr. segnalazione AS261 "*Corrispettivi dei servizi di attestazione per la qualificazione degli esecutori dei lavori pubblici*", 16 giugno 2003 in *Boll.* n. 24/03.

*pubblici e l'offerta è rappresentata in via esclusiva da organismi di diritto privato, ed in concreto da soggetti imprenditoriali che devono assumere la veste di società per azioni".*

L'Autorità, inoltre, nel ribadire che, in termini generali, *"la fissazione di prezzi minimi, lungi dall'assicurare la qualità del servizio cui essi si riferiscono, rappresenta [...] uno strumento che disincentiva gli operatori dall'assumere il livello qualitativo della prestazione quale variabile del proprio comportamento di mercato"*, aveva rilevato che le previsioni circa l'obbligatorietà delle tariffe - sia nel minimo sia nel massimo - apparivano comunque prive di qualunque giustificazione di carattere generale. Infatti, *"la qualità del servizio svolto dalle SOA, la rispondenza di esso all'interesse generale e l'efficienza complessiva del sistema sono garantire dai controlli ex ante ed ex post previsti (...) nonché dall'attività di vigilanza in concreto svolta dall'Autorità"* di settore.

Nonostante quanto segnalato, l'Autorità ha riscontrato che l'articolo 12 del d.P.R. n. 34/00 non aveva subito alcuna modifica né era stato abrogato. L'Autorità ha pertanto auspicato che le considerazioni svolte potessero costituire un utile contributo ai fini della modifica della normativa in esame.

#### *PRESTAZIONE DI SERVIZI DELLA CENTRALE REGIONALE D'ACQUISTO INTERCENT-E.R. A FAVORE DELLE ASSOCIAZIONI DI VOLONTARIATO*

Nel luglio 2010, l'Autorità ha inviato ai sensi dell'articolo 21 della legge n. 287/90 al Presidente della Regione Emilia-Romagna alcune considerazioni in merito alle criticità concorrenziali derivanti dalla possibilità per le associazioni di volontariato di usufruire dei servizi forniti dalla centrale regionale d'acquisto Intercent-E.R., così come previsto dalla legge regionale n. 11/04, modificata dalla legge regionale n. 21/09.

Pur riconoscendo il carattere meritorio delle finalità che la Regione intendeva perseguire attraverso la modifica della suddetta legge n. 11/04, l'Autorità ha ritenuto che tale disposizione rischiasse di alterare il corretto confronto concorrenziale tra i vari operatori economici nell'approvvigionamento di servizi e/o forniture.

Come già rilevato dall'Autorità in precedenti segnalazioni, ai sensi del diritto *antitrust* le associazioni di volontariato sono considerate imprese allorché esercitano un'attività economica e, più in particolare, allorché partecipano ad appalti pubblici di servizi in concorrenza con altri operatori economici privati. Pertanto, l'Autorità ha ritenuto che la legge regionale, consentendo alle associazioni di volontariato di ricorrere alla centrale di committenza e quindi di beneficiare dei prezzi di acquisto di beni e servizi più vantaggiosi, risultava in contrasto con i generali principi di non discriminazione e parità di trattamento tra operatori, atteso che tale canale privilegiato era invece precluso ai concorrenti.

Infine, l'Autorità ha rilevato che la disposizione segnalata avrebbe potuto essere in contrasto anche con quanto disposto dall'articolo 3, comma 34 e dall'articolo 33 del Codice degli appalti, nella parte in cui consentiva alle amministrazioni aggiudicatrici e agli enti aggiudicatori di acquisire lavori, servizi e forniture facendo ricorso a centrali d'acquisto.

Nel maggio 2010, l'Autorità ha reso un parere ai sensi dell'articolo 22 della legge n. 287/90 alla Provincia autonoma di Trento concernente la legittimità dell'offerta, da parte dell'amministrazione stessa, del servizio di marcatura delle partite tavolari, così come stabilito con deliberazione della Giunta Provinciale n. 2052 del 3 settembre 2004.

L'Autorità ha osservato che l'impianto e la tenuta del libro fondiario sono espressione dell'esercizio della funzione pubblica, volta a garantire la pubblicità del sistema tavolare, riservata in via esclusiva alla Regione Trentino Alto Adige dalla legge costituzionale 26 febbraio 1948, n. 5 e il cui esercizio è stato dalla Regione stessa delegato alla Provincia autonoma di Trento in forza della legge regionale 17 aprile 2003, n. 3.

In tale contesto l'Autorità ha ritenuto che la marcatura delle partite tavolari si configurasse come un'attività aggiuntiva rispetto al conseguimento del bene pubblico da parte della comunità, rappresentato, nel caso di specie, dall'accesso ai dati contenuti nel Libro fondiario. In generale, poi, l'Autorità ha osservato che, nel caso della fornitura di servizi accessori, per cui non fosse giustificata una riserva in favore delle amministrazioni, queste ultime erano tenute a verificare periodicamente l'esistenza di condizioni per una gestione pienamente concorrenziale del servizio.

L'Autorità ha osservato, pertanto, che laddove l'attività in questione fosse stata remunerativa e vi fossero stati, inoltre, soggetti interessati a fornire servizi analoghi in regime di concorrenza nel mercato, l'amministrazione avrebbe dovuto assicurare agli operatori economici interessati la possibilità di fornire tale servizio alla cittadinanza.

#### *CERTIFICAZIONE DI QUALITÀ AZIENDALE PER LO SVOLGIMENTO DEI SERVIZI DI LINEA*

Nell'aprile 2010, l'Autorità ha inviato alcune osservazioni, ai sensi dell'articolo 21 della legge n. 287/90, al Ministro delle Infrastrutture e dei Trasporti in merito alle distorsioni concorrenziali derivanti dalle previsioni relative all'ottenimento della certificazione di qualità aziendale per lo svolgimento del servizio di linea.

