

3. L'ATTIVITÀ DI PROMOZIONE DELLA CONCORRENZA

Agricoltura e attività maifatturiere

Prodotti agricoli e alimentari

ORGANISMI PRIVATI DI CONTROLLO DELLA QUALITÀ SU PRODOTTI DOP E IGP

Nel febbraio 2011, l'Autorità, ai sensi dell'articolo 22 della legge n. 287/90, ha fornito un parere al Ministro delle Politiche Agricole, Alimentari e Forestali in merito alle modalità di funzionamento degli organismi di controllo della qualità sui prodotti a denominazione di origine protetta (DOP) e a indicazione geografica protetta (IGP).

In particolare il Ministero, anche in considerazione della circostanza che tali organismi operano in regime di monopolio, ai sensi dell'articolo 14 della legge n. 526/99, aveva chiesto se potessero costituire un ostacolo al libero svolgimento della concorrenza: *i)* una composizione della compagine azionaria che prevedesse la partecipazione in altri organismi o in aziende soggette a certificazione; *ii)* lo svolgimento a favore di aziende soggette a certificazione DOP o IGP di servizi diversi e ulteriori rispetto a quelli previsti dalla normativa vigente.

L'Autorità, che si era già espressa sul disegno di legge che aveva condotto all'approvazione della citata previsione normativa, ha preliminarmente ribadito che il principio di esclusività nell'esercizio delle funzioni di certificazione si poneva in contrasto sia con la disciplina comunitaria che con i principi di tutela della concorrenza e di libertà di accesso ai mercati, non risultando peraltro giustificato da alcuna esigenza tecnica legata al procedimento di certificazione o alla necessità di garantire un adeguato livello di qualità.

L'Autorità ha inoltre evidenziato che la commistione, in capo ai medesimi organismi, di attività pubblicistiche relative alla certificazione di qualità delle produzioni DOP e IGP e di attività di natura privatistica (quali l'attività di formazione e/o di rilascio di etichette con ulteriori specificazioni non richieste dalla disciplina in vigore) appariva sicuramente censurabile ai sensi della normativa a tutela della concorrenza, potendo indurre le imprese all'acquisto di servizi non necessari, da un lato, e attenuare la portata stessa del controllo, dall'altro.

Meno problematico sotto il profilo concorrenziale è stato ritenuto il profilo relativo all'eventuale possesso, da parte di un organismo di controllo, di partecipazioni in altri organismi di controllo, purché ciò non comporti una sostanziale perdita di autonomia e di indipendenza degli organismi controllanti. Questi ultimi, invece, secondo il parere dell'Autorità, non dovrebbero detenere partecipazioni azionarie in soggetti giuridici che operano direttamente nella produzione di prodotti sottoposti a certificazione di qualità DOP e/o IGP, venendo completamente meno, in tale ipotesi, il carattere di autonomia, indipendenza e imparzialità dell'organismo controllante nei confronti dei soggetti controllati.

Nel febbraio 2011, l'Autorità ha espresso, ai sensi dell'articolo 22 della legge n. 287/90, le proprie considerazioni al Presidente del Consiglio comunale di Treviso in merito all'applicabilità della disciplina di cui all'articolo 23-*bis* del decreto-legge n. 112/08 all'affidamento di servizi di gestione dei mercati agroalimentari all'ingrosso.

L'Autorità ha osservato come, in conformità con l'orientamento già espresso e limitatamente agli aspetti di natura concorrenziale, l'attività di gestione dei mercati agroalimentari all'ingrosso sia caratterizzata da una mera strumentalità rispetto ai bisogni dell'amministrazione locale e non possa essere qualificata come fornitura di un servizio di rilevanza economica ai cittadini-utenti.

Pertanto, l'Autorità ha ritenuto, conformemente a una recente pronuncia della Corte di Cassazione, SS.UU., del 7 aprile 2010, n. 8225, che il servizio in questione non fosse riconducibile alla categoria dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, di cui all'articolo 23-*bis* del decreto-legge n. 112/08, convertito in legge n. 133/08.

FORMAZIONE DEI PREZZI ALL'INGROSSO NEL SETTORE CUNICOLO

Nell'aprile 2011, a seguito del ricevimento di una serie di denunce concernenti distorsioni della concorrenza nel settore cunicolo, l'Autorità ha formulato alcune osservazioni, ai sensi dell'articolo 22 della legge n. 287/90, ai Presidenti di Camera e Senato, al Presidente del Consiglio e al Ministro delle Politiche Agricole, Alimentari e Forestali.

In particolare, l'Autorità ha sottolineato come la formazione dei prezzi alla produzione, ancora basata su regolamenti improntati a logiche di decentramento delle contrattazioni (Borse merci locali), avrebbe potuto risentire di squilibri nella rappresentatività delle diverse realtà locali e non apparire più compatibile con i principi della concorrenza. Ciò, in particolare, in considerazione delle specificità del mercato cunicolo italiano, caratterizzato da una struttura produttiva disomogenea sul territorio, molto polverizzata e con limitate forme di organizzazione commerciale dell'offerta nelle regioni del Sud, e più concentrata e integrata verticalmente nelle regioni del Nord Italia.

A tale riguardo, l'Autorità ha ricordato come il Piano di intervento per il settore cunicolo definito dal Ministero delle Politiche Agricole Alimentari e Forestali (Mipaf), dell'aprile 2010, volto al rilancio economico e produttivo della filiera, avesse contemplato, tra le linee di intervento individuate, la costituzione di una commissione prezzi unica nazionale (CUN), neutrale e trasparente, con l'obiettivo di modificare il vigente meccanismo di definizione dei prezzi, superando i meccanismi discrezionali delle Borse merci locali già esistenti. A tale Commissione sarebbe stato affidato il compito di formulare indicazioni di prezzo per la settimana successiva sulla base di indici sintetici oggettivi sui fondamentali di mercato (import, export, produzione e andamento dei consumi), piuttosto che sulla base dei prezzi storici delle contrattazioni locali settimanali.

L'Autorità ha ritenuto che tale strumento di politica settoriale, purché non utilizzato dagli operatori per coordinare le proprie strategie future di prezzo,

potesse risultare idoneo a rendere più trasparente e neutrale il meccanismo di definizione dei prezzi alla produzione, superando le logiche squisitamente locali, e introducendo un ancoraggio a indicatori di mercato più oggettivi e una maggiore concorrenzialità nelle contrattazioni. L'Autorità ha quindi auspicato un riesame in senso pro-concorrenziale delle regole in vigore sulle modalità di formazione dei prezzi alla produzione.

REGIONE LOMBARDIA-ACCORDI FILIERA LATTIERO-CASEARIA.

Nel giugno 2011, dando seguito a una richiesta di parere formulata dalla Regione Lombardia in merito alla possibilità di favorire la realizzazione di intese di filiera nel settore lattiero-caseario, l'Autorità ha esposto alcune considerazioni ai sensi dell'articolo 22 della legge 10 ottobre 1990, n. 287.

Preliminarmente, essa ha ricordato come la tematica relativa alle intese di filiera e alla conclusione di contratti-quadro nel settore agro-alimentare fosse già stata oggetto di molteplici interventi da parte dell'Autorità, nei quali era stato ripetutamente rappresentato come la conclusione di accordi interprofessionali non dovesse consentire restrizioni delle dinamiche competitive che non fossero effettivamente necessarie al raggiungimento degli obiettivi agli stessi assegnati, né produrre un'eliminazione della concorrenza nei mercati interessati.

L'Autorità ha quindi ribadito, con specifico riferimento alle previsioni relative alla possibilità di concordare tra le parti i prezzi di cessione e le quantità delle produzioni, come esse fossero suscettibili di influenzare significativamente il comparto agricolo in senso anticoncorrenziale, costituendo, per costante orientamento giurisprudenziale comunitario e nazionale, intese restrittive. D'altro canto, come già sottolineato nei propri precedenti interventi, né la fissazione concordata dei prezzi né la fissazione di tetti quantitativi alla produzione sembravano potersi ritenere restrizioni effettivamente necessarie al raggiungimento degli obiettivi propri delle intese di filiera.

L'Autorità ha infine osservato come la stessa Commissione Europea abbia avuto modo di manifestare un approccio rigoroso nell'applicazione della normativa in materia di concorrenza relativamente al settore agricolo, con particolare riferimento a intese di prezzo poste in essere da associazioni di produttori agricoli, da un lato, e associazioni di distributori o trasformatori dall'altro, ricordando a esempio la Decisione della Commissione Europea del 20 ottobre 2004, Tabacco Grezzo spagnolo. Alla luce delle considerazioni svolte, l'Autorità ha pertanto auspicato che la Regione Lombardia si attenesse al rispetto dei principi richiamati.

Prodotti farmaceutici

NUOVE DISPOSIZIONI IN MATERIA DI FARMACI BIOSIMILARI

Nel marzo 2011, l'Autorità, ai sensi dell'articolo 22 della legge n. 287/90, ha reso un parere ai Presidenti di Senato e Camera, al Presidente della 12^a Commissione permanente - Igiene e Sanità del Senato della Repubblica, al Presidente del Consiglio dei Ministri, al Ministero del Lavoro, della Salute e

delle Politiche Sociali - Settore Salute, e infine ai Presidenti delle Regioni, in merito agli effetti distorsivi della concorrenza derivanti dal DDL n. 1875, recante nuove disposizioni in materia di farmaci biosimilari.

Tali disposizioni prevedevano l'esclusione, nell'ambito dei processi d'acquisto di farmaci biosimilari nelle strutture sanitarie, del principio di equivalenza terapeutica. Ciò impediva alle stazioni appaltanti di predisporre bandi di gara ispirati al principio della sovrapposibilità terapeutica, in cui medicinali biotecnologici e specialità biosimilari venissero posti in concorrenza reciproca in un lotto unico.

L'Autorità ha reputato tale divieto idoneo a restringere in maniera ingiustificata la concorrenza tra le due tipologie di farmaci e comunque non proporzionato all'obiettivo di garantire la tutela della salute pubblica.

A seguito di verifiche effettuate dall'Autorità, è emerso che le peculiarità intrinseche dei farmaci biotecnologici, specialità di riferimento per i biosimilari, rendono perfettamente possibile il confronto concorrenziale tra le due tipologie di farmaci. Infatti, nonostante il farmaco biosimilare non possa risultare una "copia esatta" del prodotto *originator*, a causa delle specifiche caratteristiche del processo produttivo dei farmaci di natura biologica, il suo processo di autorizzazione all'immissione in commercio richiede di dimostrarne la sostanziale equivalenza con il farmaco di riferimento in termini di efficacia, sicurezza e qualità. Non è esclusa, peraltro, la possibilità che il prodotto biosimilare abbia caratteristiche di efficacia e sicurezza anche più elevate rispetto all'*originator*.

L'Autorità ha quindi sottolineato come, anche sulla base della più recente giurisprudenza, potesse considerarsi oramai indiscussa l'appartenenza dei farmaci biosimilari allo stesso mercato rilevante della specialità biologica di riferimento, rendendo evidente il carattere ingiustificatamente restrittivo delle disposizioni contenute nel DDL n. 1875, nella misura in cui esse escludevano invece che potessero individuarsi concrete ipotesi di equivalenza fra i farmaci biotecnologici commercializzati per le medesime indicazioni terapeutiche.

L'Autorità ha auspicato una modifica del DDL esaminato, volta a favorire, nei limiti imposti dalla tutela della salute pubblica, la concorrenza tra farmaci biotecnologici e biosimilari. Ciò attraverso l'adozione, nell'ambito delle procedure a evidenza pubblica per l'acquisto di farmaci biologici, di una disciplina fondata sul criterio della sovrapposibilità terapeutica, pur nel rispetto della continuità terapeutica per i pazienti già in trattamento. L'Autorità ha sottolineato, peraltro, come tale disciplina fosse suscettibile di arrecare apprezzabili risparmi di spesa pubblica, in particolare nella parte di spesa farmaceutica a carico del SSN, ottenibili dalla competizione di prezzo tra i medicinali biosimilari e le specialità biologiche di riferimento.

Altre attività manifatturiere

CONSIP/GARA ARREDI PER UFFICIO

Nel febbraio 2011 l'Autorità ha trasmesso un parere, ai sensi dell'articolo 22 della legge n. 287/90, al Ministro dell'Economia e delle Finanze in merito alla bozza del bando di gara e del relativo disciplinare per la fornitura di arredi di ufficio per le Pubbliche Amministrazioni (Pa), predisposta dalla Concessionaria

Servizi Informatici Pubblici Spa (Consip). La procedura riguardava un appalto pubblico, diviso in nove lotti, per l'acquisto di arredi per ufficio per le esigenze della Pa. In particolare, con riferimento a ciascun singolo lotto, l'appalto aveva a oggetto la stipula di una convenzione per la fornitura di tali arredi e dei servizi connessi e opzionali.

L'Autorità ha ritenuto che in generale tale bozza fosse sostanzialmente conforme agli orientamenti già espressi in materia di bandi di gara predisposti da Consip.

Tuttavia, con riferimento al criterio di aggiudicazione secondo l'offerta economicamente più vantaggiosa, l'Autorità, pur giudicandolo tendenzialmente congruo nel caso di specie, ha ritenuto che sarebbe stato opportuno fornire qualificata motivazione, nei documenti di gara, del criterio di aggiudicazione prescelto, in funzione della natura e delle caratteristiche qualitative dell'oggetto della fornitura.

Inoltre, l'Autorità ha rilevato che le disposizioni della bozza in materia di subappalto non apparivano conformi alle disposizioni del decreto legislativo n. 163/06 (come novellato dalla legge n. 166/09), laddove le prime stabilivano che il divieto di subappalto nei confronti di imprese singolarmente in grado di soddisfare i requisiti di partecipazione non operava tra imprese controllate o collegate ai sensi del Codice civile e - comunque - tra imprese rappresentanti, ai fini della partecipazione alla gara, un unico centro direzionale.

Energia elettrica e gas naturale

Energia elettrica

BANDO DI GARA PER LA FORNITURA DI ENERGIA PER GLI IMMOBILI ADIBITI AD USO SANITARIO NELLE PUBBLICHE AMMINISTRAZIONI

Nel gennaio 2011, l'Autorità, a seguito del ricevimento della relativa richiesta, ha espresso al Ministero dell'Economia e delle Finanze e a Consip Spa, ai sensi dell'articolo 22 della legge n. 287/90, le proprie considerazioni sulla schema del bando di gara per l'affidamento di un multiservizio tecnologico integrato con fornitura di energia per gli immobili a uso sanitario delle Pubbliche Amministrazioni.

Sulla base della documentazione concernente la gara che il Ministero intendeva bandire tramite Consip Spa, l'Autorità ha riscontrato che il contenuto del Bando e il relativo Disciplinare risultavano sostanzialmente in linea con gli orientamenti espressi nei precedenti pareri e nelle proprie segnalazioni. Tuttavia, 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 "*Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture*", come novellato dall'articolo 3, comma 1, della legge n. 166/2009, laddove espressamente stabilivano che il divieto di subappalto non avrebbe operato "*tra imprese controllate o collegate ai sensi dell'articolo*

2359 del codice civile, e comunque tra imprese che rappresentano, ai fini della partecipazione alla gara, un unico centro decisionale”.

PROMOZIONE DELL'USO DELL'ENERGIA DA FONTI RINNOVABILI - ATTUAZIONE DELLA DIRETTIVA 2009/28/CE

Nel febbraio 2011, l'Autorità ha trasmesso, ai sensi dell'articolo 21 della legge n. 287/90, al Presidente della X^o Commissione (Industria, commercio e turismo) del Senato alcune osservazioni in merito alle possibili distorsioni della concorrenza derivanti dall'articolo 23, comma 4, dello schema di decreto legislativo “Attuazione della direttiva 2009/28/CE sulla promozione dell'uso dell'energia da fonti rinnovabili, recante modifica e successiva abrogazione delle direttive 001/77/CE e 2003/30/CE”.

La norma prevedeva l'annullamento nel 2015 della quota d'obbligo di cui all'articolo 11, comma 1, del decreto legislativo n. 79/99 e, quindi, del protrarsi, fino a tale anno, del regime di incentivazione basato sui c.d. “Certificati Verdi”. Il citato decreto n. 79/99 ha imposto ai produttori e agli importatori di energia elettrica non rinnovabile, a esclusione degli impianti cogenerativi, l'obbligo di immissione in rete di energia elettrica rinnovabile per una determinata quota della produzione da fonte non rinnovabile, da comprovare attraverso la presentazione di Certificati Verdi.

Tale obbligo avrebbe avuto un effetto neutrale sulla concorrenza tra generatori se la distribuzione tra di essi delle quote di produzione esenti fosse stata simmetrica o lo fosse diventata nel tempo. L'Autorità ha osservato tuttavia che ciò non era avvenuto, e che quindi il costo dell'incentivazione attraverso Certificati Verdi era risultato distribuito tra gli operatori in modo da rispecchiare le dotazioni iniziali di impianti a fonte rinnovabile o cogenerativi, piuttosto che l'efficienza del parco di generazione di ciascun produttore e i successivi investimenti in generazione da fonte rinnovabile. Poiché la distribuzione delle quote tra i generatori era risultata essere asimmetrica, il meccanismo dei Certificati Verdi aveva prodotto come effetto nel complesso uno spiazzamento delle offerte dei produttori con una minore dotazione di risorse esenti dall'obbligo di acquisto e una riduzione del costo del capitale a favore degli operatori con una maggiore dotazione di capacità di generazione esente.

Secondo quanto previsto dalla direttiva UE n. 29/2009, a partire dal 1^o gennaio 2013 i diritti di emissione di CO₂ verranno assegnati a titolo oneroso alle imprese che generano elettricità, attraverso apposite aste i cui proventi affluiranno agli Stati Membri. Tali proventi dovranno essere utilizzati almeno per il 50% per finanziare iniziative volte a contrastare il cambiamento climatico e le sue conseguenze, tra cui la riduzione delle emissioni di gas serra e lo sviluppo delle energie rinnovabili. Gli impianti di generazione elettrica a fonte rinnovabile saranno tenuti a pagare diritti di emissione molto modesti se non nulli. Per tale ragione, l'Autorità ha osservato che, stante la diseguale distribuzione degli impianti alimentati a fonte rinnovabile (ivi inclusi i grandi impianti idroelettrici) tra i produttori di energia elettrica, l'assegnazione a titolo oneroso dei diritti di emissione di CO₂ presentava gli stessi profili di potenziale

distorsione della concorrenza nel mercato della generazione e vendita all'ingrosso dell'energia elettrica evidenziati per i Certificati Verdi.

L'Autorità ha rilevato che, qualora la quota d'obbligo fosse stata annullata nel 2015 come previsto dallo schema di decreto, vi sarebbero stati due anni - il 2013 e il 2014 - in cui il sistema dei Certificati Verdi e l'acquisto a titolo oneroso dei diritti di emissione di CO₂ avrebbero convissuto, esaltando, quindi, le evidenziate distorsioni della concorrenza. L'effetto congiunto di queste penalizzazioni ambientali avrebbe potuto compromettere la stabilità finanziaria degli operatori elettrici di medie dimensioni, con un parco di generazione efficiente formato in larga misura da cicli combinati alimentati a gas naturale di recente costruzione e avrebbe potuto, quindi, causare un aumento di concentrazione del mercato e una riduzione della concorrenza. L'azzeramento della quota d'obbligo nel 2013 (ossia la decadenza dell'obbligo di acquisto dei Certificati Verdi a partire dal 1° gennaio 2013), invece, avrebbe potuto evitare l'ulteriore distorsione della concorrenza evidenziata, non comportando, peraltro, maggiori oneri per i consumatori di energia elettrica della soluzione prevista dal decreto nel lungo periodo, e determinando viceversa un significativo risparmio nel 2012-2014. In aggiunta, tale azzeramento, andando da subito a ridurre la componente ambientale sul prezzo all'ingrosso dell'energia elettrica, avrebbe potuto comprimere il differenziale tra il prezzo all'ingrosso dell'energia italiano e quello medio europeo, con benefici effetti sulla competitività dell'intero sistema economico italiano.

L'Autorità ha quindi auspicato che la Commissione parlamentare suggerisse nel proprio parere all'Esecutivo una revisione della norma sul regime transitorio relativo ai Certificati Verdi nel senso di una anticipazione al 2013 dell'azzeramento della quota d'obbligo, al fine di non introdurre ulteriori distorsioni nel mercato della generazione e vendita all'ingrosso di energia elettrica a seguito della sovrapposizione tra il sistema dei Certificati Verdi e l'acquisto a titolo oneroso dei diritti di emissione di CO₂.

L'Autorità ha auspicato, inoltre, che tale proposta di revisione venisse formulata tenendo conto delle risorse provenienti dalle aste per l'assegnazione di CO₂, che potevano essere utilizzate non solo per finanziare lo sviluppo delle rinnovabili, ma anche per contenere l'onere sugli utilizzatori finali di energia elettrica.

COMUNE DI AVIGLIANA (TO) - GESTIONE DELL'ILLUMINAZIONE PUBBLICA

Nel febbraio 2011, l'Autorità ha reso, ai sensi dell'articolo 22 della legge n. 287/90, un parere al Comune di Avigliana (TO) relativamente all'affidamento del servizio di gestione dell'illuminazione pubblica, segnatamente in relazione alla possibilità, nel contesto della normativa vigente, di mettere a gara la concessione a fronte del possesso degli impianti di illuminazione da parte del concessionario uscente.

L'Autorità ha in primo luogo precisato che non rientrava tra i propri compiti istituzionali fornire un'interpretazione autentica delle norme vigenti o sostituirsi alla giurisprudenza amministrativa. Tuttavia, considerata la *ratio* proconcorrenziale ispiratrice della recente normativa in tema di liberalizzazione

dei servizi pubblici locali, l'Autorità, pur senza esprimere valutazioni in merito alle concrete fattispecie, ha ritenuto opportuno fornire orientamenti di carattere generale al fine di agevolare gli enti locali nell'applicazione della nuova disciplina.

In tale ottica, l'Autorità ha rilevato che il servizio di illuminazione pubblica era un servizio pubblico locale di rilevanza economica e, in quanto tale a esso erano applicabili le disposizioni di cui all'articolo 23-*bis* del decreto-legge n. 112/2008, convertito nella legge n. 133/2008.

In merito al quesito specifico posto dall'Amministrazione richiedente, l'Autorità ha osservato che la giurisprudenza più recente si era espressa nel senso di ritenere sussistente in capo agli enti locali l'astratta possibilità di riscattare la proprietà degli impianti di illuminazione pubblica e che, nel caso in cui l'ente locale non intendesse o non potesse sostenere economicamente il riscatto, non era comunque negata la possibilità per tale ente di indire la gara per il riaffidamento del servizio pubblico anche nell'ipotesi in cui gli impianti fossero in parte o integralmente di proprietà di soggetti terzi.

In proposito, infatti, l'articolo 10 del d.P.R. 7 settembre 2010, n. 168, laddove disciplinava la cessione dei beni in caso di subentro, prevedeva espressamente che, nei casi in cui i beni strumentali alla gestione del servizio non fossero stati interamente ammortizzati, il gestore subentrante corrispondesse al precedente gestore un importo pari al valore contabile originario non ancora ammortizzato, al netto di eventuali contributi pubblici direttamente riferibili agli stessi, essendo il relativo importo indicato nel bando di gara o nella lettera di invito relativi alla gara per l'affidamento del servizio.

Sulla base di ciò, l'Autorità ha concluso che gli enti locali non erano costretti a sostenere l'eventuale indennizzo da pagare al gestore uscente, potendolo indicare nel bando di gara come importo di cui si sarebbe dovuto fare carico il vincitore della gara.

MERCATO INTERNO DELL'ENERGIA - DECRETO LEGISLATIVO DI RECEPIMENTO DEL TERZO PACCHETTO DIRETTIVE EUROPEE

Nel marzo 2011, l'Autorità, ai sensi dell'articolo 22 della legge n. 287/90, ha formulato alcune osservazioni al Presidente del Senato, al Presidente della Camera, al Presidente del Consiglio dei Ministri, al Ministro dello Sviluppo Economico, al Ministro per i Rapporti con le Regioni e per la Coesione Territoriale, 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 attuazione di tre direttive comunitarie: *i*) la direttiva 2009/72/CE - relativa a norme comuni per il mercato interno dell'energia elettrica - che abroga la direttiva 2003/54/CE, *ii*) la direttiva 2009/73/CE - relativa a norme comuni per il mercato interno del gas naturale - che abroga la direttiva 2003/55/CE, e *iii*) la direttiva 2008/92/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 22 ottobre 2008 concernente una procedura comunitaria sulla trasparenza dei prezzi al consumatore finale industriale di gas ed energia elettrica.