L'Autorità ha osservato come sia l'articolo 2, comma 3, del decreto n. 316/06 sia la circolare ministeriale n. 2/07, applicativa del citato decreto prevedessero che l'ottenimento dell'autorizzazione per lo svolgimento del servizio di linea fosse subordinato alla dimostrazione del possesso della certificazione di qualità aziendale, richiedendo al contempo che tale certificazione venisse rilasciata da organismi accreditati dal Sistema Nazionale per l'Accreditamento degli Organismi di Certificazione (SINCERT).

L'Autorità ha rilevato la natura distorsiva delle disposizioni in oggetto in considerazione del fatto che le stesse, nell'indicare unicamente la certificazione rilasciata da organismi accreditati dal SINCERT, erano suscettibili di determinare restrizioni concorrenziali nel mercato dei servizi di certificazione aziendale anche mediante l'esclusione dal mercato di società che, sebbene non accreditate SINCERT, fossero comunque accreditate presso organismi ad esso equivalenti, firmatari dei cosiddetti "accordi di mutuo riconoscimento".

Al riguardo, l'Autorità ha in primo luogo ricordato come, proprio al fine di garantire l'efficacia del processo di accreditamento, si fosse sviluppato un sistema internazionale di accreditamento volontario che ha previsto opportuni meccanismi di controllo "esterno", consistenti nella partecipazione degli enti di accreditamento ad apposite organizzazioni internazionali e nella sottoscrizione dei c.d. "accordi di mutuo riconoscimento" gestiti dalle suddette organizzazioni. In secondo luogo, l'Autorità ha osservato come, malgrado tali sistemi internazionali fossero garantiti in termini di competenza e rigore procedurale, nonché d'uniformità di operato, né il decreto né la circolare facessero riferimento alla possibilità, per le aziende, di ricorrere alla certificazione di tali enti, con ciò innalzando le barriere all'entrata sul mercato.

Malgrado l'amministrazione avesse specificato di non negare l'autorizzazione allo svolgimento dei servizi di linea a chi producesse certificazioni rilasciate da organismi non accreditati SINCERT, se pure riconosciuti in ambito europeo, l'Autorità ha auspicato in ogni caso la revisione delle citate norme con la previsione esplicita della possibilità di ottenere l'autorizzazione allo svolgimento di servizi di linea anche nell'ipotesi in cui venissero prodotte diverse ma legittime alternative di certificazione.

*RILASCIO DI AUTORIZZAZIONI PER L'ATTIVITÀ DI SOMMINISTRAZIONE DI ALIMENTI E BEVANDE IN ASSENZA DI UNA PROGRAMMAZIONE COMUNALE*

Nell'aprile 2010, l'Autorità ha reso un parere ai sensi dell'articolo 22 della legge n. 287/90 al Comune di Rubano concernente la legittimità del rilascio di autorizzazioni per l'esercizio dell'attività di somministrazione di alimenti e bevande in assenza di una programmazione comunale. In primo luogo, l'Autorità ha ricordato che l'articolo 3 del decreto-legge n. 223/06, convertito in legge n. 248/06, aveva rimosso limiti e prescrizioni restrittivi della concorrenza con riguardo sia alle attività commerciali individuate dal decreto legislativo n. 114/98, che alle attività di somministrazione di alimenti e bevande, prevedendo, altresì, l'adeguamento entro il 1° gennaio 2007 delle previsioni legislative e regolamentari di Regioni o Enti Locali eventualmente difformi o in contrasto con i nuovi principi in materia di concorrenza.

Nel caso in esame l'Autorità ha rilevato che la peculiare interpretazione effettuata dalla Regione Veneto del citato articolo 3 del decreto-legge n. 223/06, convertito in legge n. 248/06, aveva di fatto ridotto l'ambito di applicazione dei principi di liberalizzazione citati, in quanto aveva artificiosamente consentito il mantenimento di meccanismi di programmazione locale per gli esercizi di somministrazione di alimenti e bevande fondati sul rispetto di limiti quantitativi.

Pertanto, attesa la portata restrittiva della previsione di limiti quantitativi all'apertura di nuovi esercizi, l'Autorità ha osservato che l'amministrazione avrebbe potuto introdurre limitazioni all'accesso soltanto ove necessarie e proporzionate al perseguimento di specifici obiettivi di interesse generale e che, nel caso di specie, non poteva considerarsi conforme ai principi della concorrenza il diniego di un'autorizzazione all'esercizio delle attività di somministrazione di alimenti e bevande semplicemente fondato sulla protezione degli interessi degli operatori già attivi e, segnatamente, sulla salvaguardia delle quote di mercato dagli stessi detenute.

Nel gennaio 2010, l'Autorità ha reso un parere ai sensi dell'articolo 22 della legge n. 287/90 al Ministero dell'Economia e delle Finanze concernente lo schema di bando di gara per "il servizio di Agenzia Viaggi per la gestione delle trasferte di lavoro" ed il relativo disciplinare, predisposti dalla CONSIP Spa, ritenendo che, in linea generale, le indicazioni previste fossero conformi agli orientamenti pro-concorrenziali in passato espressi in materia di bandi di gara predisposti da CONSIP.