In particolare, l'Autorità ha ritenuto che alcune specifiche previsioni presentavano criticità di natura concorrenziale e potevano non consentire il pieno esplicarsi degli effetti di aumento della competitività dei sistemi nazionali del gas e dell'energia che il decreto stesso perseguiva.

Le modalità di individuazione delle “infrastrutture coerenti con la strategia energetica nazionale”

All'articolo 3 dello schema di decreto era previsto che un decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri - su proposta del Ministero dello Sviluppo Economico (MSE), sentita la Conferenza Unificata - individuasse le necessità minime di realizzazione e ampliamento di impianti di produzione di energia elettrica, di rigassificazione di gas naturale liquefatto (gnl), di stoccaggio di gas naturale e di stoccaggio di prodotti petroliferi e delle relative infrastrutture di trasmissione e di trasporto di energia e di interconnessione con l'estero. Gli impianti e le infrastrutture minime necessari venivano individuati con riferimento a “grandi aree territoriali” e a un “adeguato periodo temporale”, tenendo conto della loro effettiva “realizzabilità nei tempi previsti”, al fine di conseguire gli “obiettivi di politica energetica nazionale” e di assicurare “sicurezza, economicità e concorrenza nelle forniture di energia”. In favore dei soli impianti e infrastrutture così individuati, per via amministrata e con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, venivano poi introdotte delle specifiche misure asimmetriche, di maggior favore: *i)* le amministrazioni interessate a qualunque titolo nelle procedure amministrative di autorizzazione dovevano attribuire a tali impianti e infrastrutture priorità e urgenza; *ii)* i medesimi impianti e infrastrutture erano dichiarati di pubblica utilità, nonché urgenti e indifferibili; *iii)* della inclusione di tali impianti e infrastrutture tra quelli necessari si doveva tenere conto anche in sede di concessione di una eventuale esenzione dal diritto di accesso dei terzi; *iv)* infine, era previsto il mantenimento in via prioritaria per tali impianti e infrastrutture delle misure di agevolazione esistenti.

Pur nella consapevolezza che la norma in questione si inquadrava all'interno del legittimo potere dell'Esecutivo di delineare la politica energetica del Paese, l'Autorità ne ha sottolineato i possibili effetti discriminatori, evidenziando come nello specifico settore del gas fossero già stati resi pubblici negli anni più recenti numerosi progetti di nuove infrastrutture in concorrenza tra loro sia da parte dell'*incumbent* Eni che dei nuovi entranti; e che in tale contesto, qualsiasi scelta di tipo amministrativo finalizzata a individuare esogenamente un sottogruppo di progetti destinato ad avere una sorta di “corsia preferenziale” rispetto agli altri sia con riferimento all'iter autorizzativo sia alla incentivazione tariffaria appariva critica sotto il profilo concorrenziale.

L'Autorità ha pertanto ritenuto che la previsione citata poteva portare ad assetti del settore del gas naturale e dell'energia elettrica non efficienti dal punto di vista della selezione dei progetti industrialmente e concorrenzialmente migliori, e ha auspicato la modifica dello schema di decreto, con la previsione che il Governo, in sede di prima applicazione della norma, procedesse non tanto a individuare singoli impianti e infrastrutture minime necessarie a raggiungere i propri obiettivi, quanto a rendere noto al mercato le esigenze minime per singola

tipologia di impianto e infrastruttura, suddivise per grandi aree territoriali e specificando anche la tempistica desiderata per l'ottenimento dell'obiettivo.

La disciplina inerente i membri dell'Organo di sorveglianza nel modello del "Gestore di trasporto indipendente"

Al fine di realizzare la separazione tra Eni e Snam Rete Gas, il Governo italiano ha scelto il modello del Gestore di trasporto indipendente (GTI), soluzione prevista dalla direttiva "gas" (insieme alla separazione proprietaria e al gestore di sistema indipendente) per garantire una separazione effettiva della rete di trasporto dall'impresa verticalmente integrata, purché assistita da "[...] specifiche disposizioni supplementari".

Tra le specifiche disposizioni supplementari finalizzate a rafforzare l'indipendenza dell'amministrazione e del personale del GTI dall'impresa verticalmente integrata, lo schema di decreto introduceva un nuovo organo societario, il c.d. Organo di Sorveglianza, con compiti di delibera su decisioni strategiche della gestione ordinaria della società, e in relazione alla cui *governance* Eni avrebbe continuato a nominare almeno la metà più uno dei membri. In proposito, l'Autorità ha auspicato che si rafforzasse, rispetto a quanto previsto dallo schema di decreto, l'indipendenza di tale organo nella direzione di un maggiore equilibrio nella sua *governance* a favore di soggetti il più possibile indipendenti dall'impresa verticalmente integrata, cioè l'Eni.

Mantenimento delle attività regolate dell'impresa verticalmente integrata sotto il controllo diretto e nella proprietà del Gestore di trasporto indipendente

L'Autorità ha ricordato che a seguito di una recente ristrutturazione del gruppo Eni, risultavano sotto il controllo di Snam Rete Gas tutte le attività regolate nel gruppo Eni nel settore del gas. Snam Rete Gas deteneva, in particolare, il controllo del 100% del capitale sociale di Italgas (attiva nella distribuzione di gas), di Stogit (attiva nello stoccaggio di gas) e di GNL Italia (attiva nella rigassificazione di gnl).

Al riguardo, poiché nel passato erano stati riscontrati problemi sotto il profilo concorrenziale nel settore del gas per mancato investimento nelle infrastrutture o discriminazione nell'accesso con riguardo proprio alle attività di stoccaggio, di rigassificazione e distribuzione del gas, l'Autorità ha ritenuto che poteva essere appropriato introdurre una misura specifica per evitare che le attività di stoccaggio, rigassificazione e distribuzione, in quel momento sotto il controllo diretto e nella proprietà del gestore maggiore di trasporto (Snam Rete Gas), potessero essere nuovamente trasferite sotto il diretto controllo e nella proprietà dell'impresa verticalmente integrata Eni.

Le competenze attribuite all'Autorità con riguardo alla separazione dei proprietari dei sistemi di trasporto e dei gestori dei sistemi di trasporto

Lo schema di decreto introduceva una nuova competenza dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato in base alla quale, decorsi cinque anni dall'entrata in vigore del decreto, essa sarebbe stata chiamata ad avviare una

indagine conoscitiva sul modello di separazione adottato per poi comunicarne i dati al Parlamento, all'AEEG e al MSE, al fine di verificare l'esistenza di eventuali comportamenti discriminatori con particolare riferimento all'accesso di terzi alla rete e alle decisioni relative agli investimenti.

L'Autorità ha osservato che la disciplina appariva mutuata in qualche misura dalle norme della direttiva “gas” che attribuiscono in capo alla Commissione Europea analoghi compiti di relazione al Parlamento Europeo e al Consiglio sulla piena ed effettiva indipendenza nella gestione della rete da parte dei GTI dei diversi paesi membri; in proposito, l'Autorità ha tuttavia rilevato uno sfasamento temporale tra la verifica prevista in capo alla Commissione (2013) e quella che lo schema di decreto affidava all'Autorità (2016), e ha auspicato una modificazione della norma al fine di rendere quest'ultimo termine coerente con il primo.

L'Autorità ha auspicato, inoltre, che nello schema di decreto venisse specificato che erano espressamente fatti salvi i poteri e le attribuzioni dell'Autorità di cui alla legge n. 287/90 e al Regolamento n. 1/2003, ovvero la possibilità di intervenire sempre e comunque per le fattispecie di abuso di posizione dominante e intese restrittive della concorrenza. Ciò al fine di evitare ogni ambiguità circa il fatto che il potere dell'Autorità nei primi cinque anni di vita del GTI potesse essere limitato alla sola verifica tramite lo strumento dell'indagine conoscitiva.

L'applicazione di condizioni “negoziate” per l'accesso allo stoccaggio di modulazione da destinarsi al soddisfacimento delle esigenze dei clienti non domestici

L'articolo 27 dello schema di decreto prevedeva, tra l'altro, l'assegnazione dello stoccaggio di modulazione al soddisfacimento prioritario delle esigenze clienti civili e dei clienti non civili con consumi inferiori a 50.000 metri cubi annui di gas naturale, il mantenimento dello stesso nell'ambito del regime regolato, nonché l'allocazione del rimanente stoccaggio di modulazione anche a clienti industriali e termoelettrici in regime negoziato. A parere dell'Autorità, in presenza di un monopolio di fatto difficilmente contendibile nell'attività di stoccaggio del gas da un lato, e di un mercato di bilanciamento del gas naturale non ancora avviato dall'altro, nonché di una persistente concentrazione in capo al gruppo Eni delle risorse di flessibilità nell'importazione di gas, ragioni di efficienza allocativa rendevano auspicabile che si mantenesse un regime di accesso regolato a tutta la capacità di stoccaggio disponibile e per ogni tipo di utilizzo, anche attraverso la realizzazione di procedure concorsuali per l'allocazione della capacità organizzate dal regolatore che riconoscano all'operatore di stoccaggio solo la remunerazione dei costi. In tal modo sarebbe stato possibile far emergere il prezzo della capacità di stoccaggio e, al tempo stesso, impedire che l'operatore di stoccaggio godesse di una rendita di monopolio.

Alcune misure riguardanti il settore della vendita al dettaglio

L'Autorità infine ha espresso un giudizio favorevole sulle norme contenute all'articolo 7, comma 4, lettera a) e all'articolo 35, comma 3, lettera a) dello

schema di decreto volte a favorire lo sviluppo della concorrenza nella vendita al dettaglio di gas ed elettricità, pur rilevando un'ambiguità della norma nella parte in cui questa prevedeva che il cambio di operatore avvenisse entro tre settimane dalla richiesta del cliente, con la conseguente necessità di modificarla nel senso di prevedere esplicitamente che tale termine dovesse valere per il completamento di tutte le fasi necessarie per il suddetto cambio dall'accettazione della proposta alla comunicazione al nuovo fornitore della lettura di *switching*.

Con specifico riferimento al settore del gas, l'Autorità ha rilevato che la norma contenuta all'articolo 27, comma 2, dello schema di decreto, prevedendo l'assegnazione prioritaria dello stoccaggio di modulazione ai clienti civili e a quelli non civili con consumi fino a 50.000 metri cubi annui, appariva implicitamente modificare il perimetro degli obblighi di servizio pubblico dai soli clienti civili anche ai piccoli clienti industriali, in contrasto con l'obiettivo di mantenimento dello spazio di tutela ai soli clienti effettivamente vulnerabili che, a parere dell'Autorità, erano i soli clienti civili.

L'Autorità ha poi ritenuto, alla luce della maggiore concorrenzialità del mercato all'ingrosso dell'elettricità rispetto a quello del gas naturale, che le peculiari caratteristiche del regime di tutela esistente nel settore elettrico italiano potessero essere gradualmente modificate con il progredire della liberalizzazione e, quindi, del passaggio dei consumatori domestici al mercato libero, superando il criterio dell'assegnazione *ex-lege* a un regime di tutela a prezzi regolati al fine di valorizzare la scelta da parte del cliente finale del proprio fornitore e del prezzo di fornitura.

Per quanto attiene alla possibilità per il MSE di intervenire con propri provvedimenti e atti di indirizzo per adeguare le modalità di erogazione del regime di tutela, in particolare per i clienti industriali, l'Autorità ha ritenuto che, qualora la norma avesse voluto essere utilizzata per estendere ulteriormente il perimetro del regime di tutela a clienti industriali in quel momento fuori dallo stesso, ci si sarebbe trovati di fronte, oltre che alla grave violazione del principio di fissazione delle tariffe elettriche da parte di un'autorità di regolazione indipendente, anche a una violazione del principio di non reversibilità della scelta di liberalizzazione del mercato elettrico compiuta ormai nel 2007.

L'Autorità ha auspicato un progressivo superamento del regime di tutela come allora configurato. Nell'immediato, tuttavia, per garantire lo svolgimento di una corretta concorrenza nei mercati al dettaglio, ha ritenuto necessario evitare che le imprese che non avevano separato societariamente le due attività di vendita di energia elettrica potessero godere di ingiustificati vantaggi competitivi, con particolare riferimento all'accesso a informazioni commerciali vantaggiose e al rapporto con il cliente finale.

PROVINCIA DI ENNA - SERVIZIO DI SUPPORTO ALL'ATTIVITÀ AMMINISTRATIVA PER LA REALIZZAZIONE DI IMPIANTI FOTOVOLTAICI

Nel giugno 2011, l'Autorità ha espresso alla Provincia di Enna alcune considerazioni, ai sensi dell'articolo 22 della legge n. 287/90, in merito alla qualifica da attribuire al servizio di supporto all'attività amministrativa per la realizzazione di impianti fotovoltaici nell'ambito del progetto "Enna Provincia

Solare - 3000 tetti verdi”, nonché al servizio di verifica della funzionalità degli impianti termici.

L’Autorità ha, in primo luogo, sottolineato come i due servizi in questione fossero da considerarsi riconducibili alle attività strumentali di supporto all’attività amministrativa della Provincia, e non alla categoria dei servizi pubblici locali. L’Autorità ha inoltre rilevato che, conformemente alle previsioni di cui all’art. 13 della legge 248/2006 in materia di “società strumentali”, lo statuto di APEA (Agenzia Provinciale per l’Energia e l’Ambiente), società interamente pubblica controllata dalla stessa Provincia, conteneva previsioni atte a garantire l’esclusività dell’oggetto sociale, in quanto espressamente escludevano che tale società potesse fornire servizi a favore di altri enti pubblici e/o di soggetti privati, nonché la cedibilità di quote del capitale sociale a soggetti privati.

Con specifico riferimento alla possibilità di affidare direttamente ad APEA ulteriori servizi, non meglio specificati, da parte dei soggetti pubblici partecipanti, l’Autorità ha osservato che, come peraltro riconosciuto dalla giurisprudenza, l’imposizione di un oggetto sociale esclusivo non poteva comunque tradursi in un obbligo di mono-attività delle società strumentali. La società poteva svolgere, dunque, altre attività purché queste fossero riconducibili alla categoria dei servizi strumentali, e sempre laddove avesse mantenuto le caratteristiche di società strumentale previste dalla normativa vigente.

Infine, l’Autorità ha manifestato perplessità in ordine al protocollo d’intesa che, nell’ambito del citato progetto, affidava unicamente a Enel Green Power Spa l’installazione di 3000 impianti fotovoltaici nel territorio della Provincia in assenza di qualsivoglia confronto concorrenziale. Pertanto, l’Autorità ha invitato la Provincia a procedere a un’adeguata pubblicizzazione dell’iniziativa in questione al fine di consentire a eventuali ulteriori imprese interessate di partecipare alla stessa come partner industriali, in concorrenza tra loro.

REGIONE AUTONOMA DELLA VALLE D’AOSTA - INTERVENTI REGIONALI A SOSTEGNO DEI COSTI DELL’ENERGIA ELETTRICA PER LE UTENZE DOMESTICHE

Nell’agosto 2011, l’Autorità ha trasmesso, ai sensi dell’articolo 21 della legge n. 287/1990, alcune osservazioni al Presidente della Regione Valle d’Aosta, al Presidente del Consiglio regionale della Valle d’Aosta, al Ministro per gli Affari regionali e al Ministro per lo Sviluppo economico in merito alle distorsioni concorrenziali derivanti dalle modalità di applicazione dell’agevolazione concessa dalla Regione Valle d’Aosta ai clienti domestici residenti per l’acquisto dell’energia elettrica, prevista dalla legge regionale 15 febbraio 2010, n. 4³¹.

Tale normativa prevedeva, per tutte le società esercenti la vendita di energia elettrica che avessero stipulato con la Regione una specifica Convenzione, il rimborso di uno sconto, direttamente praticato in bolletta a favore delle famiglie

³¹ Legge regionale 15 febbraio 2010, n. 4, contenente “Interventi regionali a sostegno dei costi dell’energia elettrica per le utenze domestiche. Modificazione alla legge regionale 18 gennaio 2010, n. 2”.

residenti, pari al 30% sulla componente PED della tariffa definita dall'Autorità per l'energia elettrica e il gas per il servizio di maggior tutela. La sottoscrizione della Convenzione implicava per gli operatori una serie di oneri *ex-ante* e *ex-post* concernenti, rispettivamente, la modifica del sistema di fatturazione al fine di riportare in bolletta il totale dello sconto applicato a ciascun cliente, e una gestione della fase post-vendita piuttosto complessa, consistente in una rendicontazione di dettaglio alla Regione sugli sconti praticati.

Nel corso dell'istruttoria relativa all'acquisizione del controllo delle società Deval Spa e Vallenergie Spa da parte di CVA-Compagnia Valdostana delle Acque Spa, l'Autorità aveva ritenuto che tale Convenzione configurasse una barriera significativa all'accesso al mercato domestico della vendita di energia elettrica in Valle d'Aosta, in particolar modo per le società operanti a livello nazionale. Per queste ultime, infatti, l'adeguamento dei software gestionali nonché gli oneri burocratici necessari per la concreta applicazione di tale Convenzione costituivano un costo di ingresso eccessivo rispetto alla dimensione del bacino di utenti valdostano. A dimostrazione di ciò, unicamente operatori locali avevano sottoscritto la menzionata Convenzione, beneficiando del vantaggio competitivo derivante dall'applicazione dello sconto del 30% sulla tariffa, vantaggio non replicabile dagli operatori nazionali.

Pertanto, al fine di far venir meno tali effetti distorsivi della concorrenza, l'Autorità ha auspicato una modifica delle modalità applicative dell'agevolazione concessa dalla Regione, nel senso di evitare l'imposizione di oneri aggiuntivi in capo ai concorrenti delle società di vendita locali. Al riguardo, è stata qualificata come misura idonea a rimuovere un rilevante ostacolo alla contendibilità dei mercati valdostani della vendita al dettaglio di energia elettrica la previsione da parte della Regione di modalità alternative per la concessione dell'agevolazione, quali, a titolo esemplificativo, la stipula di convenzioni con istituti bancari per l'abilitazione a liquidare direttamente ai consumatori l'importo dell'agevolazione, a fronte della presentazione della bolletta. Nell'ottobre 2011, recependo le indicazioni dell'Autorità, la Regione ha adottato una nuova normativa³² con la quale ha provveduto a modificare la precedente modalità di corresponsione dello sconto per l'acquisto di energia elettrica a favore dei clienti domestici residenti. In particolare, la nuova legge stabilisce che i cittadini residenti possano beneficiare dello sconto senza intermediazioni procedurali da parte delle società venditrici. Infatti, da un lato, i residenti che attiveranno un nuovo contratto di fornitura, interessati all'applicazione dello sconto, dovranno inoltrare direttamente alla Regione la domanda di accesso al contributo. Dall'altro lato, la Regione provvederà a calcolare, sulla base dei dati di consumo mensile comunicati dalle società di distribuzione, lo sconto applicabile, provvedendo, per il tramite della società finanziaria regionale, Finaosta Spa, all'erogazione del contributo direttamente

³² Legge regionale 24 ottobre 2011 n. 24, recante modificazioni alla legge regionale 15 febbraio 2010, n. 4, contenente "Interventi regionali a sostegno dei costi dell'energia elettrica per le utenze domestiche. Modificazione alla legge regionale 18 gennaio 2010, n. 2".

al richiedente. Gli oneri derivanti dalle attività di elaborazione e di trasmissione dei dati di consumo da parte delle società di distribuzione saranno interamente posti a carico del bilancio regionale.

MODALITÀ DI ALIENAZIONE DELLE PARTECIPAZIONI AZIONARIE DI ENEL IN EUROGEN, ELETTOGEN E INTERPOWER

Nel novembre 2011, l'Autorità ha inviato una segnalazione ai sensi degli articoli 21 e 22 della legge n. 287/90 al Presidente del Senato, al Presidente della Camera, al Presidente del Consiglio dei Ministri, al Ministro dell'Economia e delle Finanze e al Ministro dello Sviluppo Economico Infrastrutture e Trasporti, relativamente agli effetti anticoncorrenziali della violazione, da parte di alcuni operatori attivi nel mercato italiano della generazione elettrica, di quanto previsto nel D.P.C.M. 8 novembre 2000, "*Modalità di alienazione delle partecipazioni azionarie di Enel S.p.A. in Eurogen Spa, Elettrogen S.p.A. e Interpower S.p.A.*" Tale normativa limitava al 30%, per un periodo di almeno cinque anni dall'alienazione delle quote societarie, la misura della partecipazione di enti pubblici o imprese pubbliche, italiani o esteri, nelle società create da Enel Spa in ottemperanza a quanto disposto dall'articolo 8, comma 1, del decreto legislativo 16 marzo 1999, n. 79 (c.d. Genco).

Con una precedente segnalazione del 2006, l'Autorità aveva già formulato osservazioni in ordine alle distorsioni del funzionamento di mercato che potevano derivare tanto dalla inottemperanza agli obblighi imposti, sia dalla medesima formulazione del citato d.PCM. In particolare, a seguito dell'operazione di concentrazione, realizzata nel 2005 a livello comunitario, con cui Electricité de France Sa e AEM Spa (ora A2A Spa) controllata dal Comune di Milano, avevano acquisito, attraverso un'impresa comune, il controllo congiunto di Edison Spa (di seguito, Edison) in misura del 50% ciascuna, il limite disposto dal citato d.PCM 8 novembre 2000 era stato superato. Edison, infatti, deteneva il controllo di Edipower Spa (già, Eurogen) e, quindi, il controllo delle imprese pubbliche sopra citate in Eurogen (ora Edipower Spa) aveva ampiamente superato il 30%.

L'Autorità aveva altresì osservato come la normativa in questione, fra le altre cose, non prevedesse sanzioni in caso di violazione del limite imposto, e che l'indicazione del termine di cinque anni non fosse accompagnato da nessuna successiva verifica di permanenza delle condizioni che ne avevano giustificato l'introduzione.

A distanza di oltre cinque anni dalla propria precedente segnalazione, l'Autorità ha osservato che la violazione delle norme di cui al d.PCM citato in relazione alla titolarità del capitale sociale di Edipower aveva determinato un consolidamento della posizione di alcuni operatori nel mercato italiano della generazione elettrica, con ciò creandosi distorsioni della concorrenza in suddetto mercato, in quanto i soggetti controllati da enti pubblici che avevano rispettato tale limite avevano dovuto perseguire politiche di espansione fondate esclusivamente sulla crescita interna, con effetti pregiudizievoli sugli assetti di mercato esistenti e futuri. L'Autorità ha, altresì, auspicato che non venissero più posti limiti alla partecipazione al capitale sociale di imprese industriali.

Nel dicembre 2011, l'Autorità ha trasmesso, ai sensi dell'articolo 21 della legge n. 287/90, ai Presidenti della Camera e del Senato, al Presidente del Consiglio, al Ministro dell'Industria e al Presidente della X° Commissione (Industria, commercio e turismo) del Senato alcune osservazioni in merito alle possibili distorsioni della concorrenza derivanti dalla disciplina dei sistemi di distribuzione chiusi.

L'Autorità ha rilevato l'esistenza di due tipi di reti di distribuzione dell'energia elettrica: le reti con obbligo di connessione di terzi - le c.d. reti pubbliche di distribuzione, esercite in concessione da soggetti sottoposti alla regolamentazione dell'Autorità per l'Energia Elettrica e il Gas - e le reti senza obbligo di connessione di terzi, di proprietà privata degli operatori che le hanno costruite per distribuire l'energia prodotta da specifici impianti a specifici punti di consumo - le c.d. reti private o "sistemi di distribuzione chiusi", che pure mantengono, in genere, un punto di connessione con la rete di distribuzione pubblica. L'ordinamento nazionale ha distinto le reti private esistenti o già autorizzate al momento dell'entrata in vigore della legge n. 99/09, denominandole "reti interne di utenza" (RIU), da quelle che sarebbero state costruite successivamente (le "altre reti private"). L'articolo 33, della legge n. 99/09 ha stabilito un regime di favore per i corrispettivi tariffari di trasmissione e di distribuzione che devono essere corrisposti dagli utenti delle reti private già esistenti al momento della norma (RIU) purché tali reti siano ricomprese in aree insistenti sul territorio di non più di tre comuni adiacenti, ovvero di non più di tre province adiacenti nel solo caso in cui le unità di produzione siano alimentate da fonti rinnovabili. In particolare, ai sensi del comma 6 del citato art. 33, solo per tali reti i predetti corrispettivi devono essere applicati unicamente all'energia che è effettivamente prelevata dai punti di interconnessione con le reti pubbliche. Per tutte le "altre reti private", invece, i corrispettivi di distribuzione sono parametrati all'intero consumo di energia elettrica degli utenti connessi.

Questo differente trattamento delle "altre reti private", vale a dire delle reti costruite dopo l'entrata in vigore della legge, è apparso privo di giustificazioni di carattere tecnico ed è stato valutato dall'Autorità suscettibile di creare delle distorsioni nella concorrenza tra differenti assetti organizzativi della produzione, trasmissione e distribuzione dell'energia elettrica e tra differenti tecnologie di generazione. Inoltre, tale penalizzazione poteva indurre distorsioni nello sviluppo della produzione di energia elettrica da fonte rinnovabile e in cogenerazione ad alto rendimento.

L'Autorità ha anche rilevato che lo sviluppo dei sistemi di distribuzione chiusi - in particolare basati su tecnologie di generazione che riducono l'emissione di gas inquinanti - costituiva un'alternativa al modello dominante di organizzazione del sistema elettrico, basato sulla centralizzazione della generazione di energia elettrica in impianti di grandi dimensioni alimentati a fonti fossili e sulla trasmissione e distribuzione attraverso reti "pubbliche" dell'elettricità alle unità di consumo. Secondo l'Autorità, le scelte di fondo riguardo al modello di organizzazione del sistema elettrico dovevano essere

prese all'interno della strategia energetica nazionale, chiamato a disegnare un quadro coerente all'interno del quale il processo concorrenziale possa individuare il *mix* di tecnologie e soluzioni impiantistiche più adeguato, piuttosto che essere determinate da norme slegate da un progetto generale, quale quella oggetto di segnalazione.

Infine, l'Autorità ha ritenuto che la normativa esistente potesse essere restrittiva dello sviluppo delle reti private anche sotto il profilo della loro estensione geografica e ha quindi auspicato la generalizzazione del limite di estensione a tre province contigue, attualmente riferito ai soli impianti alimentati a fonte rinnovabile.

Gas naturale

PROVINCIA DI LUCCA - SERVIZIO DI VERIFICA DEGLI IMPIANTI TERMICI

Nel marzo 2011, l'Autorità, a seguito del ricevimento della relativa richiesta, ha trasmesso un parere ai sensi dell'articolo 22 della legge n. 287/1990 alla Provincia di Lucca in relazione alla qualifica da attribuire al servizio di verifica degli impianti termici (di cui alla legge n. 10/91 e al d.P.R. n. 412/93).

Considerate le caratteristiche del servizio in questione e le disposizioni di legge che imponevano al Comune e alla Provincia di procedere alla verifica della funzionalità degli impianti termici, l'Autorità ha ritenuto che si trattasse 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 e con cui lo stesso ente provvede al perseguimento dei propri fini istituzionali. Tale attività è distinta dalla gestione dei servizi pubblici locali, che mirano invece a soddisfare direttamente e in via immediata bisogni essenziali di una platea indifferenziata di utenti e le cui prestazioni possono essere da chiunque richieste.

In considerazione di ciò, l'Autorità ha ritenuto che il servizio di verifica degli impianti termici di cui alla legge n. 10/91 e al d.P.R. n. 412/93 fosse riconducibile alla categoria dei servizi strumentali e non alla categoria dei servizi pubblici locali a rilevanza economica.

COMUNE DI MONTEU DA PO (TO) - SERVIZIO DI DISTRIBUZIONE DEL GAS NATURALE

Nell'aprile 2011, il Comune di Monteu da Po (TO) ha chiesto un parere all'Autorità in merito alla legittimità della comunicazione con cui la società Metanprogetti Service Srl sollecitava l'ente locale a pubblicare il bando di gara prima dell'emanazione del decreto ministeriale 19 gennaio 2011 "*Determinazione degli ambiti territoriali nel settore della distribuzione del gas*" al fine di evitare di rientrare nel blocco delle gare di cui all'articolo 3, comma 3 del decreto stesso.

L'Autorità ha osservato che allo stato la questione sollevata non aveva più ragion d'essere in quanto, se prima dell'emanazione del citato decreto la scelta di indire o meno la gara su base comunale era rimessa alla decisione autonoma dell'ente locale, con la nuova normativa, entrata in vigore il 1° aprile, era previsto che le gare si svolgessero sulla base degli ambiti territoriali minimi.

L'Autorità ha inoltre sottolineato di valutare positivamente sotto il profilo concorrenziale la nuova normativa poiché essa poteva consentire una maggiore efficienza delle gestioni rispetto al passato.

COMUNE DI TRIUGGIO (MB)- SERVIZIO DI DISTRIBUZIONE DEL GAS NATURALE

Nell'aprile 2011, l'Autorità ha reso un parere, ai sensi dell'articolo 22 della legge 287/1990, al Comune di Triuggio, in merito alla legittimità per i Comuni di bandire le gare su base comunale, a seguito dell'entrata in vigore del Decreto 19 gennaio 2011 "*Determinazione degli ambiti territoriali nel settore della distribuzione del gas*", avvenuta il 1° aprile 2011.

Al riguardo, l'Autorità ha sottolineato che non rientrava tra i suoi compiti quello di fornire un'interpretazione autentica delle norme vigenti. Conseguentemente, essa non poteva esprimersi sulla legittimità di un comportamento tenuto da un ente locale, trattandosi di materia sulla quale poteva esprimersi solo il giudice amministrativo.

Pertanto, sotto un profilo specificamente concorrenziale, l'Autorità ha sottolineato di aver valutato con favore le disposizioni del richiamato decreto poiché potevano consentire una maggiore efficienza delle gestioni rispetto a quelle svolte fino a quel momento.

REALIZZAZIONE IMPIANTO DI RIGASSIFICAZIONE DI GNL NEL PORTO DI BRINDISI

Nel maggio 2011, l'Autorità ha trasmesso una segnalazione, ai sensi dell'articolo 21 della legge n. 287/90, al Ministro dell'Ambiente e della Tutela del Territorio e del Mare, al Ministro per i Beni e le Attività Culturali, alla Commissione Tecnica di Verifica dell'Impatto Ambientale VIA/VAS e al Ministro dello Sviluppo Economico, in merito al possibile carattere distorsivo della concorrenza di alcune prescrizioni contenute nel decreto 1° luglio 2010, n. 366 (di seguito, decreto VIA), emanato dal suddetto Ministero dell'Ambiente, di concerto con il Ministro per i Beni e le Attività Culturali, in relazione all'istanza di compatibilità ambientale presentata, ai sensi dell'articolo 26 del d.lgs. 152/2006, dalla società Brindisi LNG Spa per la realizzazione di un impianto di rigassificazione di Gnl nel porto di Brindisi. In particolare, le due prescrizioni segnalate richiedevano che: a) "*in considerazione delle forti emissioni degli impianti industriali presenti nell'area, anche a titolo di compensazione ambientale, il GNL importato sia limitato alla Miscela Leggera [...]*" (prescrizione A.1); b) "*anche al fine di garantire la continuità di fornitura di un prodotto di alta qualità che potrebbe contribuire alla riduzione delle emissioni in atmosfera ed al miglioramento della qualità dell'aria, a meno di condizioni di natura specificamente tecnica o di emergenza, il conferimento del GNL rigassificato dovrà avvenire a flusso costante*" (prescrizione A.4.1).

L'Autorità ha rilevato che le tali previsioni, imposte alla sola società Brindisi LNG, erano idonee a incidere significativamente sulle potenzialità di funzionamento dell'impianto e sull'impatto che l'entrata in esercizio di tale impianto poteva esercitare sul livello di concorrenzialità nel settore del gas.

In primo luogo, l'Autorità ha ritenuto che la prescrizione A.1, vincolando gli utilizzatori del nuovo terminale a importare Gnl del solo tipo di miscela leggera, riducesse il potenziale di diversificazione delle fonti di approvvigionamento di Gnl, con l'effetto di non stimolare una maggiore concorrenza tra i fornitori internazionali della materia prima i quali, invece, dispongono di un notevole potere contrattuale.

In secondo luogo, l'Autorità ha ritenuto che la prescrizione A.4.1, richiedendo l'ammissione in rete in forma continua del gas naturale ottenuto dalla rigassificazione del Gnl, limitasse la flessibilità dell'operatività del terminale, ovvero la possibilità per gli utenti di variare le proprie importazioni di gas nel tempo, incidendo negativamente sulla loro possibilità di competere con l'operatore incumbent ENI nei mercati a valle della vendita del gas. Inoltre, tale limitazione non consentiva l'utilizzo del terminale di rigassificazione come risorsa per il bilanciamento del gas a livello giornaliero. L'applicazione di tali prescrizioni al solo terminale di Brindisi LNG, infine, determinava una considerevole distorsione nelle condizioni di offerta del servizio di rigassificazione tra tale terminale e gli altri impianti di rigassificazione, sia già esistenti che in fase di progettazione. In considerazioni di ciò, l'Autorità ha auspicato una revisione del decreto VIA in conformità ai principi posti a tutela della concorrenza.

Servizi idrici e gestione dei rifiuti

Servizi idrici

AFFIDAMENTO IN HOUSE DELLA GESTIONE DEL SERVIZIO IDRICO INTEGRATO

Nel gennaio 2011, l'Autorità ha formulato, ai sensi dell'articolo 22 della legge n. 287/90, un parere indirizzato al Presidente dell'ATO della Provincia di Milano, concernente le modalità applicative del regime transitorio previsto dall'articolo 23-bis, comma 8, del decreto- legge n. 112/2008, convertito nella n. 133/2008, in materia di affidamento in house della gestione del servizio idrico integrato nell'ATO della Provincia di Milano.

Il comma 8 dell'articolo 23-bis della citata legge disciplinava il regime transitorio degli affidamenti non conformi alle modalità di affidamento dei servizi pubblici locali di rilevanza economica previste dallo stesso articolo, e individuava alcuni casi di decadenza automatica delle gestioni affidate in deroga ai principi dell'evidenza pubblica.

Preliminarmente, l'Autorità ha richiamato integralmente il contenuto della segnalazione AS512 del 26 marzo 2009 avente a oggetto la legge della Regione Lombardia n. 26/2003. In quella occasione, l'Autorità aveva sottolineato come la separazione della gestione della rete dall'erogazione del servizio potesse essere considerata positivamente dal punto di vista concorrenziale soltanto nei casi in cui essa si poneva come misura di carattere strumentale rispetto alla liberalizzazione dell'attività di vendita dei servizi a valle. La gestione dei servizi

idrici non sembrava tuttavia permettere il conseguimento di tali benefici. L'Autorità aveva osservato che il modello lombardo sembrava preludere alla duplicazione delle posizioni di monopolio, nella gestione della rete e nell'erogazione del servizio, venendo meno in tal modo ogni possibilità di beneficio per il consumatore degli eventuali guadagni di efficienza riconducibili a una gestione verticalmente integrata secondo il modello previsto dal decreto legislativo n. 152/2006 (c.d. Testo Unico Ambientale).

L'Autorità ha ricordato peraltro che proprio su tale punto la richiamata legge regionale era stata dichiarata incostituzionale con la sentenza n. 142/2010 per contrasto con l'art. 117 Cost., in materia di tutela della concorrenza e di tutela ambientale.

In considerazione di ciò, l'Autorità ha ribadito innanzitutto come non fosse giustificabile che - in assenza di una nuova disciplina regionale sostitutiva della richiamata legge regionale n. 26/2003 - l'ATO Milano continuasse ad avvalersi, per la gestione del servizio idrico integrato, di un modello fondato sulla separazione tra gestione della rete e gestione del servizio. Tale circostanza, peraltro aggravata dal fatto che le società incaricate della gestione della rete risultavano detenere significative quote di partecipazione nelle società affidatarie della gestione del servizio, è apparsa contrastare *ex se* con i presunti benefici derivanti da una gestione separata della rete dal servizio.

Quanto al merito del quesito posto circa il regime transitorio applicabile alla società in house di gestione del servizio idrico integrato, l'Autorità ha ritenuto applicabile alla situazione descritta la disciplina di cui alla lettera a) del comma 8 dell'articolo 23-bis, posto che non vi era dubbio sul fatto che l'atto di affidamento della gestione del servizio idrico integrato risalisse a una data antecedente a quella del 22 agosto 2008. Inoltre, tutte le trasformazioni societarie intercorse negli anni erano risultate prive di carattere innovativo, essendo comunque inquadrare nell'ambito dell'originario atto di affidamento e finalizzate non alla modifica del soggetto gestore, ma alla necessità di semplificare l'articolazione delle società pubbliche incaricate della gestione del medesimo servizio nello stesso ambito territoriale, ferma restando la proprietà interamente pubblica del capitale sociale e la riconducibilità delle quote azionarie ai medesimi enti locali partecipanti.

COMUNE DI ALBENGA (SV) - GESTIONE DELL'ACQUEDOTTO CIVICO COMUNALE

Nel marzo 2011, l'Autorità, a seguito del ricevimento della relativa richiesta, ha trasmesso al Comune di Albenga un parere ai sensi dell'articolo 22 della legge n. 287/90 relativamente alla possibilità di prorogare l'affidamento della gestione dell'acquedotto civico comunale alla società ILCE Spa.

L'Autorità ha ricordato, in primo luogo, che il decreto legislativo n. 152/2006 si regge su di un'architettura fondata su diversi attori, titolari di specifiche funzioni. Ai Comuni, in particolare, compete la gestione del servizio fino all'inizio delle attività del soggetto aggiudicatario della gara a evidenza pubblica, la cui indizione compete all'Autorità d'Ambito Territoriale Ottimale (AATO). Quanto alla proroga dell'affidamento, l'istituto ha carattere

assolutamente eccezionale e a esso è possibile ricorrere solo per cause determinate e tassativamente disciplinate dal decreto legislativo n. 163/2006. Tale generale divieto accolto dall'ordinamento è, peraltro, coerente con i principi a tutela della concorrenza, dal momento che la proroga di un contratto di servizio pubblico, costituendo una deroga al principio generale di apertura e concorrenzialità delle procedure per l'affidamento di appalti e/o servizi, deve formare oggetto di un'attenta valutazione da parte delle amministrazioni.

L'Autorità ha evidenziato che il quadro normativo vigente in materia di scelta dei modelli gestionali dei servizi pubblici locali, inoltre, consente agli Enti competenti ad affidare i servizi di far fronte anche alle ipotesi in cui, come nel caso di specie, i tempi necessari per l'ammortamento degli investimenti effettuati dal precedente gestore non siano stati correttamente valutati. L'articolo 10, comma 2, del d.P.R. 7 settembre 2010, n. 168, attuativo dell'articolo 23-bis del decreto-legge n. 112/2008, nel disciplinare la cessione dei beni in caso di subentro, stabilisce infatti che *“se, al momento della cessazione della gestione, i beni di cui al comma 1 [necessari per la prosecuzione del servizio e non duplicabili a costi socialmente sostenibili] non sono stati interamente ammortizzati, il gestore subentrante corrisponde al precedente gestore un importo pari al valore contabile originario non ancora ammortizzato, al netto di eventuali contributi pubblici direttamente riferibili ai beni stessi”*.

Sulla base di tali considerazioni, l'Autorità ha sollecitato le amministrazioni coinvolte a tener conto, con riferimento al caso segnalato, dei principi concorrenziali espressi e ha auspicato che l'affidamento del servizio idrico integrato nell'ambito dell'ATO Savona venisse gestito secondo i criteri e le modalità previsti dal citato articolo 23-bis.

COMUNE DI MASLIANICO (Co) - GESTIONE DEL SERVIZIO IDRICO INTEGRATO

Nell'aprile 2011, l'Autorità, a seguito del ricevimento della relativa richiesta, ha trasmesso al Comune di Maslianico (Como) il proprio parere, ai sensi dell'articolo 22 della legge n. 287/90, in merito ad alcuni profili relativi al possibile affidamento del Servizio Idrico Integrato (di seguito, SII) a favore di una società a partecipazione mista, il cui capitale sarebbe attribuito al 60% a soci pubblici e al 40% a un socio privato individuato a seguito di procedura a evidenza pubblica.

L'Autorità ha innanzitutto ricordato che il decreto legislativo n. 152/2006 si regge su di un'architettura fondata su diversi attori, titolari di specifiche funzioni. Ai Comuni, in particolare, compete la gestione del servizio fino all'inizio delle attività del soggetto aggiudicatario della gara a evidenza pubblica, la cui indizione compete all'Autorità d'Ambito (AATO) o ad altra Autorità espressamente individuata dalla legge.

L'Autorità ha altresì sottolineato, quanto ai modelli di affidamento del servizio idrico integrato, che l'articolo 23-bis del decreto-legge n. 112/2008 prevede la possibilità di affidare la gestione *“a società a partecipazione mista pubblica e privata, a condizione che la selezione del socio avvenga mediante procedure competitive ad evidenza pubblica, nel rispetto dei principi di cui alla lettera a), le quali abbiano ad oggetto, al tempo stesso, la qualità di socio*

e l'attribuzione di specifici compiti operativi connessi alla gestione del servizio e che al socio sia attribuita una partecipazione non inferiore al 40 per cento".

La norma, in buona sostanza, recepisce gli orientamenti giurisprudenziali nazionali e comunitari che hanno ritenuto conforme ai principi del diritto comunitario in materia di concorrenza una procedura in cui il *partner* privato è selezionato nell'ambito di una gara trasparente e concorrenziale che ha per oggetto sia l'acquisto della qualità di socio che il contributo operativo e industriale del *partner* privato alla gestione concreta del servizio³³.

Sul regime di proprietà e gestione delle reti e degli impianti, infine, l'articolo 23-bis citato stabilisce che *"ferma restando la proprietà pubblica delle reti, la loro gestione può essere affidata a soggetti privati"* (comma 5).

L'Autorità ha auspicato che, nell'ambito dell'articolato sistema delineato dal d. lgs. n. 152/2006 per la gestione del servizio idrico integrato, l'Ente affidante, coerentemente con quanto previsto dall'art. 3, comma 3, del d.P.R. 7 settembre 2010, n.168 *"Regolamento in materia di servizi pubblici locali di rilevanza economica, a norma dell'articolo 23-bis, comma 10, del decreto legge 25 giugno 2008, n. 112, convertito, con modificazioni, dalla legge 6 agosto 2008, n. 133"* escludesse il rischio che la disponibilità a qualunque titolo delle reti, degli impianti e delle altre dotazioni patrimoniali potesse costituire elemento discriminante per la valutazione delle offerte dei concorrenti alla gara per la selezione del socio privato.

L'Autorità ha, più in generale, espresso l'auspicio che l'affidamento del SII venisse gestito secondo i criteri e le modalità previsti dall'articolo 23-bis e dal d.P.R. n. 168/2010 al fine di promuovere e proteggere l'assetto concorrenziale dei mercati interessati.

PROVINCIA DI ROVIGO - SERVIZIO IDRICO INTEGRATO

Nel luglio 2011, l'Autorità, a seguito del ricevimento della relativa richiesta, ha reso un parere ai sensi dell'articolo 22 della legge n. 287/1990 all'Autorità d'Ambito Territoriale Ottimale Polesine in merito alla conformità ai requisiti dell'*"in house providing"* dell'affidamento del servizio idrico integrato alla società Polesine Acque Spa.

Innanzitutto l'Autorità ha ricordato che la Pubblica Amministrazione (PA) ha l'obbligo di selezionare con una procedura a evidenza pubblica i soggetti con i quali intenda stipulare dei contratti di lavori, servizi o forniture. L'affidamento diretto ha invece carattere eccezionale e per i servizi pubblici locali è ammesso

³³ Il Consiglio di Stato, nel parere 18 aprile 2007 n. 456 - anticipando peraltro molte delle considerazioni espresse dalla Commissione Europea nella *Comunicazione sull'applicazione del diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni ai partenariati pubblico-privati istituzionalizzati (PPPI) del 5 febbraio 2008* (Pubblicata in GUCE del 12 aprile 2008) - ha rinvenuto la compatibilità dei PPPI con il diritto comunitario nel caso in cui *"non si possa configurare un "affidamento diretto" alla società mista ma piuttosto un "affidamento con procedura di evidenza pubblica" dell'attività "operativa" della società mista al partner privato, tramite la stessa gara volta alla individuazione di quest'ultimo"*. Tale soluzione permette, peraltro, di conciliare l'esigenza del ricorso al mercato con l'interesse dell'amministrazione all'adozione di moduli organizzativi che le consentano di esercitare un controllo non solo esterno (come soggetto affidante) ma interno ed organico (come partner societario) sull'operato del soggetto privato selezionato per la gestione. Si veda pure, al riguardo, la decisione della V sez. n. 3672/05 laddove si afferma che tale modello è ben diverso da quello dell'*"in house"*, ma soprattutto che *"tale tipo di partenariato pubblico-privato altro non è che una "concessione" esercitata sotto forma di società, attribuita in esito ad una selezione competitiva che si svolge a monte della costituzione del soggetto interposto"* (cfr. anche, nello stesso senso, V sez., n. 272/05 e n. 2297/02).

solo in presenza di particolari caratteristiche del contesto territoriale di riferimento che rendano inutile o inefficace il ricorso al mercato. Solo in tale caso, la PA può derogare alle regole dell'evidenza pubblica avvalendosi di un soggetto che, pur formalmente distinto dalla stessa Amministrazione, è sottoposto a un controllo gerarchico talmente stringente da poter essere assimilato a quello che la PA esercita nei confronti delle proprie strutture interne.

Con riferimento al caso sottoposto al suo esame, l'Autorità ha osservato che il modello organizzativo prescelto per la gestione del servizio idrico integrato si avvaleva, oltre che della società Polesine Acque Spa, soggetto a totale controllo pubblico, anche di due società da questa controllate, la società Sodea e la società Polesine Acque Engineering. La gestione del servizio in questione, al di là del formale conferimento alla sola società capogruppo, era affidata in realtà all'insieme delle società riconducibili al "gruppo" Polesine Acque, in cui era presente una componente minoritaria di capitale privato (riconducibile alle partecipazioni, rispettivamente, del 40% e del 30% al capitale sociale delle citate società Sodeo e Polesine Engineering).

L'Autorità ha ritenuto quindi che la compatibilità del modello di affidamento prescelto andasse valutata non tanto con riferimento al modello dell'*in house* (caratterizzante solo il rapporto tra l'AATO e la società madre Polesine Acque Spa) quanto con riferimento ai requisiti che la giurisprudenza ha fissato per l'affidamento di servizi pubblici locali alle società a capitale misto pubblico-privato.

In proposito, la Commissione Europea, nella propria Comunicazione sull'applicazione del diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni ai partenariati pubblico-privati istituzionalizzati del 5 febbraio 2008, ha sancito, a tutela della concorrenza, la legittimità del modello di società mista, a condizione che la selezione del socio privato avvenga mediante procedure competitive ad evidenza pubblica, le quali abbiano ad oggetto, al tempo stesso, la qualità di socio e l'attribuzione dei compiti operativi connessi alla gestione del servizio. Sotto tale profilo, l'Autorità ha pertanto rilevato che suscitava perplessità la circostanza che l'affidamento diretto fosse stato adottato nel 2005 a fronte di due procedure per la selezione dei soci privati delle società controllate, bandite nel 1998 e nel 2000.

Le principali preoccupazioni dal punto di vista *antitrust* sono state in particolare ravvisate, in primo luogo, nell'ampio divario temporale tra procedure di scelta dei soci privati e affidamento del servizio, che di fatto aveva negato a soggetti potenzialmente interessati a partecipare alla gestione del servizio idrico l'opportunità di concorrere alla selezione come partner privati; in secondo luogo, nella durata sproporzionata dell'affidamento (fino al 2023, data di scadenza del piano d'ambito), soprattutto se raffrontata alla data di selezione dei soci privati (1998 e 2000). Al riguardo, l'Autorità ha rilevato che una tale durata poteva porsi in aperto contrasto con la *ratio* stessa delle partnership pubblico-private che, nelle intenzioni del legislatore e della giurisprudenza comunitaria, presuppongono periodicamente, alla scadenza dell'originario affidamento, l'esperimento di una nuova gara per l'aggiudicazione del servizio ovvero per la selezione del socio privato.

Nel febbraio 2011, l'Autorità ha trasmesso alcune osservazioni ai sensi dell'articolo 21 della legge n. 287/90 al Presidente del Consiglio dei Ministri, al Ministro per i Rapporti con le Regioni, al Presidente della Regione Sicilia e all'Assessore Regionale dell'Energia e dei Servizi di Pubblica Utilità della Regione Sicilia in merito agli effetti distorsivi della concorrenza derivanti dalla circolare n. 2/2010 diramata da quest'ultimo soggetto istituzionale a tutti i Comuni, le Province e le Società d'Ambito della Regione Sicilia, nonché al Presidente, alla Segreteria Generale, agli Assessori e ai Prefetti della Regione Sicilia.