Tuttavia, con riguardo ai requisiti di partecipazione alla gara e alle condizioni per il subappalto, l'Autorità ha ricordato come le modifiche apportate dalla legge n. 166/09 alla normativa nazionale sugli appalti in conformità alla sentenza della Corte di giustizia del 19 maggio 2009 non consentissero più di escludere automaticamente dalla gara i concorrenti che si trovino in una situazione di controllo o collegamento in base all'articolo 2359 c.c., dovendosi viceversa di volta in volta verificare che le offerte non possano essere imputate ad un unico centro decisionale.

Analogamente, l'Autorità ha osservato come anche i limiti posti all'affidamento del subappalto dovessero tener conto delle modifiche normative apportate al Codice degli appalti dall'articolo 3, comma 1. Pertanto, l'Autorità ha esortato CONSIP a prestare la massima attenzione affinché nei casi descritti fosse effettivamente garantita la non riconducibilità delle offerte prese in considerazione ad un unico centro decisionale.

Infine, l'Autorità ha ritenuto utile segnalare l'opportunità di prevedere, ai fini dell'ammissione alla gara, anche indici di capacità economica e finanziaria alternativi al raggiungimento di un dato livello di fatturato da considerare ai sensi dell'articolo 41 del Codice degli appalti. Ciò al fine di evitare, in particolare, la preclusione alla gara di imprese la cui costituzione fosse avvenuta in tempi immediatamente precedenti alla pubblicazione del bando.

## Attività ricreative, culturali e sportive

---

### *Abusi*

#### *FEDERITALIA / FEDERAZIONE ITALIANA SPORT EQUESTRI*

Nell'aprile 2010, l'Autorità ha riaperto un procedimento nei confronti della Federazione Italiana Sport Equestri (FISE) per violazione degli articoli 101 e 102 del TFUE, chiuso nel maggio 2008 senza accertamento dell'illecito e mediante accettazione di alcuni impegni presentati dalla FISE. Il procedimento originario riguardava il contenuto e gli effetti anticoncorrenziali di alcune norme statutarie vincolanti per i tesserati FISE, inquadrabili come finalizzate a precludere l'accesso al mercato equestre o comunque a limitare l'attività sia

di nuove associazioni sia dei soggetti operanti nel mercato in questione, nonché una serie di condotte direttamente od indirettamente poste in essere da parte della FISE nei confronti delle associazioni concorrenti e degli altri soggetti attivi nel settore equestre, al fine di limitare od impedire il loro ambito di attività. Esso si era concluso con l'accettazione di alcune misure, proposte dalla FISE, volte a: superare l'esclusiva della FISE sulla disciplina delle attività ludiche di cui all'articolo 1.2 dello Statuto Federale; modificare l'articolo 17, comma 2, delle Norme di Attuazione dello Statuto FISE; consentire l'uso degli impianti degli affiliati FISE ad altri enti od associazioni tramite una "convenzione quadro".

Con sentenza del TAR del Lazio del 22 ottobre 2008 è stato tuttavia annullato *in parte qua* il provvedimento di accoglimento degli impegni e si è stabilito che *"l'Autorità procedente dovrà nuovamente valutare se gli impegni proposti siano soddisfattivi al fine di eliminare i profili anticoncorrenziali in relazione ai quali è stato avviato il procedimento, nel qual caso la delibera del 15 maggio 2008 come emendata dalle parti illegittime resterà vincolante per la ricorrente ed il procedimento rimarrà chiuso senza l'accertamento di alcuna infrazione, o, viceversa, non siano soddisfattivi ai fini in questione, nel qual caso, essendosi modificata la situazione di fatto rispetto ad un elemento su cui è fondata la decisione, l'Autorità potrà riaprire d'ufficio il procedimento ai sensi dell'articolo 14, co. 3, l. 287/1990"*.

Inoltre, con sentenza del 19 novembre 2009, il Consiglio di Stato, nel confermare quanto stabilito dal TAR del Lazio nella citata sentenza, ha specificato che *"l'Autorità dovrà ora rinnovare espressamente la valutazione per verificare l'idoneità degli originari impegni privi delle modifiche contestate a determinare la chiusura dell'istruttoria, con riapertura del procedimento in caso contrario"*.

L'Autorità, ritenendo che la delibera di accoglimento degli impegni, così come parzialmente emendata dalla pronuncia del TAR del Lazio, successivamente confermata dal Consiglio di Stato, potesse avvalorare l'assunto che alla FISE sia attribuibile un'ingiustificata esclusiva sulla disciplina dell'intera attività equestre - assunto a causa del quale era stato deliberato l'avvio dell'istruttoria nei confronti della FISE - e che conseguentemente gli impegni proposti dalla FISE non apparissero soddisfattivi al fine di eliminare i profili anticoncorrenziali in relazione ai quali era stato avviato il suddetto procedimento, ha deliberato, in ottemperanza alle citate pronunce dei giudici amministrativi, la riapertura d'ufficio del procedimento avviato nel luglio 2007 nei confronti della Federazione Italiana Sport Equestri, ai sensi degli articoli 101 e 102 del TFUE e il rigetto degli impegni proposti dalla Federazione Italiana Sport Equestri.

Al 31 dicembre 2010, il procedimento è in corso.

## **Intese**

### **MONDADORI ELECTA / REUNION DES MUSEES**

Nel dicembre 2010, l'Autorità ha avviato un'istruttoria nei confronti delle società Mondadori Electa Spa e Réunion Musées Nationaux al fine di accertare l'esistenza di eventuali violazioni dell'articolo 101 del TFUE in occasione di alcune gare bandite nel giugno 2010 dal Ministero per i Beni e le Attività



Culturali (MIBAC), aventi ad oggetto l'affidamento di concessioni riguardanti servizi aggiuntivi museali, tra cui la gestione delle librerie museali e l'organizzazione di mostre per i siti statali individuati dai bandi.