La circolare era volta a chiarire la disciplina transitoria di cui all'art. 19 della legge regionale n. 9/2010, in materia di riorganizzazione del sistema di gestione integrata dei rifiuti della Regione Sicilia, proponendone un'interpretazione tale da impedire, per un lasso di tempo significativo, lo svolgimento di gare per l'affidamento della gestione dei rifiuti in tutta la Regione. Più specificamente, secondo l'interpretazione offerta dall'Assessorato nella citata circolare, una volta scaduti gli affidamenti in essere secondo quanto previsto dall'articolo 23-bis, comma 8, del decreto-legge n. 112/08, nelle more del processo di riorganizzazione della gestione integrata dei rifiuti, le stazioni appaltanti (cioè gli ATO in liquidazione) erano obbligate a sospendere l'applicazione dei principi generali vigenti in tema di affidamento dei servizi pubblici locali, espressi dal comma 2 dell'articolo 23-bis e dall'articolo 202 del decreto legislativo n. 152/06, e a non disporre lo svolgimento di alcuna procedura ad evidenza pubblica.

L'Autorità ha ritenuto che tale interpretazione non solo paralizzava sostanzialmente gli effetti delle previsioni dell'articolo 19, comma 3, della legge regionale citata (il quale stabiliva che, in ragione dell'estinzione delle società e dei consorzi d'ambito il regime transitorio per le diverse tipologie di affidamento in essere fosse regolato in conformità a quanto previsto dall'articolo 2, comma 38, della legge n. 244/2007, e dal comma 8 dell'articolo 23-bis del decreto legge n. 112/2008), ma anche del processo di liberalizzazione dei servizi pubblici locali introdotto dall'articolo 23-bis del decreto legge n. 112/08. Pertanto, essa creava gravi e ingiustificate restrizioni allo sviluppo del mercato in senso pro-concorrenziale e si poneva in contrasto con il quadro univocamente delineato sia dai principi nazionali e comunitari in tema di servizi pubblici locali che dalla stessa legge regionale citata la quale, richiamando espressamente il comma 8 dell'articolo 23-bis del decreto legge n. 112/08, prevedeva la cessazione degli affidamenti avvenuti in difformità con i tali principi.

L'Autorità ha inoltre considerato che assoggettare lo svolgimento di procedure ad evidenza pubblica all'istituzione e alla messa in opera del nuovo sistema di gestione dei rifiuti equivaleva a sovvertire i principi cardine dell'ordinamento, nazionale e comunitario, in materia di tutela della concorrenza, dilazionando per un periodo di tempo, al momento indeterminabile, la piena

operatività dei principi concorrenziali che informavano l'articolo 23-bis del decreto legge n. 112/08. Tale lettura, inoltre, avrebbe attribuito alla legge regionale la capacità di disciplinare le modalità di affidamento della gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica.

Sotto questo profilo, l'Autorità ha osservato che l'interpretazione della legge regionale proposta dall'Assessorato contrastava anche con i principi costituzionali di riparto di competenza legislativa, nella misura in cui la capacità di dettare disposizioni che disciplinano le modalità di gestione e l'affidamento dei servizi pubblici locali di rilevanza economica è unicamente attribuibile alla competenza statale.

Infine, l'Autorità ha osservato che, oltre a porsi in palese contrasto con i principi sopra descritti e con la stessa legge che essa mirava a interpretare, la circolare poteva essere ritenuta legittimante comportamenti ostruzionistici, anche a opera di imprese, volti a ostacolare il regolare svolgimento delle procedure ad evidenza pubblica bandite (ovvero in corso di avvio) in adesione al quadro normativo allora vigente ovvero alle esigenze organizzative e gestionali degli enti appaltanti.

COMUNE DI GIULIANOVA E DI ROSETO DEGLI ABRUZZI (TE) - SERVIZIO DI IGIENE URBANA

Nel marzo 2011, l'Autorità, a seguito del ricevimento della relativa richiesta, ha trasmesso un parere ai sensi dell'articolo 22 della legge n. 287/90 ai Comuni di Giulianova e di Roseto degli Abruzzi in merito ad alcune questioni relative all'affidamento del servizio di igiene urbana.

In primo luogo, l'Autorità ha rilevato che la possibilità di trasferire la proprietà degli impianti a una società a partecipazione interamente pubblica, quale era la società Cirsu Spa, andava valutata alla luce dell'articolo 113, comma 13 del d.lgs. n. 267/2000: questo prevede che *“gli enti locali, anche in forma associata, nei casi in cui non sia vietato dalle normative di settore, possono conferire la proprietà delle reti, degli impianti, e delle altre dotazioni patrimoniali a società a capitale interamente pubblico, che è incedibile”*. L'inceditività ai privati degli impianti è ribadita anche dal comma 5 dell'articolo 23-bis, il quale stabilisce che *“ferma restando la proprietà pubblica delle reti, la loro gestione può essere affidata a soggetti privati”*. Pertanto, l'Autorità ha ritenuto che la possibilità per i due Comuni di cedere la proprietà degli impianti alla Cirsu era strettamente subordinata alla sussistenza del divieto, all'interno delle previsioni statutarie di Cirsu, di cedere a privati le quote sociali. Tale condizione è parsa essere soddisfatta, nella misura in cui lo statuto di Cirsu prevedeva, all'articolo 1, comma 2, che *“possano essere soci di Cirsu esclusivamente enti pubblici locali”*.

Con riferimento invece agli altri quesiti posti nella richiesta di parere, l'Autorità ha ritenuto che essi richiedessero una preliminare valutazione del sistema gestionale adottato, e in particolare della natura e della durata dell'affidamento del servizio di igiene urbana alla Cirsu.

In proposito, l'Autorità ha ricordato che la disciplina transitoria prevista dal comma 8 dell'articolo 23-bis del decreto-legge n. 112/2008 prevedeva, alla

lettera e), che gli affidamenti di servizi pubblici locali non conformi ai commi 2 e 3 sarebbero cessati entro e non oltre la data del 31 dicembre 2010, a meno che essi non rientrassero tra le specifiche ipotesi disciplinate dalla lett. a) (affidamenti *in house*) dalle lett. b) e c) (affidamenti a società miste) e dalla lett. d) (affidamenti a società a partecipazione pubblica quotate in borsa). L'affidamento del servizio di igiene urbana a Cirsu non rientrava in nessuna delle menzionate ipotesi specifiche, e in particolare non configurava la fattispecie prevista dalla lett. a), poiché non sussistevano i presupposti richiesti dalla giurisprudenza per la configurabilità dell'*in house*.

L'Autorità ha considerato infatti che la natura e l'ampiezza del raggio di attività ricomprese nell'oggetto sociale di Cirsu apparivano idonee a pregiudicare il rapporto di controllo tra Ente locale e impresa beneficiaria nell'ambito della gestione *in house*.

Più specificamente, il fatto che Cirsu potesse svolgere, oltre al servizio di igiene urbana, svariate altre attività (quali per esempio assumere e cedere partecipazioni e interessenze in società, consorzi associazioni e fondazioni, compiere qualsivoglia operazione industriale, commerciale, immobiliare e finanziaria, sviluppare attività in appalto, concedere finanziamenti, partecipare alla creazione e sviluppo di altre società, imprese, enti consorzi e associazioni) lasciava presumere una evidente propensione dell'impresa a effettuare determinati investimenti di risorse economiche in altri mercati in vista di un'eventuale espansione in settori diversi da quelli rilevanti per l'ente pubblico conferente. L'Autorità ha concluso, pertanto, che l'affidamento alla società Cirsu avrebbe dovuto cessare, secondo quanto previsto dalla lett. e) del comma 8, il 31 dicembre 2010.

L'Autorità ha poi rilevato che le osservazioni sopra svolte precludevano la trattazione degli ulteriori quesiti posti dalle due Amministrazioni comunali, presupponendo essi, erroneamente, che Cirsu fosse ancora titolare della gestione del servizio. A tal proposito, l'Autorità ha ricordato che l'articolo 7 della l.r. Abruzzo n. 45/2007 prevedeva che i comuni esercitassero le proprie competenze in materia di gestione integrata dei rifiuti tramite l'Autorità d'Ambito (AdA), alla quale essi stessi partecipavano obbligatoriamente.

La gestione e l'erogazione del servizio di gestione integrata dei rifiuti urbani erano affidate dall'AdA, con procedure a evidenza pubblica, ai sensi dell'articolo 202 del d. lgs. 152/2006. Considerata l'inerzia dell'AdA, che non risultava aver fino a quel momento indetto alcuna gara per l'affidamento del servizio all'interno del proprio ambito territoriale, l'Autorità ha ritenuto opportuno sollecitare l'Ente ad agire in conformità a quanto previsto dalla legge regionale, provvedendo a indire le procedure ad evidenza pubblica necessarie per l'affidamento del servizio nel proprio ambito territoriale.

L'Autorità ha auspicato in ogni caso che i due Comuni provvedessero, nelle more della predisposizione delle procedura di gara da parte dell'AdA, ad affidare il servizio di igiene urbana in conformità con i principi nazionali e comunitari in tema di affidamento dei servizi pubblici locali, di cui era espressione il comma 2 dell'articolo 23-*bis* del decreto legge n. 112/2008.

COMUNE DI AVEZZANO - SERVIZIO DI IGIENE URBANA

Nel marzo 2011, l'Autorità, a seguito del ricevimento della relativa richiesta, ha trasmesso un parere ai sensi dell'articolo 22 della legge n. 287/90 al Comune di Avezzano in merito alla partecipazione a una gara ad evidenza pubblica da parte di una società mista affidataria di servizi pubblici locali.

L'Autorità ha precisato preliminarmente che non rientrava tra i compiti ad essa attribuiti l'espressione di pareri in relazione alle scelte di una pubblica amministrazione sulla materia sopra citata. Ciò nondimeno, l'Autorità ha ritenuto utile osservare che la *ratio* dell'art 23-*bis*, comma 9, della legge n. 133/2008 era quella di garantire il principio di libera concorrenza e, al contempo, di valorizzare il soggetto in grado di offrire alla stazione appaltante, indipendentemente dalla sua natura pubblica o privata, le migliori condizioni economiche.

In quest'ottica, l'ultimo paragrafo del comma 9 mirava a consentire alle società che forniscono servizi pubblici locali a un'amministrazione e hanno acquisito esperienza "sul territorio" di partecipare, a parità di condizioni con gli altri operatori, alle procedure concorrenziali per l'affidamento degli stessi servizi. Proprio per garantire detta parità, il comma 9 vietava ai soggetti già affidatari diretti di un servizio pubblico locale di acquisire la gestione, anche a seguito di gara, di ulteriori servizi per tutta la durata della gestione diretta.

In quest'ottica, l'Autorità ha sottolineato che era in linea di principio ammissibile che una società, già affidataria diretta di un servizio pubblico locale, potesse partecipare ad una gara indetta per l'affidamento del servizio stesso, allorquando tale servizio dovesse essere fornito in un momento successivo alla cessazione del precedente affidamento. Il requisito, introdotto dall'articolo 23-*bis*, comma 9, ultimo paragrafo, che la gara avesse ad oggetto i servizi già forniti dal soggetto affidatario diretto andava letto alla luce del fatto che quest'ultimo viene sempre costituito *ad hoc* per il raggiungimento di uno specifico compito operativo; esso, pertanto, non avrebbe potuto assumere la gestione di servizi estranei allo scopo per cui era stato costituito.

Per verificare, di fatto, la possibilità che la società interessata ACIAM potesse concorrere alla gara, l'Autorità ha affermato la necessità, da parte del Comune, di appurare che la gestione del servizio di igiene urbana fosse uno degli scopi per cui la società era stata costituita, e che l'oggetto sociale non fosse più circoscritto rispetto al servizio oggetto di gara.

COMUNE DI PALERMO - GESTIONE DEL SERVIZIO DI SMALTIMENTO DEI RIFIUTI SOLIDI URBANI

Nell'aprile 2011, l'Autorità, ai sensi dell'articolo 22 della legge n. 287/90 ha espresso un parere al Comune di Palermo relativamente all'affidamento della gestione integrata dei rifiuti urbani, con particolare riguardo alla presunta antinomia esistente tra le previsioni di cui all'articolo 23-*bis*, comma 8 del decreto-legge n. 112/2008 e alcune disposizioni disciplinanti l'istituto dell'amministrazione straordinaria delle imprese in stato di insolvenza di cui al decreto legislativo n. 270/1999. In particolare, il Tribunale di Palermo aveva dichiarato aperta la procedura di amministrazione straordinaria, per la durata

di due anni, per l'AMIA Spa, società interamente partecipata dal Comune e affidataria *in house* del servizio di gestione integrata dei rifiuti urbani. Tale circostanza, a parere del Comune, escludeva la possibilità per l'azionista di poter procedere alla cessione del 40% della società ad un socio privato individuato con gara secondo le modalità disciplinate dall'articolo 23-bis, comma 8, precludendo all'Ente stesso la possibilità di evitare il termine decadenziale per l'affidamento in essere all'AMIA di cui allo stesso articolo 23-bis, comma 8 (31 dicembre 2011).

Al riguardo, l'Autorità ha osservato che l'apertura di una procedura di amministrazione straordinaria a carico della società AMIA Spa non pareva precludere, in linea di principio, la possibilità per l'Ente azionista di cederne il 40% del capitale sociale ad un socio privato individuato attraverso l'esperimento di una gara che avesse ad oggetto, al tempo stesso, la qualità di socio e l'attribuzione dei compiti operativi connessi alla gestione del servizio (articolo 23-bis, comma 8 del decreto-legge n. 112/2008). Infatti, a parere dell'Autorità, la procedura concorsuale speciale disciplinata dal decreto legislativo n. 270/1999 riguardava le imprese in stato di insolvenza, caratterizzate da determinati livelli occupazionali e aventi concrete prospettive di recupero dell'equilibrio economico delle attività imprenditoriali. Invero, gli articoli 19 e 40 del medesimo decreto consentivano di ritenere che il Commissario straordinario assumesse sì la titolarità di tutti i poteri di gestione della società soggetta alla procedura, lasciando, tuttavia, in capo agli azionisti la possibilità di disporre della titolarità delle azioni. In senso favorevole alla piena disponibilità delle azioni, l'Autorità ha fatto altresì presente che, a seguito dell'entrata in vigore della riforma del diritto societario (decreto legislativo 17 gennaio 2003, n. 6), era stata ammessa la possibilità di effettuare operazioni straordinarie coinvolgenti la partecipazione nel capitale in pendenza di procedure concorsuali (art. 2499 c.c.). L'Autorità ha precisato che con ciò non intendeva sottovalutare la possibile influenza che l'apertura di una procedura di amministrazione straordinaria era suscettibile di esercitare sull'esito di un'eventuale gara bandita dal Comune per l'allocazione del 40% del capitale sociale di AMIA Spa. Il potenziale socio "*con specifici compiti operativi*" avrebbe dovuto, infatti non solo sopportare l'alea legata alla conclusione della procedura in senso conservativo ma, per di più, attendere la chiusura della procedura stessa per subentrare concretamente nella gestione, una volta cessate le funzioni del commissario straordinario e soddisfatti i creditori.

L'Autorità ha sottolineato che, in tale contesto, la responsabilità di utilizzare al meglio tutti gli strumenti di carattere tecnico, amministrativo e finanziario affinché la formulazione degli atti di gara determinasse incentivi reali alla partecipazione, gravava sulla stazione appaltante. Una corretta definizione del bando e del capitolato, ispirata a criteri pro-concorrenziali, avrebbe potuto, infatti, contribuire a creare incentivi economici alla partecipazione per i potenziali partner e, per ciò stesso, creare il presupposto per un probabile risanamento aziendale in conformità con il piano predisposto dal Commissario straordinario.

SMALTIMENTO RIFIUTI SANITARI

Nel luglio 2011, l'Autorità ha inviato una segnalazione, ai sensi dell'articolo 22 della legge n. 287/90 alla Conferenza Stato Regioni, in merito agli effetti distorsivi della concorrenza derivanti da clausole restrittive contenute nei bandi di numerose gare indette dalle pubbliche amministrazioni per la gestione dei rifiuti sanitari. Al riguardo, l'articolo 8 del d.P.R. n. 254/2003 prevede che per il trattamento dei rifiuti sanitari pericolosi a rischio infettivo devono essere usati due imballaggi, un primo monouso e un secondo rigido esterno, *“eventualmente riutilizzabile previa idonea disinfezione ad ogni ciclo d'uso”*.

L'Autorità ha rilevato che numerosi bandi di gara per l'affidamento della gestione dei rifiuti sanitari proibivano la partecipazione alle imprese che utilizzavano imballaggi riutilizzabili e, laddove invece lo consentivano, la stazione appaltante approntava uno schema per la presentazione delle offerte che comunque non permetteva la comparazione tra il sistema monouso e quello riutilizzabile.

Fatta salva la libertà di scelta riconosciuta dalla legge alle stazioni appaltanti, l'Autorità ha osservato che queste erano tenute a far sì che le procedure ad evidenza pubblica da esse indette costituissero uno strumento efficace di apertura del mercato, consentendo la più ampia partecipazione di soggetti interessati al processo di selezione.

In tale ottica, l'Autorità ha sottolineato la necessità che i requisiti tecnici richiesti, pur tenendo conto di eventuali particolari esigenze proprie di ciascuna stazione appaltante, non fossero tali da escludere, esplicitamente o implicitamente, la possibilità di partecipare alle gare per determinate tipologie di fornitori potenzialmente in grado di soddisfare l'esigenza di approvvigionamento delle Pubbliche Amministrazioni. Al contempo, l'Autorità ha rilevato anche l'esigenza di redigere i bandi di gara in modo tale da consentire l'effettiva comparabilità delle offerte presentate, affinché le Pubbliche Amministrazioni potessero usufruire delle condizioni economiche più vantaggiose disponibili sul mercato.

In considerazione di ciò, l'Autorità ha auspicato che le aziende sanitarie locali estendessero la possibilità di partecipare alle gare suddette anche alle imprese che utilizzano contenitori riutilizzabili, nonché delineassero procedure ad evidenza pubblica tali da consentire la piena comparabilità delle offerte presentate da queste ultime rispetto a quelle presentate da imprese che utilizzano i sistemi monouso.

RECUPERABILITÀ DEGLI IMBALLAGGI MEDIANTE COMPOSTAGGIO E BIODEGRADAZIONE

Nel settembre 2011, l'Autorità ha trasmesso al Ministero dell'Ambiente e della Tutela del Territorio e del Mare e al Ministero dello Sviluppo Economico, ai sensi dell'articolo 22 della legge n. 287/90, alcune considerazioni in materia di requisiti essenziali alla recuperabilità degli imballaggi mediante compostaggio e biodegradazione.

In particolare, l'articolo 3 della Direttiva 94/62/CE definisce come imballaggio ogni prodotto, composto di materiali di qualsiasi natura, adibito a

contenere e a proteggere determinate merci, dalle materie prime ai prodotti finiti, a consentire la loro manipolazione e la loro consegna dal produttore al consumatore o all'utilizzatore, e ad assicurare la loro presentazione. Tale direttiva è stata recepita nell'ordinamento italiano con il decreto legislativo n. 22/97 (c.d. Decreto Ronchi), abrogato dal vigente decreto legislativo n. 152/2006 (c.d. Testo Unico Ambientale o TUA).

Al fine di verificare la rispondenza di un materiale da imballaggio ad alcuni requisiti essenziali fissati nella citata direttiva, il Comitato europeo di normazione (CEN) provvede ad emanare, a livello europeo, delle norme (EN) che corrispondono a schemi di prova e criteri di valutazione che permettono di poter definire un imballaggio recuperabile secondo quanto prefissato dalla direttiva comunitaria. Dette norme vengono poi recepite dagli Stati membri della Comunità europea mediante attribuzione di un numero di riferimento nazionale (UNI). Si tratta di norme tecniche dal carattere volontario, la cui applicazione è finalizzata a conferire ad imballaggi e materiali per imballaggi la presunzione di conformità ai requisiti essenziali previsti nella direttiva comunitaria e nel TUA.

In proposito, l'Autorità ha evidenziato l'opportunità che venissero emanate delle linee guida volte a specificare i requisiti minimi di biodegradabilità ai quali devono conformarsi i produttori di imballaggi. In tal modo, si sarebbe infatti potuto ampliare, compatibilmente con le esigenze di tutela ambientale, il novero delle possibili tecnologie utilizzabili dai produttori di imballaggi al fine di ottenere la conformità ai requisiti essenziali di biodegradabilità richiesti dalla normativa comunitaria.

L'Autorità ha altresì sottolineato che, in questo modo, si sarebbe ottenuta anche una maggiore chiarezza normativa in merito agli strumenti utilizzabili dai produttori, così evitando il ripetersi di situazioni nelle quali alcune stazioni appaltanti - intenzionate a contrattare la fornitura di imballaggi plastici biodegradabili - mantenevano un atteggiamento prudentiale optando per la fornitura di prodotti certificati unicamente con la norma tecnica UNI EN 13432, ostacolando così di fatto lo sviluppo di tecnologie concorrenti altrettanto valide allo scopo.

PROVINCIA DEL VERBANO CUSIO OSSOLA - AFFIDAMENTO GESTIONE DEL SERVIZIO DI IGIENE URBANA

Nel settembre 2011, l'Autorità, a seguito del ricevimento della relativa richiesta, ha reso un parere ai sensi dell'articolo 22 della legge n. 287/90 al Consorzio obbligatorio del bacino unico del Verbano Cusio Ossola in merito allo statuto di una società pubblica, la cui prevista costituzione era finalizzata all'affidamento *in house* del servizio di igiene urbana.

L'Autorità, pur osservando in linea generale che lo statuto della società in oggetto poteva essere considerato compatibile con i principi concorrenziali sotto il profilo dei requisiti della partecipazione pubblica totalitaria e dell'attività prevalente in favore degli enti partecipanti al capitale, ha rilevato talune criticità in merito alla sussistenza dell'ulteriore requisito del controllo analogo, nonché all'ampiezza dell'oggetto sociale.

Con riferimento al primo aspetto, l'Autorità ha evidenziato che le disposizioni statutarie finalizzate al c.d. controllo analogo non soddisfacevano appieno, in quanto si limitavano a ridisegnare una mera struttura di controllo interna, senza prevedere in capo ai singoli Enti Locali poteri di controllo o diritti di veto da poter esercitare *uti singuli* almeno nelle principali attività di gestione della società (approvazione del bilancio e nomina degli amministratori). In considerazione di ciò, lo Statuto non è apparso conforme allo schema della c.d. "delegazione interorganica" previsto dalla giurisprudenza nazionale e comunitaria come parametro di legittimità dell'istituto in *house providing*.

Quanto all'ampiezza dell'oggetto sociale, l'estensione dell'ambito di operatività della società ad attività non direttamente riconducibili alla nozione di igiene urbana (gestione dei rifiuti pericolosi, dei rifiuti ospedalieri, dei rifiuti cimiteriali, etc), per le quali era possibile individuare un mercato differente e non sovrapponibile a quello dei rifiuti urbani, ha indotto l'Autorità a mettere in dubbio l'assenza di vocazione imprenditoriale dell'impresa.

Pertanto, al fine di garantire che i vantaggi derivanti dall'attribuzione di diritti di esclusiva non si estendessero a mercati diversi da quelli per cui il riconoscimento dell'esclusiva è effettivamente previsto e giustificato, l'Autorità ha evidenziato la necessità di una modifica dello statuto nel senso di limitare l'ambito di attività della società esclusivamente al servizio di igiene urbana e alle attività a questo strettamente accessorie.

REGIONE EMILIA ROMAGNA - SERVIZIO DI GESTIONE DEI RIFIUTI NELLA PROVINCIA DI PARMA

Nel settembre 2011, l'Autorità ha trasmesso al Presidente della Regione Emilia Romagna, all'Assessore all'Ambiente della medesima regione e al Presidente dell'Autorità di Ambito Territoriale di Parma Ato 2, ai sensi dell'articolo 22 della legge n. 287/90, alcune osservazioni in ordine agli effetti distorsivi della concorrenza nel settore della gestione dei rifiuti solidi urbani e dei rifiuti assimilati nella Regione Emilia Romagna, con specifico riferimento all'Ambito territoriale ottimale (Ato) n. 2 corrispondente con il territorio della Provincia di Parma. L'Autorità aveva ricevuto una segnalazione dove si prospettavano distorsioni della concorrenza in relazione, tra l'altro, all'ampliamento del perimetro di attività di competenza della società affidataria del servizio (Amps Azienda Municipalizzata Parma Servizi Spa, poi divenuta Enia Spa e da ultimo incorporata in Iride Spa, che ha assunto la denominazione di Iren Spa e poi Iren Emilia Spa), perimetro potenzialmente eccedente le attività in privativa in quanto ricomprendente anche le attività di trattamento e recupero/riciclaggio dei rifiuti.

In proposito, l'Autorità ha innanzitutto ricordato come il legislatore abbia stabilito che i Comuni dispongono di una privativa generale per la gestione (attività di raccolta, trasporto e smaltimento) dei rifiuti solidi urbani e assimilati (Rsu), ma che tale privativa non si estende anche alle ulteriori attività su tali rifiuti, essendo il trattamento, il recupero, il riutilizzo e il riciclaggio degli Rsu aperti alla libera concorrenza.

Nel caso di specie, l'Autorità ha osservato come nell'ambito della gestione dei rifiuti in provincia di Parma sia stato possibile il verificarsi di situazioni di ampliamento dell'area di operatività del gestore affidatario diretto senza gara, anche oltre l'ambito di privativa stabilito in favore dei Comuni. Infatti, con la Convenzione stipulata tra Amps Spa e l'Autorità di ambito territoriale di Parma Ato 2 è stato previsto, di fatto, che anche le fasi successive di trattamento e recupero/riciclaggio dei rifiuti vengano attribuite in esclusiva, e senza gara pubblica, all'affidatario diretto delle fasi di raccolta, trasporto e smaltimento, sottraendole dunque di fatto alla libera concorrenza.

L'Autorità ha altresì ritenuto opportuno segnalare il fatto che, raggiunta la naturale scadenza dell'affidamento in essere, il nuovo affidamento del servizio di gestione integrata dei rifiuti in provincia di Parma debba avvenire per il tramite di procedure competitive ad evidenza pubblica, cui possono partecipare anche società a capitale interamente pubblico e società miste pubblico-privato.

COMUNE DI CAPRI (NA) - SERVIZI DI RACCOLTA, SPEZZAMENTO E TRASPORTO DEI RIFIUTI SOLIDI URBANI

Nel novembre 2011, l'Autorità ha reso un parere ai sensi dell'articolo 22 della legge 287/90 relativamente all'affidamento diretto da parte del Comune di Capri, per nove anni, del servizio del ciclo integrato dei rifiuti in favore della società "Capri Servizi srl unipersonale".

L'Autorità ha rilevato in particolare talune criticità in merito all'ampiezza dell'oggetto sociale della società affidataria. Essa ha osservato, infatti, che lo statuto della Capri Servizi prevedeva che la società potesse svolgere, oltre ai servizi pubblici locali oggetto dell'affidamento nel caso di specie, anche altre attività a favore dello stesso Comune (ad es. organizzazione e gestione delle azioni di *marketing* strategico e operativo, di comunicazione integrata e informatizzata, di promozione e progettazione; progettazione, realizzazione, sviluppo, aggiornamento e manutenzione di sistemi informativi territoriali e di relativi siti *web*; sviluppo di *software* e pacchetti applicativi), di altri enti locali o di soggetti terzi (ad es., attività di formazione professionale, di studio, di ricerca).

In ragione di ciò, l'Autorità ha considerato che la possibilità di svolgere tali attività, che possono potenzialmente essere offerte sul mercato anche a favore di terzi, risultava indicativa dell'esistenza di una vocazione commerciale basata sul rischio d'impresa, suscettibile di condizionare le scelte strategiche della società, distogliendola dalla cura primaria dell'interesse pubblico di riferimento. Conseguentemente, con riferimento al requisito richiesto per l'*in house providing* - ossia l'assenza di una vocazione commerciale della società partecipata - la natura e l'ampiezza del raggio di attività ricomprese nell'oggetto sociale della società affidataria sono apparse idonee a pregiudicare il rapporto di controllo tra l'ente locale e l'impresa beneficiaria della gestione *in house*.

SERVIZIO DI IGIENE URBANA DELLA REGIONE SICILIA

Nel dicembre 2011, l'Autorità, a seguito del ricevimento della relativa richiesta da parte di Ato 3 Messina, ha reso un parere relativamente

all'applicazione dell'articolo 4 della legge n. 148/2011 al servizio di igiene urbana e al territorio della Regione Sicilia. La norma in questione, introdotta a seguito dell'abrogazione referendaria dell'articolo 23-*bis* del decreto-legge n. 112/08, prevede, quale principio generale, il ricorso alla gara per l'affidamento dei servizi pubblici locali e per la scelta del socio privato nelle società miste. Il principio della gara per l'affidamento in esclusiva dei servizi pubblici locali, infatti, oltre a rispondere ai principi concorrenziali, appare fondamentale per garantire la scelta dell'operatore migliore in termini di qualità, efficienza e condizione economiche dei servizi offerti. Al fine di garantire la più ampia applicazione del principio di libera concorrenza al settore in esame, la legge ha definito l'esatto ambito di applicazione della norma, indicando, in particolare, la prevalenza della norma stessa sulle discipline settoriali contrastanti.

In relazione al caso di specie, l'Autorità ha osservato che il servizio di igiene ambientale era riconducibile nel novero dei servizi pubblici locali e, pertanto, nell'individuazione delle modalità di affidamento dello stesso, trovava applicazione la disciplina contenuta all'art. 4 e, dunque, il generale principio del ricorso alla procedura ad evidenza pubblica per l'affidamento dei servizi citati.

In relazione, poi, all'applicabilità della medesima norma all'interno della Regione Sicilia, l'Autorità ha richiamato il consolidato orientamento della giurisprudenza costituzionale secondo cui la "tutela della concorrenza" rientra nelle materie di competenza esclusiva dello Stato in virtù dell'articolo 117, comma 2, lettera e) della Costituzione. Di conseguenza, le determinazioni regionali aventi ad oggetto la gestione di servizi pubblici locali debbono soggiacere alla normativa nazionale in materia, la quale, nel disciplinare organicamente l'affidamento e la gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica - in applicazione della normativa comunitaria e al fine di favorire la diffusione dei principi di concorrenza, libertà di stabilimento e libera prestazione dei servizi -, si inquadra nell'ambito delle norme poste a "tutela della concorrenza".

Commercio all'ingrosso e al dettaglio

SALVAGUARDIA SALDI DI FINE STAGIONE

Nel gennaio 2011, l'Autorità ha trasmesso al Presidente del Senato, al Presidente della Camera, al Presidente del Consiglio dei Ministri e al Ministro dello sviluppo economico alcune osservazioni ai sensi dell'articolo 21 della legge n. 287/90 in merito all'articolo 3, comma 1, lettera f), della legge n. 248/2006, laddove esso prevede, per quanto riguarda la distribuzione commerciale, l'eliminazione di qualsiasi autorizzazione preventiva e qualsiasi limitazione *“di ordine temporale o quantitativo allo svolgimento di vendite promozionali di prodotti, effettuate all'interno degli esercizi commerciali, tranne che nei periodi immediatamente precedenti i saldi di fine stagione per i medesimi prodotti”*.

L'Autorità, pur rilevando come, nel complesso, il processo di liberalizzazione e semplificazione avviato dalla legge n. 248/06 avesse di fatto garantito agli utenti un'effettiva facoltà di scelta e un livello minimo e uniforme di condizioni di accessibilità all'acquisto di prodotti e servizi sul territorio nazionale, ha osservato che la sopra citata prescrizione appariva ancora penalizzante sia sotto il profilo concorrenziale quanto sotto il profilo di tutela diretta dei consumatori.

Sotto il primo profilo, l'Autorità ha sottolineato come, pur essendo lo scopo della norma evidentemente quello di salvaguardare i saldi di fine stagione, relativi a prodotti aventi le caratteristiche della stagionalità e/o della rispondenza ai dettami della moda del momento e finalizzati ad evitare una perdita di valore commerciale degli stessi, la disposizione appariva tuttavia inidonea a raggiungere detto scopo, producendo come effetto quello di restrizione della libertà degli operatori economici di definire la propria strategia commerciale. Per ottemperare alla citata disposizione, infatti, coloro che desiderino attuare sia una vendita promozionale che un saldo si trovano costretti a selezionare i capi destinati alla vendita promozionale, tenendoli distinti da quelli (necessariamente diversi, come disposto dall'articolo 3, comma 1, lettera f) destinati alla vendita in saldo, realizzabile solo nei periodi stabiliti dalla normativa regionale.

Dal punto di vista dei consumatori, invece, l'Autorità ha sottolineato come la norma poteva dar luogo a dannosi fenomeni di elusione, e in particolare favorire strategie di promozione che, nel tentativo di apparire diverse e distinte rispetto alle vendite promozionali (per non ricadere nell'ambito del divieto ex articolo 3, comma 1, lettera f), della legge n. 248/06), potevano creare ingiustificate disparità di trattamento tra i consumatori stessi. Ciò nel caso in cui, ad esempio, alcuni operatori commerciali, anche d'intesa con associazioni, avessero adottato iniziative volte a consentire la vendita di prodotti a prezzi scontati presso i negozi convenzionati con tali associazioni esclusivamente a favore degli iscritti, asseritamente al fine di favorire la clientela "fidelizzata", più che di promuovere l'acquisto di determinati prodotti. Più in generale, possono rappresentare una forma di elusione della norma le iniziative di 'prevendita' della merce in saldo riservata dai negozianti a gruppi prescelti di clienti, iniziative che, con l'intento di eludere il divieto di effettuare vendite promozionali di prodotti nei periodi immediatamente precedenti i saldi di fine stagione, di fatto determinano conseguenze negative per i consumatori non iscritti alle associazioni convenzionate o comunque non destinatari delle offerte di "prevendita".

In considerazione di ciò, l'Autorità ha auspicato una modifica in senso pro-concorrenziale della disposizione in esame, sì da eliminare le restrizioni che essa genera a carico degli operatori commerciali e, contestualmente, i descritti fenomeni distorsivi della libertà di scelta dei consumatori.

DISPOSIZIONI RELATIVE ALL'ESERCIZIO DELL'ATTIVITÀ DI COMMERCIO AL DETTAGLIO SU AREE PUBBLICHE

Nell'ottobre 2011, l'Autorità ha inviato alcune osservazioni, ai sensi dell'articolo 21 della legge 287/1990, al Presidente del Senato, al Presidente della Camera, al Presidente del Consiglio dei Ministri, al Ministro dello

Sviluppo Economico, alla Regione Lazio e al Comune di Roma, in merito agli effetti distorsivi della concorrenza derivanti da alcune disposizioni, normative e regolamentari, in materia di commercio al dettaglio di alimenti e bevande su aree pubbliche.

L'articolo 28 del decreto legislativo n. 114/1998 (c.d. "decreto Bersani") recante la "riforma della disciplina relativa al settore del commercio" prevede infatti che il commercio sulle aree pubbliche possa essere svolto su posteggi dati in concessione per dieci anni o su qualsiasi area purché in forma itinerante. L'autorizzazione alla vendita su aree pubbliche è rilasciata dal sindaco del comune sede del posteggio secondo le determinazioni della legge regionale.

Nel caso specifico della Regione Lazio, la legge regionale n. 33/99, relativamente alla durata delle concessioni, oltre a riprendere quanto stabilito dal citato decreto, introduceva la possibilità di un meccanismo di rinnovo della concessione. Il successivo regolamento del Comune di Roma, approvato con delibera del Consiglio comunale n. 35/2006, stabiliva che dette autorizzazioni-concessioni "sono tacitamente rinnovate".

L'Autorità, in merito alla durata della concessione, prevista dalla normativa statale, e alla sua rinnovabilità, prevista dalla legge regionale e dal regolamento comunale, ha richiamato il principio, espresso in più occasioni, in base al quale la durata delle concessioni deve essere fissata proporzionalmente ai tempi di ammortamento degli investimenti effettuati dal soggetto aggiudicatario. La previsione di un termine eccessivamente ampio è infatti suscettibile di ingessare il mercato rendendo più difficoltoso l'ingresso da parte di nuovi operatori a detrimento della qualità dell'offerta.

Alla luce di ciò, l'Autorità ha ritenuto che la durata decennale della concessione fosse un termine eccessivamente lungo, considerato che l'attività in oggetto non richiede particolari investimenti; la stessa inoltre, si poneva in contrasto con l'obiettivo di liberalizzazione perseguito dal decreto Bersani. Ancora più ingiustificata è stata considerata la previsione di qualsiasi meccanismo di rinnovo delle autorizzazioni.

Sulla base di tali considerazioni, l'Autorità ha auspicato una modifica in senso pro-concorrenziale della disciplina in questione, che avrebbe dovuto essere ispirata ai principi di parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza e proporzionalità, così da escludere qualsiasi forma di automatismo che avesse l'effetto di avvantaggiare gli operatori già presenti.

COMUNE DI LUCCA - REGOLAMENTO COMUNALE SUGLI ESERCIZI DI SOMMINISTRAZIONE DI ALIMENTI E BEVANDE

Nel dicembre 2011, a seguito del ricevimento di una segnalazione da parte del titolare di un esercizio di vicinato per la vendita di prodotti di gastronomia nel Comune di Lucca, l'Autorità ha emesso il primo parere motivato ai sensi dell'articolo 21-bis della legge n. 287/90, così come introdotto dall'articolo 35 della legge n. 214/2011. Il parere, inviato al Sindaco del Comune di Lucca, ha riguardato in particolare l'articolo 17 del Regolamento comunale sugli esercizi di somministrazione di alimenti e bevande, laddove prevede che gli arredi degli

esercizi di vicinato non possono coincidere con le attrezzature tradizionalmente utilizzate negli esercizi di somministrazione, ossia tavoli e qualsiasi tipo di seduta.

In proposito, l'Autorità ha in primo luogo evidenziato come il decreto-legge 4 luglio 2006, n. 223, convertito nella legge 4 agosto 2006, n. 248, preveda, all'articolo 3, che negli esercizi di vicinato è consentito il consumo immediato dei prodotti di gastronomia, utilizzando i locali e gli arredi dell'azienda e osservando delle prescrizioni igienico-sanitarie, con la sola esclusione del servizio assistito di somministrazione. In merito al contenuto di tale norma, la Circolare esplicativa del Ministero dello Sviluppo Economico n. 3603/C del 28 settembre 2006 ha, da un lato, escluso che negli esercizi di vicinato possa essere ammesso il servizio assistito, ma dall'altro non ha espressamente vietato che il consumo sul posto possa svolgersi attraverso l'utilizzo di sedute, quanto meno in ausilio al consumo sui piani d'appoggio.

In ogni caso, l'Autorità ha ricordato come il recente decreto legge 13 agosto 2011, n. 138, convertito con legge 14 settembre 2011, n. 148, al Titolo II, articolo 3, ha espressamente previsto il principio secondo cui l'iniziativa e l'attività economica privata sono libere e è permesso tutto ciò che non è espressamente vietato dalla legge, concedendo ai Comuni un anno dalla data di entrata in vigore della legge di conversione per adeguare i propri ordinamenti al medesimo principio.

Ancora più recentemente, il decreto legge 6 dicembre 2011, n. 201³⁴, all'articolo 34, comma 2, ha previsto che la disciplina delle attività economiche debba essere improntata al principio di libertà di accesso, di organizzazione e di svolgimento, fatte salve le esigenze imperative di interesse generale, costituzionalmente rilevanti e compatibili con l'ordinamento comunitario, che possono giustificare l'introduzione di atti amministrativi di assenso o autorizzazione o di controllo, nel rispetto del principio di proporzionalità.

Tanto premesso, l'Autorità ha rilevato come, nella misura in cui limitava l'esercizio delle attività economiche degli esercizi di vicinato in assenza di un espresso divieto posto da una norma di legge (ad esempio, correlato ad esigenze di protezione della salute umana, ecc.), la suddetta previsione del Regolamento comunale appariva in grado di determinare un ingiustificato svantaggio competitivo a danno di tale tipologia di esercizi commerciali. Ha altresì evidenziato come agli esercizi di vicinato non debba essere preclusa la possibilità di utilizzare i propri arredi, ivi compresi tavoli e sedute, ai fini del consumo immediato dei prodotti di gastronomia da parte della propria clientela.

Infine, con specifico riferimento alla previsione del Regolamento comunale, secondo cui l'apertura di un ristorante è condizionata ad una superficie minima di somministrazione pari a 165 m², l'Autorità ha rilevato come la stessa fosse in grado di rappresentare una barriera all'accesso all'attività di ristorazione, in assenza, peraltro, di peculiari ragioni sottese all'opportunità della medesima previsione.

³⁴ Convertito con legge n. 22 dicembre 2011, n. 214.

In considerazione di ciò, e facendo per la prima volta utilizzo della competenza di cui all'articolo 21-*bis*, comma 2, della legge n. 287/90, l'Autorità ha ricordato al Comune di Lucca l'obbligo di comunicare alla stessa Autorità, entro il termine di sessanta giorni dalla ricezione del parere, le iniziative adottate in relazione alle problematiche concorrenziali rappresentate, evidenziando come, in caso di mancato adeguamento ai principi concorrenziali espressi, l'Autorità potesse avvalersi del potere di impugnativa dinanzi al giudice amministrativo.

Distribuzione farmaceutica

VINCOLI IN MATERIA DI APERTURA DI PARAFARMACIE

Nel febbraio 2011, l'Autorità, ai sensi dell'articolo 22 della legge n. 287/90, ha espresso un parere ai Presidenti di Senato e Camera, al Presidente del Consiglio dei Ministri e al Ministro della Salute e al Ministro del Lavoro e delle Politiche Sociali, in merito all'emendamento n. 1206 al disegno di legge n. 2518, di conversione del decreto-legge 29 dicembre 2010, n. 225, recante proroga di termini previsti da disposizioni legislative e di interventi urgenti in materia tributaria e di sostegno alle imprese e alle famiglie.

L'Autorità in più occasioni si è occupata del sistema della distribuzione farmaceutica, apprezzando alcune delle riforme che hanno interessato il settore, risultate importanti sotto il profilo concorrenziale.

L'Autorità, tuttavia, è dovuta tornare a esercitare i suoi poteri per segnalare le proposte di modifica della normativa volte a vanificare gli effetti della liberalizzazione e, in particolare, a ostacolare l'apertura di nuovi punti vendita rendendola più onerosa, ovvero creando una sorta di "pianta organica" anche per le parafarmacie. L'Autorità, sottolineando come il numero di farmacie presenti in una larga parte dei comuni italiani risultasse spesso inadeguato a soddisfare le esigenze della domanda, ha quindi ribadito le proprie perplessità sulle misure previste dall'emendamento in questione, che, consentendo al più il trasferimento di quelle già esistenti in altra area dello stesso comune o di un comune differente che ne sia priva, o comunque dietro autorizzazione dell'amministrazione competente, erano da considerarsi suscettibili di ostacolare l'apertura di nuove parafarmacie.

L'Autorità ha quindi ritenuto che l'emendamento in esame appariva in grado di ridurre le possibilità di scelta dei consumatori, con probabili effetti negativi sul livello dei prezzi e sulla qualità del servizio offerto, attenuando significativamente gli effetti pro-concorrenziali esercitabili dal libero sviluppo del nuovo canale distributivo farmaceutico.

Pertanto, nell'ottica di aumentare la pressione concorrenziale a beneficio del sistema, l'Autorità ha auspicato che non si desse seguito all'approvazione dell'emendamento citato e che, al contrario, il processo di liberalizzazione della distribuzione dei farmaci potesse proseguire non solo attraverso un ampliamento del numero degli esercizi, ma anche consentendo la vendita al di fuori della farmacia, e sempre alla presenza del farmacista, dei medicinali di fascia C.

Nel marzo 2011, l'Autorità ha inviato, ai sensi dell'articolo 21 della legge n. 287/90, ai Presidenti del Consiglio Regionale e della Giunta Regionale della Calabria una segnalazione concernente le presunte distorsioni della concorrenza derivanti dall'obbligo di chiusura della farmacia per riposo infrasettimanale, previsto dalla legge regionale della Calabria n. 2/1984. Tale legge prevede all'articolo 3, comma 1, che *“Le farmacie non di turno tanto urbane che rurali, restano chiuse nelle giornate della domenica e delle festività infrasettimanali, nonché in un'altra giornata della settimana che dovrà, di norma, coincidere con il sabato o il lunedì, salvo quanto stabilito al secondo comma del precedente articolo”*; e all'articolo 3, comma 2, che *“Salvo quanto previsto al secondo comma del precedente articolo le farmacie rurali potranno suddividere la giornata infrasettimanale di riposo in due mezze giornate”*.

L'Autorità ha considerato che, pur apparendo giustificati orari, turni e, nel caso di specie, giorni minimi di apertura delle farmacie al pubblico, in quanto tesi ad assicurare l'obiettivo di interesse pubblico della piena reperibilità dei prodotti farmaceutici, tali vincoli impediscono ai farmacisti di prestare i propri servizi oltre dette giornate minime e, conseguentemente, appaiono restringere ingiustificatamente la concorrenza nella distribuzione farmaceutica.

Pertanto, l'Autorità ha ritenuto che la preclusione ai farmacisti della facoltà di prestare il servizio al di là dei giorni minimi prefissati dall'articolo 3 della legge regionale n. 2/84 costituisca un ostacolo all'adozione di strategie differenziate a seconda delle caratteristiche della domanda nell'ambito territoriale di ubicazione delle singole farmacie e, quindi, all'ampliamento dell'offerta a beneficio dei consumatori.

Alla luce delle suddette considerazioni, l'Autorità ha auspicato che le disposizioni segnalate relative all'obbligo di chiusura per riposo infrasettimanale potessero essere riesaminate al fine di adeguarle alla normativa posta a tutela della concorrenza.

LIMITI MINIMI ALLA CHIUSURA ESTIVA DELLE FARMACIE

Nell'agosto 2011, l'Autorità ha trasmesso, ai sensi dell'articolo 22 della legge n. 287/90, un parere all'Assessorato alla Promozione dei Servizi Sociali e della Salute di Roma Capitale, alle Aziende Sanitarie Locali di Roma, all'Ordine dei Farmacisti di Roma e Provincia e all'Associazione Sindacale dei Farmacisti Titolari di Roma e Provincia in merito alla definizione del limite minimo di chiusura estiva delle farmacie operanti nel Comune di Roma per l'anno 2011.

In particolare, l'Autorità, essendo venuta a conoscenza del fatto che nell'ambito di una Conferenza di servizi tenutasi nel febbraio 2011 presso l'Assessorato alla Promozione dei Servizi Sociali di Roma Capitale sarebbe stato consentito in via sperimentale - alle farmacie che ne avessero fatto richiesta e che fosserolocate all'interno della Ztl o all'esterno del Gra - di ridurre il periodo feriale estivo da 21 a 14 giorni, ha formulato alcune osservazioni agli enti interessati.

In particolare, l'Autorità ha ricordato di avere costantemente auspicato una revisione delle normative regionali che, pur mantenendo gli obblighi esistenti di apertura minima, eliminasse le distorsioni della concorrenza derivanti, tra l'altro, dalla fissazione di limiti minimi alle ferie annuali. La possibilità di prestare il servizio al di là di tali limiti avrebbe infatti consentito agli operatori del settore di articolare la propria offerta anche in termini di apertura al pubblico, rendendola più congeniale alle esigenze dei consumatori ed evitando l'artificiosa cristallizzazione del bacino d'utenza di ciascuna farmacia.

In tale ottica, l'Autorità, pur valutando positivamente il tentativo di procedere ad una parziale "liberalizzazione" del periodo di chiusura, ha rilevato che non sussisteva alcuna valida ragione per la quale la flessibilità in termini di chiusura estiva venisse concessa solo alle farmacie situate in specifiche zone della città.

L'Autorità ha pertanto espresso l'auspicio che la definizione da parte degli enti interessati dei tempi e delle modalità di chiusura estiva delle farmacie risultasse in futuro conforme ai principi concorrenziali.

Distribuzione dei carburanti in rete

NORMATIVA REGIONALE IN MATERIA DI DISTRIBUZIONE CARBURANTI - REGIONE LOMBARDIA

Nel marzo 2011, l'Autorità ha trasmesso al Presidente della Regione Lombardia alcune osservazioni ai sensi dell'articolo 21 della legge n. 287/90 in merito alla normativa regionale in materia di distribuzione carburanti, contenuta nella legge della Regione Lombardia n. 6/2010 "Testo unico delle leggi regionali in materia di commercio e fiere" (Titolo II, Capo IV) e, in particolare, all'articolo 82 della suddetta legge.

L'Autorità ha evidenziato che l'elenco di tipologie di impianti *self-service* di cui al citato articolo 82 doveva essere inteso in maniera meramente esemplificativa e in nessun modo teso ad escludere che un impianto di distribuzione carburanti possa funzionare esclusivamente in modalità *self-service* pre-pagamento nelle ore di apertura dell'impianto. Diversamente, l'articolo in questione imporrebbe un vincolo ingiustificato allo svolgimento dell'attività di distribuzione carburanti.