Il procedimento ha tratto origine dalla notifica preventiva di un'operazione di concentrazione. Nel settembre 2010, infatti, Mondadori Electa Spa (Electa) e Réunion Musées Nationaux (RMN) hanno comunicato all'Autorità, ai sensi dell'articolo 16 della legge n. 287/90, la costituzione di un'impresa comune denominata JVCO per la partecipazione alle gare bandite dal Ministero.

Electa è un operatore italiano attivo nel mercato dell'editoria d'arte e nel settore dei servizi aggiuntivi museali mediante la gestione di librerie museali e l'organizzazione di mostre ed eventi espositivi nei siti museali e archeologici. La Société Éditions D'art Lys, attiva nel campo editoriale e nel settore dei servizi aggiuntivi museali in Francia, è controllata da RMN, ente pubblico di diritto francese.

Secondo quanto previsto dal progetto di *partnership*, la costituzione dell'impresa comune sarebbe stata articolata in diverse fasi e soggetta a condizioni di incerta realizzazione. In particolare, il capitale di JVCO, al momento della costituzione nel settembre 2010, era detenuto per il 25% da RNM e per il 75% da Electa. Nell'ambito del progetto di *partnership*, le due società avevano previsto l'acquisizione del controllo congiunto su tale impresa, la quale avrebbe operato attraverso contratti di servizio conclusi tra le due società partecipanti al capitale sociale. La stessa avrebbe invece operato come entità autonoma dalle imprese madri soltanto in seguito al conferimento in JVCO del ramo di azienda di Electa, peraltro relativo alla sola gestione delle librerie museali, evento tuttavia di incerta realizzazione, essendo stato dalle Parti condizionato all'aggiudicazione di un numero predeterminato di concessioni di gestione delle librerie museali situate all'interno di alcuni siti individuati dall'Accordo.

Nell'ambito dell'accordo tra Electa e RNM erano stati conclusi, altresì, due patti di non concorrenza. Il primo, gravante su entrambe le società, prevedeva che queste non potessero competere direttamente o indirettamente con JVCO nell'attività di gestione di librerie museali in Italia nel periodo di attività di JVCO. Tale patto era valido anche per i due anni successivi alla cessione della partecipazione in JVCO, limitatamente all'attività di gestione delle librerie museali e al territorio italiano. L'altro consisteva nella clausola secondo cui RMN, nel periodo in cui avrebbe detenuto una partecipazione in JVCO, poteva svolgere in Italia l'attività di organizzazione di mostre soltanto nel caso in cui JVCO, su espressa richiesta, avesse rifiutato di svolgere tale attività.

L'Autorità ha ritenuto che l'operazione comunicata non costituisse un'operazione di concentrazione ai sensi dell'articolo 5 della legge n. 287/90 e ha, pertanto, disposto il non luogo a provvedere al riguardo.

In merito alla medesima operazione, l'Autorità ha deliberato invece l'avvio di un'istruttoria al fine di accertare la possibile esistenza di violazioni all'articolo 101 del TFUE da parte delle due società. L'Autorità ha ritenuto, infatti, che l'accordo concluso tra RMN ed ELECTA finalizzato, principalmente, a partecipare congiuntamente alle gare indette dal Ministero nel giugno 2010 - aventi ad oggetto l'assegnazione delle concessioni per la gestione delle librerie

museali e per l'organizzazione di mostre - potrebbe costituire un'intesa restrittiva della concorrenza tra due importanti operatori del settore, con la finalità primaria di evitare il confronto concorrenziale tra gli stessi e con la finalità secondaria di diminuire la pressione concorrenziale nella fase di apertura dei mercati (c.d. concorrenza "per" il mercato). Al 31 dicembre 2010 l'istruttoria è in corso.

## Segnalazioni

### MERCATO DELLA FORNITURA DEI SERVIZI AGGIUNTIVI PER MUSEI

Nel giugno 2010, l'Autorità ha inviato alcune osservazioni, ai sensi dell'articolo 21 della legge n. 287/90, ai Presidenti di Senato e Camera, al Presidente del Consiglio dei Ministri e al Ministro per i Beni e le Attività Culturali, in merito alle distorsioni concorrenziali nel mercato della fornitura dei servizi aggiuntivi per musei, integrando una propria segnalazione del luglio 2009 sullo stesso tema. L'Autorità ha esaminato il progetto di aggiornamento delle Linee guida in corso di elaborazione presso il Ministero e ha espresso apprezzamento per alcuni aspetti; al contempo, l'Autorità ha rilevato anche la criticità di taluni profili.

In primo luogo, poiché il settore in questione è caratterizzato dall'esistenza di numerosi incroci nelle partecipazioni societarie tra operatori concorrenti, l'Autorità ha ricordato come l'affidamento dei servizi fosse spesso avvenuto a favore di imprese tra loro concorrenti che competevano in RTI, determinando un blocco del mercato con conseguenti barriere all'entrata per i nuovi operatori; pertanto, l'Autorità ha auspicato che nelle Linee guida venisse inserito espressamente il principio *antitrust* secondo cui è possibile partecipare congiuntamente a gare per l'affidamento di servizi aggiuntivi e strumentali soltanto eccezionalmente, ossia solo qualora gli operatori non detengano singolarmente i requisiti richiesti per la partecipazione alla gara.