L'Autorità ha infatti ricordato che, secondo il proprio consolidato orientamento, i vincoli all'offerta merceologica e le limitazioni alle forme di conduzione degli impianti di distribuzione si traducono in una limitazione dell'offerta a disposizione dei consumatori e possono rendere più gravoso l'ingresso sul mercato di operatori più efficienti, ostacolando in tal modo il processo di ristrutturazione della rete. Al riguardo, l'Autorità ha richiamato due precedenti segnalazioni³⁵, nelle quali aveva auspicato l'eliminazione dei limiti alla varietà merceologica dei servizi offerti e alle modalità di funzionamento

³⁵ Segnalazioni AS659 *Proposte di riforma concorrenziale ai fini della legge annuale per il mercato e la concorrenza*, 9 febbraio 2010, in *Boll.* 4/2010 e AS759 *Modifiche allo schema di disegno di legge annuale per il mercato e la concorrenza - Distribuzione carburanti*, 30 settembre 2010, in *Boll.* n. 36/2010

degli impianti di distribuzione carburanti, al fine di incentivare l'ingresso sul mercato di operatori più efficienti, e sollecitato lo sviluppo dell'attività di distribuzione carburanti in modalità *self-service*.

RAZIONALIZZAZIONE DEL SISTEMA DI DISTRIBUZIONE DEI CARBURANTI

Nell'aprile 2011, l'Autorità ha trasmesso una segnalazione ai sensi dell'articolo 21 della legge n. 287/90 al Presidente del Senato, al Presidente della Camera dei Deputati, al Presidente del Consiglio dei Ministri e al Ministro dello Sviluppo Economico, in merito ai possibili effetti distorsivi della concorrenza derivanti dalle disposizioni contenute nell'articolo 10 del decreto legislativo n. 32/98 *“Razionalizzazione del sistema di distribuzione dei carburanti, a norma dell'articolo 4, comma 4, lettera c), della Legge 15 marzo 1997, n. 59”*.

In particolare, tale normativa prevede che i contratti stipulati dalle aziende distributrici di GPL, in caso di locazione o comodato d'uso del serbatoio, debbano avere durata non superiore a due anni e predeterminare le modalità di acquisto del GPL in regime di esclusiva; la normativa risulta altresì rafforzata dalle disposizioni contenute nell'articolo 18 del decreto legislativo 128/06 *“Riordino della disciplina relativa all'installazione e all'esercizio degli impianti di riempimento, travaso e deposito di GPL, nonché all'esercizio dell'attività di distribuzione e vendita di GPL in recipienti, a norma dell'articolo 1, comma 52, della legge 23 agosto 2004, n. 239”* secondo cui è obbligatorio chiedere l'autorizzazione al proprietario del serbatoio, in caso di locazione o comodato dello stesso, affinché il rifornimento del GPL possa essere effettuato da distributori terzi.

L'Autorità ha osservato che, attraverso rinnovi successivi dei contratti, la formula del comodato d'uso conduce, di fatto, a rapporti pluriennali di fornitura esclusiva nei mercati della distribuzione di GPL per uso domestico in piccoli serbatoi, con la conseguenza di un affievolimento del confronto concorrenziale tra le imprese distributrici a fronte di un rafforzamento del potere contrattuale del fornitore “storico” di GPL. Infatti, in assenza di comportamenti attivi da parte dei consumatori volti a trovare condizioni di fornitura migliori e a cambiare i fornitori originari, le imprese fornitrici hanno scarsi o nulli incentivi a praticare prezzi più concorrenziali.

L'Autorità ha auspicato, pertanto, che la normativa venisse modificata al fine di rendere effettivamente contendibili i clienti del GPL in serbatoi e di creare le condizioni per un confronto concorrenziale più vivace tra le imprese distributrici, in particolare favorendo il passaggio a forme di disponibilità del serbatoio che non implicino la fornitura in esclusiva di GPL.

COMUNE DI SOLAROLO (RA) - TRASFERIMENTO DELLA TITOLARITÀ DI UN IMPIANTO AUTOSTRADALE

Nel maggio 2011, l'Autorità, a seguito della richiesta del relativo parere, ha espresso alla Provincia di Ravenna le proprie considerazioni, ai sensi dell'articolo 22 della legge n. 287/90, in relazione all'eventualità che il trasferimento da Total Italia Spa a TotalErg Spa della titolarità di un impianto

autostradale di distribuzione carburanti, sito presso l'area di servizio Santerno Ovest sull'Autostrada A/14, potesse produrre effetti negativi sul funzionamento del mercato della vendita di carburanti per autotrazione sulla rete autostradale.

In proposito, l'Autorità ha ricordato che la Commissione, con decisione del 21 maggio 2010, aveva autorizzato la fusione tra le attività di raffinazione e distribuzione di prodotti petroliferi delle società Total Italia Spa e ERG Petroli Spa (Caso M.5781- Total Holdings Europe Sas/Erg Spa/Jv). In tale decisione la Commissione aveva ritenuto che l'operazione non sollevasse seri dubbi sotto il profilo concorrenziale nei mercati interessati, tra i quali figurava quello della distribuzione in rete di carburanti per autotrazione.

LEGGE REGIONE CALABRIA N. 13 DEL 17 AGOSTO 2005 - GARA PER L'AFFIDAMENTO DI SUB-CONCESSIONI AUTOSTRADALI

Nel maggio 2011, l'Autorità ha trasmesso al Presidente della Giunta della Regione Calabria alcune osservazioni, ai sensi dell'articolo 21 della legge n. 287/90, in merito al contenuto della legge regionale 17 agosto 2005, n. 13, recante *“Provvedimento generale, recante norme di tipo ordinamentale e finanziario (collegato alla manovra di assestamento di bilancio per l'anno 2005 ai sensi dell'articolo 3, comma 4, della legge regionale 4 febbraio 2002, n. 8)”*. In sintesi, l'articolo 15 della predetta legge stabiliva, per le aree di servizio delle tratte autostradali situate nella regione, l'obbligatorietà dell'affidamento congiunto dei servizi *oil* e *non oil*, unitamente alla riserva di spazi per la commercializzazione di prodotti tipici locali - da svolgersi su superfici non inferiori a 150 m² - con preferenza per i preesistenti gestori degli impianti di distribuzione carburanti.

In via preliminare, l'Autorità ha richiamato il comma 17 dell'articolo 83-bis della legge 6 agosto 2008, n. 133, ai sensi del quale *“Al fine di garantire il pieno rispetto delle disposizioni dell'ordinamento comunitario in materia di tutela della concorrenza e di assicurare il corretto e uniforme funzionamento del mercato, l'installazione e l'esercizio di un impianto di distribuzione di carburanti non possono essere subordinati alla chiusura di impianti esistenti ne' al rispetto di vincoli, con finalità commerciali, relativi a contingentamenti numerici, distanze minime tra impianti e tra impianti ed esercizi o superfici minime commerciali o che pongono restrizioni od obblighi circa la possibilità di offrire, nel medesimo impianto o nella stessa area, attività e servizi integrativi”*.

L'Autorità ha rilevato inoltre che, a seguito dell'entrata in vigore della suddetta norma, la Regione Calabria era intervenuta con la Circolare del 1° aprile 2009, nella quale era stato evidenziato che, a seguito dell'entrata in vigore della citata legge n. 133/08, l'apertura di un impianto non potesse essere subordinata ai suddetti vincoli, evidenziando altresì che le disposizioni regionali, qualora contenenti vincoli e restrizioni all'accesso e all'esercizio per l'attività di distribuzione dei carburanti, risultavano in contrasto con le disposizioni statali sopravvenute e dovevano essere disapplicate dal momento dell'entrata in vigore della citata legge.

Tuttavia, è parso all'Autorità che la Circolare nelle conclusioni avesse ristretto l'applicabilità della legge statale ai soli “nuovi” impianti, là dove la

medesima norma statale aveva fatto più ampiamente riferimento all'installazione ed esercizio degli impianti di distribuzione di carburanti, riferendosi, pertanto, anche agli impianti esistenti e già affidati in sub-concessione.

Pur prendendo atto che la Regione considerava superata la previsione in esame, l'Autorità ha rilevato come sarebbe stata preferibile un'abrogazione espressa, sia per ragioni di ordine sistematico, sia di maggior chiarezza sul regime effettivamente vigente in Calabria nel settore della distribuzione dei carburanti e sulla sua compatibilità con i principi di liberalizzazione espressi dal legislatore nazionale.

APPLICAZIONE DEL COMMA 5-BIS DELL'ARTICOLO 24 DEL NUOVO CODICE DELLA STRADA (D.LGS. 30-4-1992 N. 285 E SUCCESSIVE MODIFICAZIONI), INTRODOTTO DALL'ART. 5 COMMA 5 DELLA L. N. 120/2010

Nel luglio 2011, l'Autorità ha trasmesso, ai sensi dell'articolo 21 della legge n. 287/90, al Presidente del Senato, al Presidente della Camera dei Deputati, al Presidente del Consiglio dei Ministri e al Ministro delle Infrastrutture e Trasporti le proprie considerazioni in merito al comma 5-bis dell'art. 24 del nuovo Codice della strada (decreto legislativo n. 285/92, e successive modificazioni), introdotto dall'articolo 5 comma 5 della legge n. 120/2010. La norma prevede che, per esigenze di sicurezza della circolazione stradale connesse alla congruenza del progetto autostradale, le pertinenze di servizio delle autostrade *“sono previste dai progetti dell'ente proprietario ovvero, se individuato, dal concessionario e approvate dal concedente, nel rispetto delle disposizioni in materia di affidamento dei servizi di distribuzione di carbolubrificanti e delle attività commerciali e ristorative nelle aree di servizio autostradali di cui al comma 5-ter dell'articolo 11 della legge 23 dicembre 1992, n. 498 e successive modificazioni”*.

L'Autorità ha osservato che la norma si prestava ad interpretazioni tra loro difformi. Specificamente, nella parte in cui prevedeva che le pertinenze di servizio delle autostrade *“sono previste dai progetti dell'ente proprietario, ovvero, se individuato, del concessionario e approvate dal concedente”*, non era univocamente chiaro se tale norma dovesse applicarsi solo alle pertinenze da realizzare in autostrade ancora da costruire o anche alle pertinenze da realizzare in autostrade già esistenti. In particolare, in caso di accoglimento della prima interpretazione, il rilascio di una concessione per le pertinenze di servizio delle autostrade sarebbe avvenuto solo subordinatamente alla previsione della pertinenza fin dalla progettazione dell'autostrada.

L'Autorità ha osservato come questa interpretazione della norma rischiava di erigere delle barriere all'ingresso sui mercati relativi alle pertinenze stesse, posto che, in concreto, essa impediva il rilascio di una nuova concessione per la distribuzione autostradale di carburanti lungo una tratta esistente qualora tale impianto non fosse già previsto dagli strumenti progettuali del proprietario e del concedente.

Alla luce di ciò, l'Autorità, in una prospettiva concorrenziale di allargamento dell'offerta, ha auspicato che la norma in oggetto venisse modificata al fine di eliminare ogni possibile ambiguità riguardo alla sua applicazione, auspicando

l'accoglimento dell'interpretazione meno restrittiva sotto il profilo concorrenziale, vale a dire quella che limitava alle sole autostrade ancora da costruire l'applicabilità della norma in oggetto.

Trasporti

Trasporti su strada

REGIONE ABRUZZO - SERVIZI DI TRASPORTO PUBBLICO SU GOMMA

Nel gennaio 2011, l'Autorità ha inviato alcune osservazioni alla Regione Abruzzo, ai sensi dell'articolo 22 della legge n. 287/90, in merito all'applicabilità della disciplina di cui all'articolo 23-*bis* del decreto-legge n. 112/2008 all'affidamento di servizi di trasporto pubblico regionale su gomma.

In particolare, l'Amministrazione regionale aveva chiesto che venisse fatta chiarezza sui seguenti aspetti: l'applicabilità della suddetta disciplina ai soli servizi pubblici comunali e provinciali o anche a quelli regionali; in caso di inapplicabilità ai servizi regionali, se la materia di pertinenza delle Regioni fosse disciplinata dal decreto legislativo n. 422/97 piuttosto che dal regolamento comunitario n. 1370/2007; le condizioni necessarie, ai sensi di entrambe le discipline, per procedere ad un legittimo affidamento *in-house* di servizi pubblici locali.

Riguardo al primo aspetto, considerando il più ampio contesto della normativa speciale di settore, l'Autorità ha ritenuto che l'ambito di applicazione dell'articolo 23-*bis* dovesse estendersi anche ai servizi pubblici regionali, con la sola esclusione dei servizi di trasporto ferroviario regionale, esclusione esplicitamente disposta dall'articolo 3 del regolamento in materia di servizi pubblici locali di rilevanza economica.

Sul punto, l'Autorità ha richiamato sia l'esplicito rinvio alla disciplina comunitaria contenuto nell'articolo 23-*bis*, sia una recente sentenza della Corte Costituzionale, che affermava che la nozione di "*servizio pubblico locale di rilevanza economica*" rimanda a quella più ampia di "*servizio di interesse economico generale*" impiegata nell'ordinamento comunitario: in particolare, ai sensi dell'articolo 2 del regolamento comunitario 1370/2007, l'espressione "*autorità competente a livello locale*", che gestisce i servizi di interesse economico generale, indica "*qualsiasi autorità competente la cui zona di competenza geografica non è estesa al territorio nazionale*"

Con riferimento al quesito relativo all'individuazione della disciplina applicabile ai servizi di Tpl, a fronte dell'entrata in vigore del regolamento comunitario n. 1370/2007, l'Autorità ha precisato che l'articolo 23-*bis*, come da ultimo modificato dall'articolo 15 della legge n. 135/09, prevedeva che il conferimento della gestione dei servizi pubblici avvenisse in via ordinaria per il tramite di procedure competitive ad evidenza pubblica, o a favore di società miste pubblico-private per le quali il socio privato venisse però selezionato mediante procedure competitive ad evidenza pubblica.

Infine, in merito al quesito relativo ai criteri in presenza dei quali un'amministrazione locale può ricorrere all'affidamento *in-house*, l'Autorità ha puntualizzato che, nel rispetto dei principi della disciplina comunitaria, l'affidamento diretto va circoscritto ad ipotesi eccezionali di riscontrata impossibilità di rivolgersi efficacemente e utilmente al mercato. Viceversa, laddove il ricorso a procedure competitive permetta di individuare l'operatore più idoneo ad effettuare gli investimenti necessari ad offrire il servizio migliore al minor costo, non sembra potersi riconoscere la legittimità dell'affidamento *in-house*.

COMUNE DI ROMA - NUOVO IMPIANTO TARIFFARIO DEI TAXI

Nel gennaio 2011, l'Autorità ha inviato una segnalazione ai sensi dell'articolo 21 della legge n. 287/90 al Comune di Roma in merito ad alcune disposizioni contenute nel "*Regolamento per il servizio di trasporto pubblico non di linea*" approvato il 14 luglio 2010 e nella successiva Deliberazione dell'Assemblea Capitolina del novembre 2010, che prevedeva, tra l'altro, l'istituzione di una Commissione Tecnica avente l'incarico di verificare analiticamente la congruità delle tariffe, previste dall'articolo 30 del citato Regolamento, sulla base di una serie di parametri tecnico-economici.

Con specifico riguardo alla competizione di prezzo nel mercato del trasporto passeggeri con taxi, l'Autorità ha rilevato che la Deliberazione del Consiglio Comunale n. 58/2010 di riforma del sistema tariffario del servizio taxi nel Comune di Roma presentava certamente alcuni profili migliorativi sotto il profilo concorrenziale rispetto alla situazione attuale laddove, da un lato, stabiliva espressamente che il livello delle tariffe fissato in via regolamentare rappresentasse il livello "massimo" e i conducenti fossero, sia pure in astratto, liberi di applicare tariffe inferiori; dall'altro, non prevedeva più la necessità di richiedere una specifica autorizzazione all'Amministrazione Comunale per l'applicazione di sconti rispetto alla tariffa massima. Anche la maggiore trasparenza tariffaria, perseguita con l'introduzione dell'obbligo a carico del conducente di emettere ricevute automatiche - complete di numero di licenza, giorno e ora del viaggio, durata in chilometri e minuti, tariffe effettivamente applicate e specifici riferimenti per eventuali reclami -, è stata valutata una misura apprezzabile sotto il profilo concorrenziale.

Tuttavia, l'Autorità ha altresì sottolineato come le potenzialità di tali misure rischiassero di essere completamente vanificate da una riforma del sistema tariffario fondata su criteri del tutto incoerenti con i principi concorrenziali. A parere dell'Autorità destavano preoccupazioni dal punto di vista concorrenziale soprattutto alcuni criteri che - in base alla citata Deliberazione dell'Assemblea Capitolina - la Commissione Tecnica era chiamata ad utilizzare per la valutazione di congruità degli aumenti tariffari previsti dal Regolamento in oggetto.

L'Autorità, in particolare, ha ritenuto che il criterio secondo il quale eventuali modifiche tariffarie avrebbero dovuto tener conto del "*rapporto domanda e offerta a seguito dell'ampliamento dell'organico con rilascio di nuove licenze*" non poteva che essere interpretato nel senso di suggerire

riduzioni delle tariffe massime a seguito di aumenti dell'offerta del servizio. L'Autorità ha quindi rilevato che qualsiasi altra interpretazione - e in particolare aumenti tariffari giustificati da un aumento del numero delle licenze - sarebbe stata volta esclusivamente a mantenere rendite di posizione risultando, quindi, totalmente in contrasto con i principi posti a tutela della concorrenza, più volte richiamati dall'Autorità relativamente al trasporto passeggeri con taxi, finalizzati ad ottenere sia una migliore organizzazione del servizio sia dinamiche virtuose in termini di prezzo nell'interesse dei consumatori.

DISCIPLINA DELL'ESONERO DALL'OBLIGO DI RILASCIO DELLA RICEVUTA E DELLO SCONTRINO FISCALE PER DETERMINATE CATEGORIE DI CONTRIBUENTI

Nel luglio 2011, l'Autorità ha inviato alcune osservazioni, ai sensi dell'articolo 21 della legge n. 287/90, ai Presidenti del Senato e della Camera, al Presidente del Consiglio dei Ministri e al Ministro dell'Economia e Finanze in merito alle norme relative all'esonero dall'obbligo di rilascio della ricevuta e dello scontrino fiscale per determinate categorie di contribuenti, con particolare riferimento alle prestazioni di trasporto rese a mezzo taxi, di cui all'art. 10, comma 4 del D.P.R. 26 ottobre 1972 n. 633, come modificato dall'art.1, comma 4, del D.M. 21 dicembre 1992, successivamente modificato dall'art. 1 del D.M. 29 luglio 1994.

Al riguardo, l'Autorità ha rilevato alcuni profili di contrasto delle citate disposizioni vigenti con la normativa a tutela della concorrenza, nella misura in cui esse prevedevano l'esonero dall'obbligo di rilascio della ricevuta e dello scontrino fiscale per la categoria di operatori che svolgono servizio di trasporto passeggeri non di linea a mezzo taxi, a fronte del sussistente obbligo di rilascio degli stessi documenti fiscali per gli operatori che svolgono il medesimo servizio tramite NCC.

In particolare, l'Autorità ha evidenziato come l'esonero dall'obbligo di emissione di fatture fiscali per gli operatori di servizi taxi comporti un'indebita agevolazione all'attività dei tassisti, in termini di costi per il rilascio della ricevuta e di tempi di fine corsa, suscettibile di tradursi in una maggiore competitività di tale categoria rispetto a quella dei noleggiatori con conducente.

Pertanto l'Autorità ha auspicato un riesame della normativa vigente alla luce delle considerazioni esposte, al fine di consentire il pieno sviluppo delle dinamiche concorrenziali nel mercato del trasporto passeggeri non di linea tramite servizi di taxi e NCC.

DIRITTI E OBBLIGHI DEI PASSEGGERI NEL TRASPORTO FERROVIARIO

Nel luglio 2011, l'Autorità ha trasmesso una segnalazione al Presidente del Senato della Repubblica, al Presidente della Camera dei Deputati, al Presidente del Consiglio dei Ministri, al Dipartimento per il Coordinamento delle Politiche Comunitarie, al Ministro delle Infrastrutture e dei Trasporti, al Ministro della Giustizia, al Ministro per i rapporti con le Regioni e la Coesione Territoriale, al Presidente della Conferenza Permanente per i Rapporti tra lo Stato, le Regioni e le Province Autonome di Trento e Bolzano, ai sensi della

legge n. 287/90 e del decreto legislativo n. 206/2005 recante “Codice del Consumo”, in merito allo schema di decreto legislativo relativo alla *“disciplina sanzionatoria delle violazioni delle disposizioni del regolamento (ce) n. 1371/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio del 23 ottobre 2007, relativo ai diritti e agli obblighi dei passeggeri nel trasporto ferroviario”*.

Il suddetto schema, nell'approntare un sistema di *enforcement* della disciplina comunitaria, predisponendo un apparato sanzionatorio che definisce le fattispecie sanzionabili, l'entità delle ammende e le procedure di applicazione, e individua l'Organismo di controllo responsabile dell'applicazione nazionale del Regolamento in capo al Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti.

Con riguardo all'efficienza e all'efficacia delle suddette norme, l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ha sottolineato la propria natura di organo naturalmente deputato - per struttura e attribuzioni già da tempo possedute, nonché per l'*expertise* già maturata - a garantire l'applicazione nazionale del Regolamento, le cui fattispecie non sono altro che declinazioni settoriali di pratiche commerciali scorrette di cui alla Direttiva 2005/29/CE, recepita con il decreto legislativo n. 146/2007 e confluita nel “Codice del Consumo”, che attribuisce all'Autorità medesima i relativi poteri di accertamento e sanzione.

In tal senso, l'Autorità ha richiamato la perfetta rispondenza dell'Istituzione ai requisiti di indipendenza richiesti dal diritto comunitario sul piano giuridico, organizzativo, decisionale e finanziario, rispetto ai gestori dell'infrastruttura e agli organismi preposti alla determinazione dei diritti di accesso; ricordando, altresì, di aver già precedentemente espresso una propria valutazione critica sulle modalità di riassetto societario di Ferrovie dello Stato Spa proprio in relazione al fatto che il soggetto regolatore, individuato nel Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, non rispondesse ai suddetti requisiti.

Inoltre, l'Autorità ha osservato come l'impianto procedimentale e sanzionatorio da essa utilizzato al fine dell'accertamento e del contrasto delle pratiche commerciali scorrette di cui al Codice del Consumo risultasse pienamente in grado di dare attuazione delle specifiche disposizioni di cui al Regolamento comunitario.

Ne deriva che l'affidamento della competenza all'Autorità avrebbe confermato di una serie di principi che hanno già pienamente informato gli interventi effettuati dall'Istituzione; diversamente, nell'ambito della tutela del consumatore nel settore del trasporto ferroviario, ci sarebbe il rischio di sovrapposizioni con gli interventi riservati alla competenza dell'Autorità e, quindi, il rischio di ingenerare incertezze in capo sia ai cittadini che alle imprese.

L'Autorità, in conclusione, ha auspicato che lo schema di decreto in esame individuasse l'organismo di controllo in capo all'Autorità medesima e, in subordine, che venisse comunque fatta salva la competenza dell'Autorità in tema di applicazione della disciplina generale sulle pratiche commerciali scorrette.

DISPOSIZIONI IN MATERIA DI AUTOTRASPORTO

Nel novembre 2011, l'Autorità ha segnalato al Parlamento e al Governo, ai sensi dell'articolo 21 della legge n. 287/90, le possibili distorsioni

concorrenziali derivanti dalle modifiche apportate dalla legge 14 settembre 2011 n. 148 all'articolo 83-*bis* della legge 6 agosto 2008 n. 133.

L'Autorità ha inteso ribadire, in primo luogo, i contenuti già espressi in una precedente segnalazione concernente la normativa in tema di autotrasporto, laddove si evidenziava che la previsione di accordi volontari di settore conclusi tra le organizzazioni associative di 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 costituisce uno strumento idoneo per garantire il soddisfacimento di *standard* qualitativi e di sicurezza del servizio, risultando, piuttosto, uno strumento per assicurare condizioni di redditività anche a coloro che offrono un servizio inefficiente e di qualità non elevata.

L'Autorità ha sottolineato inoltre come le modifiche apportate dalla nuova normativa - secondo cui in particolare detti 'costi minimi di esercizio' devono essere sottoposti al parere preventivo della Consulta generale per l'autotrasporto e la logistica - apparivano inidonee ad eliminare il rischio che l'individuazione di tali costi si traduca, di fatto, nella fissazione di tariffe minime.