Inoltre, l'Autorità non ha ritenuto condivisibile la posizione del Ministero in merito all'individuazione del concessionario di servizi aggiuntivi tramite gare ristrette alle quali ammettere un numero limitato di imprese, invitate dall'amministrazione appaltante, secondo la previsione di cui all'art. 55, comma 2, del Codice dei contratti pubblici, non sussistendo giustificazioni tecniche nè economiche in proposito. Al contrario, l'Autorità ha sottolineato la necessità che le gare permettessero la più ampia partecipazione degli operatori, così da favorire l'introduzione di dinamiche concorrenziali.

Con riferimento ai problemi della composizione delle commissioni giudicatrici delle gare e delle possibili cointeressenze dei membri delle medesime, l'Autorità ha osservato come il richiamo all'articolo 84 del Codice dei contratti pubblici e al "*Codice di comportamento dei dipendenti pubblici*" non fosse in grado di risolvere possibili situazioni di conflitto di interesse idonee ad alterare le dinamiche concorrenziali del mercato. Pertanto, ha auspicato l'inserimento di una previsione più efficace, quale, ad esempio, l'attribuzione all'organo che nomina la commissione giudicatrice del compito di verificare la concreta sussistenza del rischio di compromettere l'indipendenza di giudizio dei membri della commissione, con il conseguente

divieto di nominare tali membri; tale divieto avrebbe dovuto essere previsto espressamente nel codice deontologico dei dipendenti del MIBAC, giacché questi sono generalmente chiamati a far pare delle commissioni giudicatrici. A tal riguardo, l'Autorità ha sottolineato l'opportunità di prevedere specifiche norme relative all'attività svolta dall'amministrazione stessa, finalizzate a disciplinare, in particolare, limiti, doveri e modalità di partecipazione ai procedimenti ad evidenza pubblica, nonché i criteri di formazione degli organi tecnici e decisionali, quali, ad esempio, le commissioni di aggiudicazione.

Infine, l'Autorità ha ribadito il principio secondo cui l'affidamento dei servizi aggiuntivi deve essere limitato nel tempo e non può essere tacitamente rinnovato o prorogato

In considerazione di ciò, l'Autorità ha auspicato che nel testo definitivo delle Linee guida fossero tenute in considerazione le modifiche normative evidenziate, così da rendere chiari e trasparenti per gli operatori del settore e le stazioni appaltanti tutti i criteri per l'affidamento dei servizi aggiuntivi.

## Varie

---

### *PROPOSTE DI RIFORMA CONCORRENZIALE AI FINI DELLA LEGGE ANNUALE PER IL MERCATO E LA CONCORRENZA*

Nel febbraio 2010 l'Autorità ha trasmesso al Presidente del Senato, al Presidente della Camera, al Presidente del Consiglio e al Ministro per lo Sviluppo Economico, in ottemperanza a quanto previsto dall'articolo 47, *Legge annuale per il mercato e la concorrenza*, della legge n. 99/09, le principali indicazioni contenute nei propri interventi consultivi e di segnalazione effettuati negli ultimi anni ai sensi degli articoli 21 e 22 della legge n. 287/90.

L'Autorità ha sottolineato come l'istituzione di una legge annuale per il mercato e la concorrenza è idonea a consentire un efficace completamento del processo di modernizzazione concorrenziale dell'economia italiana, in quanto consente al Legislatore di compiere una valutazione sistematica e periodica della rispondenza del quadro normativo ai principi concorrenziali, affiancandosi in modo coerente all'attività di tutela e promozione della concorrenza svolta dall'Autorità mediante l'esercizio dei propri poteri di *enforcement antitrust* e di quelli consultivi e di segnalazione.

L'Autorità, in particolare, ha segnalato gli ambiti ritenuti più critici dal punto di vista concorrenziale e suscettibili di urgenti e rilevanti interventi riformatori.

In primo luogo sono venuti in rilievo alcuni settori di servizio pubblico, di grandissima rilevanza per l'economia nazionale e il benessere dei cittadini, in cui si riscontrano scarsi livelli qualitativi, condizioni economiche insoddisfacenti, distorsioni concorrenziali di varia natura ed elevate barriere all'entrata per i nuovi concorrenti; ciò come retaggio di un'incompleta o non corretta liberalizzazione che ha determinato il permanere di assetti sostanzialmente monopolistici.

Con specifico riferimento a tali settori, le osservazioni svolte dall'Autorità hanno riguardato essenzialmente i servizi postali, i servizi di trasporto ferroviario, i servizi autostradali e quelli aeroportuali

In relazione al settore dei servizi postali, l'Autorità, nel riaffermare la propria contrarietà alla previsione di mercati riservati, ha rilevato come nelle poche aree liberalizzate del settore postale l'effettivo svolgimento di dinamiche competitive sia stato ostacolato dalle scelte normative compiute alla fine degli anni '90 che hanno consentito a Poste Italiane, fornitore del servizio universale, di estendere il proprio monopolio in riserva legale anche nelle aree già aperte alla competizione. L'Autorità ha quindi auspicato che interventi pro-competitivi nel settore postale potessero essere inseriti, entro la fine del 2010, nel provvedimento legislativo di recepimento della direttiva 2008/6/CE, che prevede la completa apertura alla concorrenza, eliminando ogni possibilità di mantenere ambiti di mercato riservati.

Nel settore dei trasporti ferroviari, i più rilevanti profili di criticità rilevati dall'Autorità hanno riguardato, da un lato, l'assenza di una chiara distinzione tra settori aperti alla concorrenza e settori che svolgono il servizio pubblico, dall'altro, il numero estremamente ridotto di gare per l'affidamento dei servizi di trasporto regionale in relazione ai quali si è fatto ampio ricorso alla prassi di prevedere delle proroghe alle concessioni di lunga durata. Il risultato di tale situazione è stata la previsione di sussidi pubblici di importo superiore a quelli che sarebbero stati strettamente necessari ad assicurare una efficiente prestazione dei servizi pubblici, condizioni non competitive di offerta e in generale bassi standard qualitativi dei servizi ferroviari.

In tale contesto, dunque, l'Autorità ha auspicato che attraverso la Legge annuale venissero definite in modo chiaro le nuove linee di regolazione del settore attraverso una precisa definizione dell'ambito del c.d. servizio universale, identificando direttrici e servizi meritevoli di contribuzione e distinguendo fra dimensione regionale e interregionale del servizio ferroviario.

La nuova regolazione di settore dovrebbe, inoltre, prevedere l'obbligo di procedere sempre tramite gara all'aggiudicazione della gestione dei servizi di trasporto nelle aree non profittevoli, ad iniziare da quelli regionali, per minimizzare il ricorso ai sussidi pubblici a parità di livelli tariffari e di qualità dei servizi resi.

Una situazione di scarsa concorrenzialità ha altresì caratterizzato i servizi autostradali e aeroportuali, gestiti da concessionari, operanti in regime in monopolio, con livelli di erogazione dei servizi insoddisfacenti. Anche in relazione a tali settori, dunque, l'Autorità ha rilevato la necessità di procedere a selezioni ad evidenza pubblica per l'individuazione del concessionario, e di limitare durata e ambito delle concessioni assentite.

Anche sulle gestioni aeroportuali hanno pesato l'assenza di procedure di gara, mediante sistematici rinnovi di concessioni di durata ingiustificatamente lunga (fino a 40 anni) e l'elevata frammentazione dell'attività regolatoria, in parte svolta dall'ENAC, in parte dal CIPE. Per l'Autorità i corrispettivi

applicati dai gestori agli operatori aeroportuali dovrebbero trovare la loro base unicamente nei costi effettivamente sostenuti per la gestione dell'infrastruttura, essendo altresì necessario rimuovere le disposizioni regolamentari che, mantenendo restrizioni alle capacità operative dei più importanti aeroporti, costituiscono impedimenti all'incremento del numero dei concorrenti.

In conclusione, al fine di assicurare l'effettività di processi riformatori pro-competitivi nei settori dei servizi postali e dei trasporti, l'Autorità ha ritenuto necessario individuare due regolatori caratterizzati da indipendenza ed elevata competenza tecnica; ritenendo anche che, in osservanza dei generali principi di efficienza ed economicità dell'azione amministrativa, sarebbe stato opportuno evitare la proliferazione di organismi di controllo e, quindi, attribuire le suindicate funzioni ad Autorità già esistenti dotate delle caratteristiche richieste di indipendenza e capacità tecnica.

Con riferimento alle riforme pro-concorrenziali nel settore energetico, l'Autorità ha ribadito la necessità di intervenire sul settore della distribuzione dei carburanti, caratterizzato da un grado molto elevato di inefficienza. In particolare, si è sostenuta la possibilità di eliminare alcuni vincoli regolamentari residui (ad esempio, sui limiti di orari, sulla varietà merceologica dei servizi offerti, ecc.) e di promuovere iniziative volte a garantire una maggiore indipendenza, nell'ambito della filiera di settore, tra distributori e produttori.

Nel mercato del gas, per l'Autorità sono apparse necessarie sia la previsione di procedure ad evidenza pubblica per la selezione dei nuovi concessionari della distribuzione, sia procedure di accesso all'attività di stoccaggio, per ridurre i vantaggi del concessionario della coltivazione, rendendo più efficienti e trasparenti le procedure di assegnazione delle nuove concessioni gestite dal Ministero dello sviluppo economico.

Con riferimento alle dinamiche competitive nel settore bancario-assicurativo, il più rilevante profilo di criticità rilevato dall'Autorità è stato quello relativo agli assetti di *governance* delle banche e delle assicurazioni: l'ampia diffusione di legami azionari e personali (*interlocking directorates*) fra operatori concorrenti e la figura ambigua dell'amministratore indipendente sono elementi che concorrono ad ostacolare l'instaurarsi di una reale concorrenza nei mercati dei servizi finali.

Notevoli profili di criticità sono poi stati rilevati dall'Autorità in relazione agli affidamenti pubblici. In particolare, sono state espresse perplessità in riferimento ad alcune recenti modifiche del quadro normativo che, nel dare attuazione alla sentenza 19 maggio 2009, resa nella causa C-538/07, hanno disposto la presentazione di una semplice auto-dichiarazione da parte delle imprese circa il fatto che il rapporto di controllo con altri partecipanti alla gara, laddove esistente, non sia atto a condizionare l'autonomia delle relative offerte (cfr. l'articolo 3 della legge n. 166/2009 di conversione del decreto-legge n. 135/2009). Sul punto, dunque, l'Autorità ha osservato che le disposizioni recentemente introdotte avrebbero potuto aumentare potenzialmente il rischio collusivo rispetto al passato, in

particolare laddove non garantiscono appieno la possibilità per le stazioni appaltanti di svolgere una completa e ponderata valutazione in ordine alla effettiva capacità del rapporto di controllo di influire sulla necessaria autonomia delle offerte.

Da ultimo, alla luce dell'esperienza maturata in molti anni di attività, l'Autorità ha sottoposto al Legislatore alcune proposte di rafforzamento dei poteri di intervento, al fine di accrescere l'efficacia della propria azione amministrativa.