Infine, l'Autorità ha evidenziato che subordinare l'efficacia dei costi minimi alla loro pubblicazione con decreto del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, così come previsto dalla nuova normativa, appariva suscettibile di avallare la liceità degli stessi, pur in presenza di eventuali violazioni della normativa antitrust.

Da ultimo, l'Autorità ha rilevato che l'articolo 83-*bis* citato, così come riformulato, appariva incoerente con l'articolo 3, commi 8 e 9, della legge n. 148/2011, disposizione quest'ultima che prevede l'abrogazione di norme suscettibili di creare restrizioni anticoncorrenziali quali, espressamente, l'imposizione di prezzi minimi che rappresentano la conclusione del processo di individuazione dei costi minimi di esercizio da parte di associazioni di categoria.

Trasporti ferroviari

RICHIESTA DI ESENZIONE DA PARTE DI TRENITALIA DALL'APPLICAZIONE DELLA NORMATIVA IN MATERIA DI APPALTI DI CUI ALL'ART. 30 DELLA DIRETTIVA 2004/17/CE.

Nel giugno 2011, l'Autorità ha inviato alcune osservazioni al Ministro delle Infrastrutture e dei Trasporti, ai sensi dell'articolo 22 della legge n. 287/90, a seguito di una richiesta di parere del Ministero stesso, successivamente integrata da Trenitalia Spa. Tale richiesta riguardava l'istanza di esonero che la società intendeva presentare alla Commissione Europea dall'applicazione della normativa in materia di appalti pubblici, prevista dall'art. 30 della Direttiva 2004/17/CE, a favore di imprese operanti in settori nei quali vigeva in precedenza un regime di monopolio legale e successivamente liberalizzati. L'eventuale accoglimento dell'istanza da parte della Commissione richiedeva la valutazione della contemporanea sussistenza dei seguenti requisiti: *i)* che i mercati fossero liberamente accessibili; *ii)* che essi fossero effettivamente esposti alla concorrenza.

Quanto al primo requisito, l'Autorità ha osservato come, nonostante il settore ferroviario sia stato oggetto di progressiva liberalizzazione a norma della disciplina comunitaria, in Italia sussistano ancora fattori suscettibili di ostacolare o almeno ritardare l'efficacia di tali direttive: *i)* l'integrazione verticale tra gestore della rete e Trenitalia, *incumbent* del servizio di trasporto ferroviario; *ii)* l'assenza di un regolatore con caratteristiche analoghe a quelle delle Autorità che hanno accompagnato i processi di liberalizzazione nei settori telecomunicazioni e dell'energia; *iii)* la presenza di specifici interventi nel quadro normativo nazionale non perfettamente aderenti al generale obiettivo di apertura dei mercati.

Con riguardo al secondo requisito, l'Autorità ha osservato che, nel settore del trasporto ferroviario merci risultavano presenti, oltre a Trenitalia e alle imprese partecipate dal gruppo FS, altri 25 operatori, con quote di mercato in progressivo aumento; un importante ruolo di disciplina concorrenziale veniva inoltre svolto dagli operatori attivi nel trasporto merci per via terrestre. Con riferimento al settore del trasporto ferroviario passeggeri a media-lunga percorrenza, invece, erano all'epoca presenti, su alcune rotte interregionali, altri due concorrenti dell'*incumbent* Trenitalia (DB-ÖBB e Arenaways); inoltre, con particolare riferimento al segmento dell'alta velocità, era previsto l'ingresso della società NTV. In entrambi i settori, (merci e passeggeri a media-lunga percorrenza), tuttavia, l'incidenza del trasporto pubblico sussidiato sui traffici totali rimaneva particolarmente significativa, sussistendo la possibilità, seppur circoscritta, di effettuare sussidi incrociati.

L'Autorità ha quindi auspicato che, nella valutazione della sussistenza dei due requisiti sopra indicati la Commissione tenesse conto degli elementi di criticità esposti, con riferimento alla generalità dei servizi di trasporto ferroviario (passeggeri e merci) ma, in special modo, con riguardo ai servizi di trasporto ferroviario passeggeri a media-lunga percorrenza diversi dall'alta velocità.

ULTERIORI MISURE URGENTI PER LA STABILIZZAZIONE FINANZIARIA E LO SVILUPPO

Nel settembre 2011, nell'esercizio dei poteri di cui all'articolo 21 della legge n. 287/90, l'Autorità ha formulato alcune osservazioni in merito all'articolo 8, comma 3-*bis* del disegno di legge A.S. n. 2887, di conversione del decreto-legge 13 agosto 2011, n. 138, recante "*Ulteriori misure urgenti per la stabilizzazione finanziaria e per lo sviluppo*", con particolare riferimento all'emendamento governativo relativo all'applicazione del contratto collettivo nazionale del lavoro (CCNL) alle imprese ferroviarie operanti sul territorio nazionale. Tale emendamento prevedeva che le imprese ferroviarie, incluse le nuove entranti, dovessero "osservare" i contratti collettivi nazionali di settore e le prescrizioni in materia di "condizioni di lavoro del personale".

Sul punto, l'Autorità ha osservato che l'imposizione a tutte le imprese ferroviarie dell'adozione del CCNL di settore si sarebbe tradotta in un accrescimento significativo dei costi di produzione per le imprese concorrenti di Trenitalia, specialmente per quelle entrate nel mercato a seguito della liberalizzazione; in particolare, l'Autorità ha ritenuto la questione di particolare

rilievo sia per i nuovi entranti nel trasporto passeggeri a media/lunga percorrenza e ad alta velocità, sia per i numerosi e qualificati operatori già presenti nel trasporto ferroviario merci, esposti a una possibilità di ingiustificato svantaggio nella concorrenza con l'ex-monopolista. Infatti, beneficiando tale ultimo soggetto di una rilevante integrazione verticale e di una posizione di preminenza sul mercato, e operando sovente senza una consistente pressione competitiva, appariva l'unico in grado di trasferire parte della propria rendita ai diversi fattori produttivi, tra i quali il fattore lavoro.

L'Autorità ha quindi ribadito, in coerenza con altri propri precedenti interventi sulla materia, come l'imposizione per legge dell'adozione di un determinato tipo di CCNL potesse apparire eventualmente appropriata per i soli aspetti del contratto che producono effetti sulla sicurezza dei trasporti, senza estendersi anche a quelli meramente economici; questi ultimi comporterebbero infatti per i nuovi entranti la necessità di pagare il lavoro, fattore produttivo di primaria importanza, al prezzo sopportato fino a quel momento solamente dall'ex monopolista.

Al riguardo, l'Autorità ha anche richiamato gli esiti di studi condotti in sede OCSE, confermati dalla letteratura economica, in base ai quali i lavoratori dei settori con forti barriere legali all'ingresso godono di un trattamento più favorevole della media grazie alla rendita monopolistica delle imprese ivi operanti; e ciò anche a prescindere dall'effettiva realizzazione di extra profitti monopolistici.

Diversamente, secondo quanto osservato dall'Autorità, un nuovo contratto nazionale diverso da quello dell'ex-monopolista avrebbe potuto lasciare più spazio alla contrattazione integrativa di livello aziendale, meglio adattandosi alle caratteristiche dei nuovi entranti e alla nuova struttura del settore. Esso avrebbe consentito quindi uno strumento più adeguato a garantire l'equilibrio tra tutela dei diritti dei lavoratori e tutela della concorrenza, senza incidere negativamente sull'evoluzione di settori formalmente liberalizzati, ma non ancora pienamente concorrenziali, quale risultava essere quello del trasporto ferroviario.

Trasporti marittimi

CRITERI DI AFFIDAMENTO DEI SERVIZI DI TRASPORTO PUBBLICO MARITTIMO NEI GOLFI DI NAPOLI E SALERNO

Nel febbraio 2011, l'Autorità ha inviato alcune osservazioni alla Regione Campania, ai sensi dell'articolo 22 della legge n. 287/90, a seguito di una richiesta di parere in merito alla possibilità di prorogare per tre anni il vigente regime di obblighi di servizio pubblico per il trasporto marittimo nei golfi di Napoli e Salerno, rinviando così al 2014 l'affidamento del servizio con gara.

L'Autorità ha preliminarmente osservato come, nel caso di assunzione di obblighi di servizio pubblico senza oneri per l'amministrazione pubblica, la possibilità di affidamenti diretti senza ricorso alla gara non risultasse necessariamente incoerente con i principi della concorrenza, rivelandosi possibile una gestione degli obblighi di servizio pubblico soddisfatta da una pluralità di operatori, in competizione reciproca nella parte "libera" del mercato.

L'Autorità, tuttavia, ha rilevato come tale modalità di gestione fosse da preferire solo nel caso in cui le specificità di singoli mercati o il contesto istituzionale non determinino delle esclusive di fatto sui singoli collegamenti, che potrebbero indurre gli operatori privati a compensare l'assenza di sovvenzioni con un meccanismo opaco di sussidi incrociati, in grado di alterare il confronto concorrenziale su quella parte della domanda il cui prezzo non sia condizionato dagli obblighi di servizio pubblico.

Con specifico riguardo all'organizzazione dei servizi oggetto della richiesta di parere, l'Autorità aveva già formulato simili rilievi sia in due proprie segnalazioni che nell'ambito del procedimento istruttorio "I689 - Organizzazione dei servizi marittimi nel Golfo di Napoli", evidenziando come il sistema privilegiato dalla Regione per la gestione del servizio pubblico - compresenza di operatori privati non sussidiati con un operatore pubblico sussidiato - avesse non solo ostacolato il dispiegarsi di dinamiche concorrenziali, ma anche agevolato condotte collusive degli operatori privati presenti.

In conclusione, anche in ragione della circostanza che la Regione si sarebbe attivata con il Governo nazionale affinché i sussidi sino ad allora previsti soltanto nei confronti dell'operatore da privatizzare potessero essere utilizzati per remunerare obblighi di servizio pubblico attribuiti con criteri trasparenti, l'Autorità ha ritenuto, a fronte delle esigenze di programmazione triennale e di liberalizzazione, proporzionata una proroga dell'attuale regime, purché non contribuisse alla cristallizzazione o restrizione dei mercati.

SERVIZI TECNICO-NAUTICI E DETERMINAZIONE DELLE RELATIVE TARIFFE NEI PORTI ITALIANI

Nel dicembre 2011, l'Autorità ha inviato alcune osservazioni al Ministro dello Sviluppo Economico, Infrastrutture e Trasporti, al Ministro della Difesa e alle Autorità Portuali, ai sensi dell'articolo 22 della legge n. 287/90, in ordine alle problematiche concorrenziali che si registrano nei porti italiani, con particolare riferimento allo svolgimento dei servizi tecnico-nautici e alla determinazione delle relative tariffe.

Al riguardo, l'Autorità ha innanzitutto inteso ribadire quanto già affermato nell'"*Indagine Conoscitiva sul Settore dei Servizi Portuali*" del 1997, in merito al principio secondo cui è inopportuno che i soggetti incaricati della regolazione e del controllo possano anche intervenire nella gestione diretta dei servizi, ritrovandosi in tal modo nel doppio ruolo di arbitri e di giocatori. Allo stesso modo, al fine di evitare trasferimenti indesiderabili fra le attività riservate e quelle in concorrenza, attraverso il fenomeno dei sussidi incrociati, l'Autorità ha ritenuto auspicabile che non si realizzi alcuna commistione fra i servizi in riserva legale e quelli in concorrenza e che gli stessi siano svolti quanto meno con società separata. In particolare, l'Autorità ha riaffermato l'auspicio che gli ambiti della riserva legale siano limitati agli specifici casi nei quali essa risulta assolutamente indispensabile, lasciando che in tutti gli altri operi la concorrenza.

Una volta individuati gli attuali ambiti di fallimento del mercato, per le situazioni che comportano la necessità di gestire il servizio in regime di riserva legale, l'Autorità ha rilevato l'opportunità che, non potendosi svolgere la

concorrenza “all’interno del mercato”, ci si affidi comunque alla concorrenza “per il mercato” tramite affidamento con procedura pubblica. Esclusivamente qualora le due modalità citate - concorrenza nel mercato e concorrenza per il mercato - non siano realizzabili, dovrà intervenire una regolazione di dettaglio del livello delle tariffe.

A quest’ultimo riguardo, l’Autorità ha auspicato che il meccanismo di determinazione delle tariffe, piuttosto che basarsi sui ricavi e sui costi delle imprese che svolgono il servizio (cosiddetto sistema del “*rate of return*”), adotti il sistema più incentivante del cosiddetto *price-cap*, che prevede la fissazione di un incremento delle tariffe del monopolista pari al tasso di inflazione, ridotto di un fattore scelto arbitrariamente come indicativo della capacità del monopolista di incrementare la propria produttività. L’adozione del sistema del *price-cap*, peraltro largamente diffuso e non ritenuto normalmente in contrasto con le esigenze di sicurezza, implica la possibilità per il monopolista di realizzare profitti crescenti, laddove esso riduca i costi più di quanto preventivato dal regolatore, costituendo senz’altro un incentivo alla migliore efficienza e, dinamicamente, al contenimento delle tariffe.

Trasporto pubblico locale

COMUNE DI MONTEFIASCONE (VT) - SERVIZIO DI TRASPORTO PUBBLICO LOCALE.

Nel febbraio 2011, a seguito di richiesta di parere da parte del Comune di Montefiascone, l’Autorità ha inviato alcune osservazioni, ai sensi dell’articolo 22 della legge n. 287/90, al suddetto Comune e alla Regione Lazio, in merito alla possibilità di procedere all’affidamento *in-house* dei servizi di trasporto pubblico locale (TPL) nell’ambito del Comune sulla base dell’articolo 61 della legge n. 99/09, che consentirebbe alle autorità competenti all’aggiudicazione di contratti di servizio, anche in deroga alla disciplina di settore, di avvalersi delle previsioni di cui al regolamento (CE) n. 1370/07.

Al riguardo, l’Autorità ha ribadito che l’articolo 23-*bis*, come da ultimo modificato dall’articolo 15 della legge n. 135/09, prevedeva che il conferimento della gestione dei servizi pubblici dovesse avvenire in via ordinaria per il tramite di procedure competitive ad evidenza pubblica, o a favore di società miste a partecipazione pubblica e privata il cui socio privato sia selezionato mediante procedure competitive ad evidenza pubblica.

L’Autorità ha altresì sottolineato che l’affidamento dei servizi pubblici locali doveva comunque avvenire nel rispetto dei principi della disciplina comunitaria, i quali riconducono l’utilizzabilità dell’istituto dell’affidamento diretto ad ipotesi eccezionali di riscontrata impossibilità di rivolgersi efficacemente e utilmente al mercato.

Pertanto, sulla base di quanto espresso dall’Autorità, laddove il ricorso a procedure competitive permettesse di individuare l’operatore più idoneo ad effettuare gli investimenti necessari e ad offrire il servizio migliore al minor costo, la modalità di affidamento *in-house* non risultava avere carattere di legittimità.

L’Autorità ha quindi auspicato la piena applicazione dell’articolo 23-*bis*, limitando il ricorso all’affidamento diretto alle sole ipotesi, tassativamente

individuare dal comma 3 del medesimo articolo, di riscontrata impossibilità di rivolgersi al mercato.

REGIONE ABRUZZO - BANDO DI GARA PER L’AFFIDAMENTO DEI SERVIZI DI TRASPORTO PUBBLICO LOCALE

Nell’aprile 2011, l’Autorità ha inviato alcune osservazioni al Presidente della Regione Abruzzo, ai sensi dell’articolo 22 della legge n. 287/90, a seguito di una richiesta di parere inoltrata dalla Regione medesima, in relazione alla legittimità dell’indizione di una gara per l’affidamento dei servizi regionali di Tpl, stante la circostanza secondo la quale l’ente appaltante deteneva la quasi totalità del capitale sociale delle tre principali imprese di Tpl attive sul territorio regionale.

Al riguardo, l’Autorità ha in primo luogo ribadito di aver sempre stigmatizzato il conflitto di ruoli in capo all’ente appaltante, in quanto ciò rende sempre presente il rischio di un eventuale diverso trattamento dei soggetti da esso partecipati ed è suscettibile di alterare il confronto concorrenziale in sede di gara.

Ciò premesso, l’Autorità ha anche evidenziato come, durante una fase transitoria in cui si ravvisi una difficoltà oggettiva dell’amministrazione regionale a cedere in maniera vantaggiosa le proprie partecipazioni azionarie, il rischio di favorire le proprie controllate possa essere minimizzato mediante il ricorso ad un soggetto terzo - individuabile anche tra soggetti pubblici indipendenti dall’Amministrazione regionale - per la validazione del bando e la gestione della gara; soluzione questa in grado di consentire sia la verifica della correttezza dei requisiti tecnico-finanziario richiesti per la partecipazione, sia il rispetto dei principi di imparzialità e parità di trattamento nelle successive fasi di svolgimento e aggiudicazione della gara.

SERVIZIO “AMICO BUS” IN SARDEGNA

Nel luglio 2011, l’Autorità ha trasmesso una segnalazione al Presidente della Regione Sardegna, ai sensi dell’articolo 21 della legge n. 287/1990, formulando alcune osservazioni in merito alle modalità di affidamento del servizio “Amico Bus” adottate dall’Amministrazione regionale.

L’Autorità ha osservato che tale Amministrazione, ad esito della fase sperimentale del servizio in questione, aveva proceduto, da un lato, ad affidare direttamente il servizio, senza chiedere il parere preventivo all’Autorità; dall’altro, a disporre un prolungamento per cinque anni del periodo di operatività dei contratti di servizio in essere. Nel merito dei comportamenti assunti, l’Autorità ha ritenuto che, in forza del disposto dell’articolo 23-*bis* della l. 133/2008, l’Amministrazione regionale avrebbe dovuto viceversa indire un procedimento di gara già nel 2009, ovvero - ove avesse ritenuto infruttuoso il ricorso al mercato - chiedere il parere preventivo all’Autorità in merito all’affidamento *in house* del servizio.

Al riguardo, l’Autorità ha sottolineato come, pur a seguito della - allora recentemente avvenuta - abrogazione del suddetto articolo 23 *bis*, il nuovo quadro normativo delineatosi non possa interpretarsi come una legittimazione del potere politico locale a entrare direttamente in numerose aree di servizio

economico mediante aziende municipalizzate. Infatti, sono da considerarsi comunque applicabili le norme del Trattato Europeo sulle gare per la scelta del miglior affidatario, nonché i principi di buon andamento ed efficacia dell'azione amministrativa, cui devono necessariamente attenersi le aziende pubbliche, che impongono il ricorso al mercato in presenza di inefficienze e sprechi.

Pertanto l'Autorità ha auspicato, a seguito della scadenza del 31 dicembre 2012 del vigente contratto per la gestione del servizio "Amico Bus", il ricorso alla gara per il riaffidamento del servizio, senza ricorrere ad ulteriori proroghe dell'affidamento del servizio.

REGIONE SICILIA - MODALITÀ DI AFFIDAMENTO DELLA GESTIONE DEI SERVIZI DI TRASPORTO PUBBLICO LOCALE

Nell'ottobre 2011, l'Autorità ha inviato alcune osservazioni, ai sensi dell'articolo 21 della legge n. 287/90, ai Presidente della Regione Autonoma Siciliana e Assessore per le Infrastrutture e la Mobilità della Regione Autonoma Siciliana in merito alla modalità prescelta dalla Regione per l'affidamento della gestione di una serie di servizi di trasporto pubblico locale e ai possibili profili distorsivi della concorrenza a questa connessi.

In primo luogo, l'Autorità ha ribadito come il principio costituzionale di autonomia dei poteri locali, anche nel caso di Regioni o Province a statuto speciale, non possa costituire giustificazione valida all'adozione di scelte normative e amministrative in contrasto con le norme a garanzia di tutela della concorrenza, da cui risulta disciplinato l'affidamento diretto della gestione di servizi pubblici locali. In tale ambito, pur precisando che la procedura di gara rappresenta l'unica modalità con cui procedere all'individuazione del soggetto gestore, al fine di operare una scelta efficiente in termini di qualità ed economicità dei servizi offerti, l'Autorità ha riconosciuto l'esistenza di situazioni locali particolari in cui il ricorso all'affidamento diretto potrebbe essere giustificato.

Alla luce di quanto detto, l'Autorità ha valutato in contrasto con i principi di tutela della concorrenza la previsione espressa all'articolo 27 della legge regionale 22 dicembre 2005, n. 19, ai sensi del quale veniva disposta, in relazione ad un numero non irrilevante di servizi di trasporto pubblico locale extraurbano sull'intero territorio regionale, la trasformazione delle concessioni in atto al momento dell'emanazione della legge in contratti di affidamento provvisorio della durata di tre anni (nel 2009 prorogati per ulteriori cinque anni) a favore delle stesse aziende già concessionarie dei servizi, eliminandosi con tale previsione gli spazi per il confronto concorrenziale tra gli operatori economici interessati alla gestione di servizi di interesse generale in ambito locale.

L'Autorità ha inoltre sottolineato come, a fronte delle disposizioni di cui al comma 32 dell'articolo 4 del decreto legge 13 agosto 2011, n. 138, secondo cui per gli affidamenti di importo inferiore ai 900.000 euro annui, vale la scadenza originaria dell'affidamento, in ragione delle proroghe di ulteriori 5 anni concesse nel 2009 dalla Regione Sicilia alle società affidatarie dei servizi di Tpl in questione, fosse elevato il rischio di una cristallizzazione degli assetti di mercato esistenti almeno fino al 2014.

Infine, ulteriore impedimento alla concorrenza è stato riscontrato nella previsione per cui, nelle more dell'attuazione della riforma organica del settore che porterà all'approvazione del piano di riassetto organizzativo e funzionale del trasporto pubblico locale, vige il divieto di affidamento di nuovi servizi di Tpl, con la sola possibilità di adeguare il numero delle corse in funzione di mutate esigenze della mobilità (di cui all'articolo 27, comma 6 della legge regionale 22 dicembre 2005, n. 19).

In base a tali considerazioni, l'Autorità ha quindi auspicato che le osservazioni formulate potessero costituire la base per un riesame della materia da parte della Regione Sicilia, al fine di stimolare nei mercati interessati un maggiore confronto concorrenziale.

REGIONE CAMPANIA - DISPOSIZIONI IN MATERIA DI TRASPORTO SCOLASTICO

Nel novembre 2011, l'Autorità ha inviato alcune osservazioni ai sensi dell'articolo 22 della legge n. 287/90 al Presidente della Regione Campania, in relazione alle disposizioni della legge regionale Campania 1° agosto 2011, n. 13, recante norme in materia di trasporto scolastico.

Al riguardo, l'Autorità ha evidenziato, in primo luogo, il proprio apprezzamento per la *ratio* pro-concorrenziale della legge, che sottrae i servizi di trasporto scolastico alla gestione in esclusiva, sottoponendoli ad un regime autorizzatorio di concorrenza "nel mercato", coerente con i principi delineati dal legislatore nazionale con l'articolo 4 del decreto-legge n. 138/2011. Alcune disposizioni della norma, tuttavia, sono state ritenute dall'Autorità suscettibili di prestarsi ad un'interpretazione distorta, potenzialmente idonea a determinare restrizioni della concorrenza in fase di attuazione. Si tratta, in particolare, dell'ampia discrezionalità riconosciuta ai Comuni nella scelta del numero di autorizzazioni da attribuire, dei titoli valutabili e dei criteri di valutazione degli stessi (articolo 4 della legge regionale n. 13/2011), nonché delle modalità di determinazione delle tariffe di cui all'articolo 6 della legge regionale, suscettibile di tradursi in forme di ripartizione del mercato da parte dei diversi soggetti attivi nel mercato del trasporto scolastico, a danno degli utenti e dell'amministrazione, e con il rischio di sterilizzare i possibili guadagni di efficienza ricollegabili al passaggio da un sistema di concessione in esclusiva ad un meccanismo di autorizzazione.

L'Autorità ha auspicato, pertanto, che, sulla base dell'effettiva richiesta di mobilità, l'Ente locale stabilisca il numero di autorizzazioni da attribuire e provveda a fissare, se necessario, tariffe massime sulle quali i diversi soggetti possano competere al ribasso. Il contratto di servizio, in tal caso, potrebbe prevedere eventuali compensazioni a fronte dell'assolvimento di specifici obblighi di servizio pubblico trasparenti e non discriminatori.

COMUNE DI AGEROLA (NA) - AFFIDAMENTO SERVIZI DI TRASPORTO SCOLASTICO

Nel dicembre 2011, l'Autorità ha inviato alcune osservazioni al Comune di Agerola (NA), nell'esercizio dei propri poteri di segnalazione di cui all'articolo 22 della legge 10 ottobre 1990, in relazione alla scelta dell'Ente di procedere all'affidamento diretto del servizio di trasporto scolastico.