In primo luogo, vista la ricorrente difficoltà di applicazione a livello regionale e locale dei principi pro-concorrenziali stabiliti dalle norme nazionali, con conseguenti effetti discriminatori per le imprese e pregiudizievoli per lo sviluppo dell'economia nazionale, l'Autorità ha auspicato che le sue competenze potessero includere la legittimazione a sollevare, nell'ambito dei procedimenti volti all'accertamento degli illeciti, questioni di legittimità costituzionale della normativa in contrasto con il principio di concorrenza, nonché la facoltà di proporre al Consiglio dei Ministri l'impugnativa delle discipline regionali in contrasto con l'art. 117 della Costituzione.

Inoltre, in ragione della mancata osservanza delle regole concorrenziali nell'azione delle amministrazioni pubbliche, si è auspicato che l'Autorità potesse essere legittimata ad adire il giudice amministrativo, al fine di chiedere l'annullamento degli atti di particolare rilevanza della pubblica amministrazione illegittimi per violazione dei principi e delle norme comunitarie e nazionali a tutela della concorrenza.

L'Autorità ha, infine, auspicato che il Legislatore concentri in capo all'Autorità le competenze in materia di tutela diretta dei consumatori, tra cui in particolare quella volta a inibire in via amministrativa le clausole vessatorie inserite nei contratti di massa e standardizzati, fatta salva la competenza dell'AGO di dichiararne la nullità; introduca, in materia di pubblicità televisiva, la possibilità per il professionista, nel termine perentorio di sette giorni lavorativi dalla comunicazione dell'atto di avvio del procedimento, di proporre ed eseguire impegni idonei a rimuovere i profili di illiceità indicati nell'atto di avvio; preveda sanzioni amministrative per le ipotesi in cui il proprietario del mezzo di diffusione rifiuti senza giustificato motivo di identificarne il committente o di fornire copia della comunicazione commerciale, ovvero fornisca informazioni non corrispondenti al vero; stabilisca che l'acquisizione del parere dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni sia obbligatoria per le sole ipotesi in cui la pratica commerciale esaminata riguardi prodotti e servizi relativi al settore della stampa periodica o quotidiana, ovvero il settore della radiofonia o della televisione, ovvero il settore delle telecomunicazioni; secondo l'Autorità, la stessa dovrebbe inoltre essere esclusa in caso di decisione con impegni.

**ATTIVITÀ SVOLTA DALL'AUTORITÀ AI SENSI DELL'ARTICOLO 23-BIS DEL DECRETO-LEGGE N. 112/08, CONVERTITO NELLA LEGGE N. 133/08 E SUCCESSIVE MODIFICHE**

Nel corso del 2010 è stato completato il quadro normativo in materia di servizi pubblici locali con l'emanazione del decreto del Presidente della



Repubblica 7 settembre 2010, n. 168 recante *Regolamento in materia di servizi pubblici locali di rilevanza economica*, attuativo dell'articolo 23-bis, comma 10, del decreto-legge n. 112/08, convertito dalla legge n. 133/08 e successive modifiche. Tale regolamento, specificando le condizioni e i casi di richiesta del parere all'Autorità *ex* articolo 23-bis comporta alcune rilevanti conseguenze per l'attività istituzionale, sia con riguardo all'individuazione delle soglie oltre le quali è obbligatorio il parere dell'Autorità per l'affidamento *in house* dei servizi pubblici locali, sia per quanto concerne la verifica periodica delle condizioni che giustificano tale genere di affidamento nel settore idrico.

Su un piano generale, il regolamento *de quo* si applica a tutti i servizi pubblici locali di rilevanza economica, fatta eccezione per i servizi di distribuzione del gas naturale, trasporto ferroviario regionale, distribuzione di energia elettrica, gestione delle farmacie comunali (esclusi dal campo di applicazione dell'articolo 23-bis), nonché per i servizi strumentali all'attività o al funzionamento degli stessi enti locali affidanti.

La regola cardine che il regolamento introduce è quella secondo cui la gestione dei servizi pubblici locali deve essere liberalizzata, sia pure compatibilmente con le caratteristiche di universalità e di accessibilità del servizio.

L'unica eccezione alla liberalizzazione dei servizi pubblici locali è ammessa nei casi in cui “*in base ad un'analisi di mercato, la libera iniziativa economica non risulta idonea, secondo criteri di proporzionalità, sussidiarietà orizzontale ed efficienza, a garantire un servizio rispondente ai bisogni della comunità*”: in tale caso il regolamento prevede, al comma 3 dell'articolo 2, che l'Ente affidante debba, tra l'altro, inviare la delibera consiliare all'Autorità “*ai fini della Relazione annuale*”.

Con riguardo alla definizione della soglia oltre la quale l'affidamento diretto di un servizio locale assume rilevanza ai fini dell'espressione del parere dell'Autorità *ex* articolo 23-bis (laddove non sia possibile un utile ricorso al mercato), il regolamento attuativo dispone che detto parere debba essere richiesto quando il servizio oggetto di affidamento supera il valore economico complessivo di 200 mila euro annui.

Alcune previsioni peculiari rispetto a quanto disposto per la generalità dei servizi pubblici locali sono dettate in materia di servizio idrico integrato.

In proposito, il d.P.R. n. 168 ribadisce innanzitutto il principio, già stabilito nell'articolo 23-bis, dell'autonomia gestionale del soggetto gestore, della piena ed esclusiva proprietà pubblica delle risorse idriche e della spettanza esclusiva alle istituzioni pubbliche del governo delle stesse risorse. Dispone, poi, che nella richiesta di parere all'Autorità “*l'ente affidante può rappresentare specifiche condizioni di efficienza che rendono la gestione in house non distorsiva della concorrenza, ossia comparativamente non svantaggiosa per i cittadini rispetto a una modalità alternativa di gestione dei servizi pubblici locali*”, sulla base di una serie di indici di efficienza normativamente predeterminati. L'ente affidante deve valutare annualmente il permanere di tali condizioni di efficienza ed inviare gli esiti di tale verifica all'Autorità; in caso di esito negativo, l'ente locale dovrà procedere, anche su segnalazione

dell'Autorità, alla revoca dell'affidamento diretto.

In aggiunta a tali previsioni che incidono direttamente sull'attività corrente dell'Autorità, il regolamento detta poi anche altre norme di rilievo nella prospettiva concorrenziale.

In particolare, per quanto concerne i bandi di gara per l'affidamento dei servizi pubblici locali, esso introduce una serie di prescrizioni volte a garantire il corretto disegno della procedura ad evidenza pubblica. In tale ottica, il regolamento dispone che il bando di gara deve essere formulato in modo tale da escludere che la disponibilità a qualunque titolo di reti, impianti ed altre dotazioni patrimoniali non duplicabili possa costituire elemento discriminante per la valutazione delle offerte dei concorrenti. Il bando, inoltre, deve indicare la durata dell'affidamento e garantire la proporzionalità dei requisiti tecnici ed economici alle caratteristiche del servizio e una definizione dell'oggetto di gara in grado di favorire la più ampia partecipazione; prevedere l'adozione di carte di servizi ed indicare i criteri per l'individuazione dei beni strumentali e delle loro pertinenze che devono essere trasferiti dal gestore uscente a quello subentrante a titolo gratuito; infine, assicurare che i criteri di valutazione delle offerte siano basati precipuamente su qualità e corrispettivo del servizio, che il socio privato svolga gli specifici compiti operativi connessi alla gestione del servizio, pena il ricorso ad un nuovo affidamento, e che siano previsti criteri di liquidazione del socio privato alla cessazione della gestione.

In tema di separazione tra gestione e controllo, invece, il regolamento prevede un peculiare regime di incompatibilità, in virtù del quale gli amministratori, i dirigenti e responsabili degli uffici o dei servizi dell'ente locale e degli altri organismi esercitanti funzioni di stazione appaltante, di regolazione, di indirizzo e di controllo dei servizi pubblici locali non possono svolgere incarichi inerenti la gestione dei servizi affidati da parte dei medesimi soggetti. Analoghe limitazioni sono previste per i componenti della commissione di gara per l'affidamento della gestione.

In ordine all'attività consultiva svolta dall'Autorità in attuazione dell'articolo 23-*bis*, nel corso del 2010 sono state valutate le relazioni che gli Enti locali hanno l'obbligo di trasmettere ogni volta che intendono fare ricorso all'affidamento diretto della gestione dei servizi pubblici locali. Nello svolgimento di tale attività, l'Autorità ha esaminato complessivamente 46 richieste di parere.

In 15 casi l'Autorità ha ritenuto che non ricorressero i presupposti per l'applicabilità dell'articolo 23-*bis* in quanto i servizi oggetto di affidamento non configuravano servizi pubblici locali di rilevanza economica, ovvero si trattava di richieste di proroghe di affidamenti *in-house* già in essere, non rientranti come tali nel campo di applicazione della norma sopra citata.

In 25 casi, l'Autorità ha rilasciato parere negativo per una varietà di ragioni riconducibili, in linea di massima, all'assenza delle peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento di cui al comma 3 dell'articolo 23-*bis*, ovvero alla

non configurabilità nel caso esaminato del modello dell'affidamento *in house* per mancanza di uno dei requisiti prescritti dalla giurisprudenza comunitaria e nazionale in materia.

In 3 casi, l'Autorità ha ritenuto che i servizi locali considerati fossero inidonei ad incidere in misura apprezzabile sulle condizioni concorrenziali del mercato interessato.

In altri 3 casi, infine, sono state ritenute sussistenti le condizioni per il rilascio del parere positivo. Più specificamente, in un caso l'Autorità ha riscontrato l'effettiva impossibilità per l'ente locale di procedere all'affidamento del servizio mediante procedura competitiva per l'assenza di soggetti interessati ad acquisirne la gestione: la gara infatti previamente espletata a tal fine aveva avuto esito negativo. Negli altri due casi, invece, il parere positivo è stato espresso in considerazione del fatto che le amministrazioni comunali avevano dimostrato la sussistenza delle peculiari condizioni che giustificano la deroga alla regola ordinaria.

Con riferimento invece alle delibere-quadro da trasmettersi all'Autorità da parte degli Enti locali, ai sensi dell'articolo 2, comma 3, del d.P.R. n. 168/10, nei casi in cui essi ritengano, in base ad un'analisi di mercato, che l'apertura dei singoli servizi locali alla libera iniziativa non sia idonea a garantire un servizio rispondente ai bisogni della comunità, nel periodo di riferimento è pervenuto all'Autorità un numero assai ridotto di delibere comunali (2), dato, questo, da imputarsi alla circostanza che il regolamento attuativo dell'articolo 23-*bis* è entrato in vigore negli ultimi mesi del 2010.

Per quanto riguarda i servizi pubblici locali per i quali gli Enti locali hanno ritenuto giustificata la sottrazione al processo di liberalizzazione, si è trattato, rispettivamente, dei servizi di igiene ambientale, del servizio di necroforia ed illuminazione votiva dei cimiteri, del servizio di riscossione coattiva delle entrate tributarie e patrimoniali dell'ente, dei servizi di gestione, accertamento e riscossione dell'imposta di pubblicità, dei diritti di affissione e della tassa di occupazione di spazi ed aree pubbliche.