Al riguardo, l'Autorità ha ribadito gli orientamenti già più volte espressi con riferimento all'affidamento della gestione di servizi pubblici da parte delle amministrazioni locali, recepiti anche dalle recenti modifiche del quadro normativo, che delineano chiaramente il regime di esclusiva come modello "residuale" di gestione.

In tal senso, ciascun Ente competente dovrebbe motivare adeguatamente la scelta di mantenere diritti di esclusiva per la gestione di servizi pubblici locali senza una preventiva valutazione in merito alla praticabilità di una gestione maggiormente concorrenziale basata su un meccanismo autorizzatorio.

Inoltre, l'Autorità ha ricordato come anche nei casi in cui l'affidamento diretto dei servizi sia circoscritto al tempo necessario a garantirne la continuità, nelle more dell'esperimento di una nuova gara, non possa essere trascurata la necessità di prediligere, nei limiti del possibile, modalità competitive di affidamento dei servizi.

COMUNE DI ALASSIO (SV) - BANDO DI GARA PER L'AFFIDAMENTO DEL SERVIZIO DI GESTIONE DELLE AREE DI SOSTA A PAGAMENTO

Nel marzo 2011, l'Autorità ha formulato alcune osservazioni al Presidente del Consiglio comunale di Alassio, ai sensi dell'articolo 21 della legge n. 287/90, in merito al bando di gara per l'affidamento dei servizi di gestione delle aree di sosta a pagamento nell'ambito del Comune di Alassio, pubblicato in data 21 dicembre 2011.

L'Autorità, pur esprimendo il proprio favore nei confronti dell'iniziativa di affidare il servizio in questione attraverso procedure di gara ad evidenza pubblica, ha ritenuto che alcune previsioni contenute nel bando fossero suscettibili di limitare ingiustificatamente la partecipazione delle imprese mediante fissazione di criteri di preselezione eccessivamente rigidi.

In particolare, l'Autorità, richiamando alcune proprie precedenti segnalazioni, ha ribadito che i requisiti economici e finanziari richiesti per la partecipazione alla gara, con specifico riferimento al fatturato realizzato negli ultimi esercizi finanziari, erano da valutarsi alla luce delle disposizioni contenute nell'articolo 13 del decreto legislativo n. 358/92 e nell'articolo 13 del decreto legislativo n. 157/95, e successive modifiche, costituenti la normativa di riferimento per gli appalti pubblici di forniture di beni e per gli appalti di pubblici servizi.

Tale normativa prevede che la capacità economico-finanziaria possa essere dimostrata mediante una dichiarazione attestante il bilancio d'impresa e l'importo relativo a forniture identiche a quella oggetto della gara realizzate negli ultimi tre esercizi. Inoltre, la norma consente alle imprese di provare la propria capacità economica e finanziaria mediante il deposito di documentazione alternativa al bilancio, anche al fine di evitare la preclusione alla gara per le imprese la cui costituzione è avvenuta in tempi immediatamente precedenti alla pubblicazione del bando.

L'Autorità ha infine sottolineato come la proporzionalità nell'individuazione delle soglie di fatturato per la partecipazione alle gare debba essere valutata anche in relazione al numero degli anni per cui il raggiungimento di un certo livello di fatturato viene richiesto, evitando, soprattutto per le prestazioni di minore

complessità, che l'individuazione del livello del fatturato e del numero di anni si traduca in discriminazioni nei confronti degli operatori di minori dimensioni o non presenti sui mercati di riferimento che risultino comunque in possesso delle capacità tecniche ed economiche necessarie per partecipare alla gara.

COMUNE DI REGGIO EMILIA- BANDO DI GARA PER L'AFFIDAMENTO DEL SERVIZIO DI GESTIONE DELLE AREE DI SOSTA A PAGAMENTO E DEL SERVIZIO DI SCUOLABUS

Nel marzo 2011, l'Autorità ha formulato alcune osservazioni al Presidente del Consiglio comunale di Reggio Emilia, ai sensi dell'articolo 21 della legge n. 287/90, in merito al bando di gara per l'affidamento dei servizi di gestione delle aree di sosta a pagamento e del servizio di scuolabus nell'ambito del comune di Reggio Emilia, pubblicato in data 14 dicembre 2011.

Preliminarmente, l'Autorità ha sottolineato il proprio favore nei confronti dell'iniziativa di affidare i servizi in questione per il tramite di procedure di gara ad evidenza pubblica.

Tuttavia, l'Autorità ha ritenuto che alcune previsioni contenute nel bando fossero suscettibili di limitare ingiustificatamente la partecipazione delle imprese alla gara.

In primo luogo, l'Autorità ha ritenuto doveroso censurare, ai sensi del diritto della concorrenza, la scelta di inserire in un unico bando di gara due servizi totalmente disomogenei tra loro, quali la gestione delle aree di sosta e il servizio di scuolabus, ognuno dei quali avrebbe potuto costituire oggetto di autonoma procedura di gara. La scelta effettuata dall'Amministrazione è apparsa pertanto suscettibile di limitare ingiustificatamente il numero di partecipanti alla gara.

In secondo luogo, con riferimento alle previsioni relative ai requisiti economici e finanziari necessari per la partecipazione alla gara e, in particolare, al fatturato realizzato dai partecipanti negli ultimi esercizi finanziari, l'Autorità ha richiamato alcune proprie precedenti segnalazioni, ribadendo che tali requisiti sono da valutarsi alla luce della normativa di riferimento per gli appalti pubblici di forniture di beni e per gli appalti di pubblici servizi, la quale prevede che la capacità economico-finanziaria di un'impresa possa essere dimostrata sia mediante una dichiarazione attestante il bilancio d'impresa e l'importo relativo a forniture identiche a quella oggetto della gara realizzate negli ultimi tre esercizi, sia mediante il deposito di documentazione alternativa al bilancio, anche al fine di evitare la preclusione alla gara per le imprese la cui costituzione è avvenuta in tempi immediatamente precedenti alla pubblicazione del bando.

Telecomunicazioni

AGCOM/MERCATO DEI SERVIZI DI TERMINAZIONE DI CHIAMATE VOCALI SU SINGOLE RETI MOBILI

Nel luglio 2011, l'Autorità, esercitando i poteri consultivi di cui all'art. 22 della legge n. 287/90, ha inviato il proprio parere, richiesto ai sensi dell'art. 19, comma 1, del decreto legislativo 1° agosto 2003, n. 259, dall'Autorità per

le Garanzie nelle Comunicazioni, in merito allo schema di provvedimento concernente “*Mercato dei servizi di terminazione di chiamate vocali su singole reti mobili (mercato n. 7 fra quelli identificati dalla raccomandazione della Commissione Europea n. 2007/879/CE): definizione del mercato rilevante, identificazione delle imprese aventi significativo potere di mercato ed eventuale imposizione di obblighi regolamentari*”.

L'Autorità ha espresso condivisione in relazione all'identificazione, compiuta nel provvedimento in commento, di quattro mercati rilevanti dei servizi di terminazione distintamente per Telecom Italia, Vodafone Omnitel, Wind Telecomunicazioni e H3G e, nell'ambito di ciascuno di loro, della sussistenza di un significativo potere di mercato degli operatori mobili, laddove si è verificato che il servizio di terminazione è offerto da un solo operatore su ciascuna rete mobile, per tutto il traffico voce, indipendentemente dalla rete di origine, destinato alla clientela attestata su quella rete, ed è remunerato da una tariffa all'ingrosso fissata dall'operatore stesso in assenza di vincoli competitivi. Sulla base del regime *calling party pays*, l'operatore di terminazione può pertanto incrementare la tariffa di terminazione all'ingrosso senza che gli operatori concorrenti possano limitare il suo potere di mercato.

L'Autorità ha inoltre ritenuto in linea di massima coerente con le indicazioni della Commissione Europea, e con quanto auspicato dall'Autorità nel parere reso sullo schema di provvedimento relativo al precedente ciclo di analisi di mercato, il modello utilizzato nel provvedimento in esame di determinazione dei prezzi del servizio di terminazione mobile, basato sui costi incrementali di lungo periodo.

Quanto agli obblighi in materia di controllo dei prezzi imposti agli operatori notificati, l'Autorità, pur ritenendo meritevole di apprezzamento la prevista riduzione delle tariffe di terminazione mediante l'orientamento delle stesse ai costi, ha riscontrato che tale allineamento avverrà con circa due anni di ritardo rispetto alla data del 31 dicembre 2012 indicata dalla Commissione Europea, lasciando nel frattempo le tariffe di terminazione italiane a un livello più alto di quello praticato in molti paesi europei, quali la Francia, il Regno Unito e la Germania.

L'Autorità ha infine preso atto del fatto che, sulla base del nuovo “*glide path*” previsto, sarà posticipata di diciotto mesi la piena simmetria delle tariffe di terminazione su rete mobile, che avrebbe dovuto aver luogo dal 1° luglio 2012.

A tale riguardo, pur essendosi espressa in passato in senso favorevole al mantenimento di un'asimmetria fino all'eliminazione delle differenze oggettive di costo derivanti dall'iniziale assegnazione delle frequenze radiomobili, nel caso di specie l'Autorità ha ritenuto di sottolineare la necessità di tenere in maggiore considerazione il processo in corso di riorganizzazione della banda GSM a 900 MHz e di razionalizzazione del relativo utilizzo (cosiddetto “*refarming*”) avviato con la delibera n. 541/08/CONS, processo che ha registrato importanti sviluppi proprio nel corso del 2011; accanto a ciò l'Autorità ha anche ritenuto di sottolineare l'importanza, ai fini della capacità del meccanismo di riorganizzazione delle frequenze di far venir meno le ragioni

del mantenimento di un'asimmetria tariffaria della terminazione, della avviata procedura di assegnazione delle frequenze nelle bande a 800, 1800, 2000 MHz e 2,6 GHz, alcune delle quali a breve disponibili nell'ambito del processo di *switch-off* alla tecnologia digitale terrestre.

REGOLAMENTAZIONE DEI SERVIZI DI ACCESSO ALLE RETI DI NUOVA GENERAZIONE

Nel luglio 2011, l'Autorità, a seguito della richiesta del relativo parere, ha formulato, ai sensi dell'articolo 22 della legge n. 287/1990, le proprie considerazioni all'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni (di seguito AGCom) in merito allo schema di provvedimento in materia di “*Regolamentazione dei servizi di accesso alle reti di nuova generazione*”.

L'Autorità ha in primo luogo osservato che il provvedimento in esame assumeva particolare significato dal punto di vista regolamentare, avendo ad oggetto infrastrutture, quali le cosiddette reti NGN (*Next Generation Network*), ancora in fase di programmazione e la cui prossima e progressiva diffusione è destinata a modificare profondamente i mercati dell'accesso all'ingrosso e al dettaglio in postazione fissa.

Considerata la portata innovativa della norma, l'Autorità ha ritenuto essenziale l'adozione di un quadro regolamentare ben definito, in grado di incentivare gli investimenti e, al contempo, consentire il dispiegarsi di un assetto di mercato pienamente concorrenziale.

Le modifiche degli obblighi posti in capo a Telecom Italia sulla base delle analisi di mercato compiute in occasione dell'emanazione della delibera 314/09/CONS dell'AGCom riguardavano, nel provvedimento in commento, i due mercati a) dell'accesso (fisico) alle infrastrutture di rete in postazione fissa; e b) dell'accesso a banda larga all'ingrosso.

In primo luogo, con attenzione alle misure previste per il mercato dell'accesso all'ingrosso alle infrastrutture di rete, l'Autorità ha osservato come l'obbligo di fornire il servizio di accesso cosiddetto *end-to-end*, imposto sulla base di motivazioni tecniche legate all'architettura di rete che Telecom Italia sta attualmente sviluppando, oltre a presupporre un impegno particolarmente oneroso da parte dell'operatore *incumbent*, non sembrasse, in effetti, dal punto di vista concorrenziale un adeguato sostituto dell'obbligo di accesso disaggregato alla rete in fibra ottica (*unbundling* della fibra), esplicitamente raccomandato dalla Commissione Europea; infatti, la misura prevista della fornitura dell'accesso *end to end* non consentirebbe agli OLO di beneficiare del grado di certezza sulla disponibilità di risorse da parte dell'operatore *incumbent* necessario per predisporre tempestivamente offerte competitive.

In relazione alla previsione, contenuta nel provvedimento in commento, con la quale l'AGCom si è riservata l'opportunità di adottare tali obblighi simmetrici di accesso al segmento terminale e alla tratta di adduzione delle reti - laddove tali infrastrutture non siano né tecnicamente né economicamente duplicabili - solo all'esito del recepimento in Italia del nuovo quadro regolamentare europeo, l'Autorità ha sottolineato la necessità di individuare rapidamente, nell'ambito di un'apposita analisi di mercato, l'esistenza di tratti di infrastruttura non replicabili sui quali imporre eventuali obblighi simmetrici di accesso.

Con riferimento poi al secondo mercato, l'AGCom ha introdotto l'obbligo di fornitura di un servizio di accesso *bitstream* a diversi livelli, tra cui in centrale locale (cosiddetto VULA); l'AGCom ha inoltre stabilito che l'obbligo di controllo dei prezzi e di contabilizzazione dei costi si applicherà solo nelle zone - che saranno identificate nell'ambito di un apposito procedimento - in cui non sarà riscontrato un grado di adeguata concorrenza o nelle quali non è presumibile che si svilupperà in un futuro prossimo, riservandosi altresì la facoltà di introdurre una data limite oltre la quale ritirare l'obbligo di accesso *bitstream* nelle aree caratterizzate da competizione infrastrutturale fra reti di nuova generazione (*sunset clause*).

Al riguardo, l'Autorità, in linea con la Raccomandazione della Commissione Europea relativa all'accesso regolamentato alle reti di accesso di Nuova Generazione, ha ritenuto che la diversificazione degli obblighi su base territoriale non potesse essere giustificata dalla semplice presenza di più infrastrutture concorrenti. Considerata, inoltre, la fase iniziale di sviluppo del mercato dei servizi basati su reti in fibra, l'Autorità ha affermato che l'eventuale modulazione su base territoriale dei rimedi relativi al servizio *bitstream* dovrebbe tener conto dell'esistenza di offerte *wholesale* alternative in concorrenza con quella dell'operatore notificato. Per quanto concerne l'obbligo di orientamento dei costi, l'Autorità ha invece apprezzato la scelta di determinazione dei prezzi dei prodotti di accesso sulla base di un modello a costi incrementali di lungo periodo di tipo *bottom-up*.

Infine, l'Autorità ha auspicato che, nella delicata fase di transizione dalle reti in rame a quelle di nuova generazione, fosse esercitata un'attenta attività di vigilanza al fine di evitare ogni tentativo di *pre-emption* dell'operatore *incumbent* nell'ambito del nascente mercato al dettaglio delle offerte basate su fibra.

MECCANISMO DI RIPARTIZIONE DEL COSTO NETTO DEL SERVIZIO UNIVERSALE PER GLI ANNI 1999-2000-2002-2003

Nel luglio 2011, l'Autorità ha reso un parere, ai sensi dell'articolo 22 della legge n. 287/90, all'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni in merito agli schemi di provvedimento concernenti “*Rinnovazione del procedimento relativo all'applicabilità del meccanismo di ripartizione del costo netto del servizio universale*” per gli anni 1999, 2000, 2002 e 2003.

L'Autorità ha osservato che la *ratio* delle suddette disposizioni, volte a definire le condizioni di applicazione del meccanismo di ripartizione del costo del servizio universale per ciascun anno di riferimento, nasce in linea teorica dalla sussistenza di un'interdipendenza fra il prestatore del servizio universale e gli altri fornitori di reti e servizi di comunicazione elettronica. E' tale interdipendenza tra gli operatori, infatti, a qualificare come “iniquo” o “ingiustificato” l'onere ricadente sul solo prestatore del servizio universale e, dunque, a giustificare la definizione di un meccanismo che ripartisca tale onere tra tutti gli operatori.

Nella pratica, in base alla legislazione vigente, l'Autorità ha osservato come la valutazione della sussistenza di tale relazione di interdipendenza corrisponde ad un'analisi del grado di sostituibilità esistente tra i servizi prestati dal soggetto incaricato di fornire il servizio universale e quelli forniti dai

potenziali contribuenti ai relativi oneri. A tal fine, già in passato l'Autorità aveva ritenuto necessaria un'analisi delle condizioni di mercato per valutare l'esistenza di un grado di sostituibilità tra i predetti servizi tale da giustificare la partecipazione di tutti i relativi prestatori agli oneri del servizio universale.

L'Autorità ha poi richiamato quanto ripetutamente evidenziato dal Consiglio di Stato, secondo il quale la suddetta analisi deve essere effettuata verificando “[i] comportamenti degli utenti di telefonia, [la] convenienza economica delle offerte, [l']evoluzione tecnologica dei prodotti”, onde appurare se “domanda e offerta dei due servizi di telefonia” “si contrappongono in condizione di sostituibilità e concorrenzialità”.

L'Autorità ha quindi osservato come l'analisi in tal senso condotta dalla AGCom fosse stata, in effetti, incentrata sui richiamati elementi, oltre che completa e assistita da esaurienti motivazioni. In particolare, l'Autorità ha ritenuto che fosse stata correttamente dedotta, in base all'analisi dei *trend* del traffico su rete fissa (e, in particolare, del traffico fisso-mobile) e del tasso di ripartizione della spesa degli utenti tra servizi di fonia fissa e mobile, l'esistenza di un sufficiente grado di sostituibilità tra il servizio di telefonia in postazione fissa e quello in postazione mobile, sia dal lato della domanda che da quello dell'offerta, rendendo così condivisibili le valutazioni svolte e le conclusioni raggiunte dall'Autorità di regolazione circa le condizioni del meccanismo di ripartizione dei costi netti del servizio universali per gli anni dal 1999 al 2003.

Servizi postali

RECEPIMENTO DELLA DIRETTIVA COMUNITARIA SUI SERVIZI POSTALI 2008/6/CE

Nel gennaio 2011, l'Autorità ha formulato le proprie osservazioni sulle modalità con cui in Italia stava per essere recepita la terza direttiva postale, rendendo ai Presidenti di Senato e Camera, al Presidente del Consiglio dei Ministri, e ai Ministri dell'Economia e delle Finanze, dello Sviluppo Economico e della Pubblica Amministrazione e Innovazione il proprio parere ai sensi dell'articolo 22 della legge n. 287/90 sullo schema di decreto legislativo recante attuazione della direttiva 2008/6/CE, di modificazione della direttiva 97/67/CE ai fini del pieno completamento del mercato interno dei servizi postali comunitari.

L'Autorità ha evidenziato specifici aspetti dello schema di decreto per il quale si ravvisavano elementi di difformità rispetto alla disciplina comunitaria e alle regole a tutela della concorrenza, con effetti di freno del processo di liberalizzazione dei servizi postali in Italia, quali le caratteristiche del soggetto regolatore designato, le prescelte modalità di affidamento del Servizio Universale e di definizione della struttura e del finanziamento del relativo costo, il mantenimento di alcuni ambiti di riserva a favore di Poste Italiane Spa.

Con riguardo al primo profilo, l'Autorità ha in primo luogo ritenuto che, in un contesto come quello italiano in cui l'operatore postale ex monopolista Poste Italiane Spa è una società a partecipazione pubblica totalitaria, lo schema di

decreto in esame presentasse una rilevante criticità sotto il profilo concorrenziale nella definizione, quale soggetto regolatore, non già di un'Autorità indipendente dal Governo, come richiesto dalla direttiva 2008/6/CE, bensì di un'Agenzia, la quale in base all'ordinamento nazionale opera al servizio delle Amministrazioni Pubbliche ed è organismo sottoposto ai poteri di indirizzo e di vigilanza di un Ministro.

L'Autorità ha, infatti, ricordato come, ai sensi del decreto legislativo 30 luglio 1999, n. 300, le regole di funzionamento previste per la figura giuridica dell'Agenzia prevedono stringenti poteri di indirizzo del Governo, primo fra tutti il potere di nomina del direttore generale dell'Agenzia; ha riscontrato la previsione di un ruolo centrale del Ministero dello Sviluppo Economico anche con riferimento alla struttura organizzativa e alle funzioni affidate all'Agenzia, con riguardo alle decisioni relative al numero di risorse, alle modalità di trasferimento del personale e delle risorse strumentali nonché di attribuzione e di svolgimento delle varie competenze. L'Autorità ha ritenuto quindi di tutta evidenza che, alla luce delle predette previsioni, l'ente regolatore così come definito dallo schema di decreto non rispettasse il principio della separazione delle funzioni di regolamentazione dalle funzioni operative né che esso potesse garantire, così come richiesto dalla direttiva 2008/6/CE, il principio di indipendenza dell'autorità nazionale di regolamentazione e la conseguente imparzialità delle decisioni dalle stesse adottate.

L'Autorità ha quindi sottolineato come l'assenza di indipendenza del regolatore postale fosse suscettibile di determinare un rallentamento del processo di liberalizzazione in corso favorendo la posizione dell'ex monopolista Poste Italiane in rapporto con gli altri operatori già presenti o potenziali dei mercati postali, anche in considerazione del fatto che lo schema di decreto legislativo non conteneva esplicite disposizioni atte a garantire in tempi certi l'adozione di provvedimenti regolatori in materia di accesso alla rete postale dell'ex monopolista e ai relativi servizi.

Con riguardo al secondo profilo, relativo alle disposizioni inerenti il servizio universale, ricordando che la direttiva 97/67/CE consente di modulare la definizione di tale servizio al fine di renderlo accessibile agli operatori concorrenti e di utilizzare forme di affidamento pienamente competitive come quelle dell'evidenza pubblica, l'Autorità ha ritenuto che la scelta di affidare direttamente a Poste Italiane, per una durata complessiva di 15 anni, l'intero servizio universale su tutto il territorio nazionale non cogliesse le opportunità offerte dalla normativa comunitaria e fosse incompatibile con l'apertura concorrenziale del settore.

Ribadendo l'opportunità di prevedere un affidamento di breve durata al fine di consentire lo svolgimento di una procedura ad evidenza pubblica che ponesse a gara tutto o parte del servizio universale per tutto o parte del territorio nazionale, con lo scopo di consentire l'accesso al servizio anche da parte di operatori già presenti sul mercato o potenziali nuovi entranti, l'Autorità ha in particolare sottolineato l'effetto anticompetitivo dell'individuazione, fra i criteri utilizzati all'art. 3 del decreto per la "designazione" del fornitore del servizio universale, di quelli previsti alle lettere e) *esperienza di settore* e f) *eventuali pregressi rapporti con la pubblica amministrazione nel settore*

specifico con esito positivo, laddove risulta evidente che nessun operatore alternativo a quello storico potrà mai vantare analoghi requisiti.

In secondo luogo l'Autorità ha riscontrato come, mentre le disposizioni comunitarie prevedevano varie possibilità di modulazione dell'ambito di servizio universale in termini di estensione geografica e merceologica dello stesso, lo schema di decreto contemplasse unicamente la possibilità che il predetto Servizio fosse fornito su tutto il territorio nazionale nella sua totalità da un solo operatore.

Non potendo escludersi, tuttavia, che il processo di liberalizzazione in atto potesse determinare un assetto di mercato tale da rendere più efficiente una frammentazione del servizio consentendo a nuovi entranti di operare a condizioni di servizio universale in una parte del Paese o solo per determinati prodotti, l'Autorità ha sottolineato in proposito come sarebbe stato auspicabile che, analogamente a quanto avvenuto in altri Stati membri, si fosse valutata la possibilità di limitare tali prestazioni esclusivamente a quei servizi essenziali che l'utente non sarebbe altrimenti in grado di acquistare a titolo individuale, escludendo ad esempio da tale ambito la cosiddetta *bulk mail*, ossia gli invii di corrispondenza in grande quantità, servizio già reso da operatori concorrenti di Poste Italiane e per il quale avrebbe potuto svilupparsi una vivace concorrenza a seguito dell'abolizione della riserva per gli invii al di sotto dei 50 grammi di peso.

Nello stesso senso, l'Autorità ha valutato negativamente il fatto che lo schema di decreto mantenesse nell'ambito del servizio universale i pacchi fino a 20 kg, laddove le disposizioni comunitarie applicabili avrebbero consentito una riduzione del predetto limite a 10 kg. La scelta di mantenere il limite massimo previsto dalla fonte comunitaria comporta, infatti, un onere addizionale per il fornitore del servizio universale, che inevitabilmente si riflette sulla sua efficienza e sul suo conto economico, oltre a ricadere sugli operatori concorrenti attraverso i previsti meccanismi di compensazione finanziaria.

Sul punto l'Autorità ha infine osservato che riducendo l'ambito del servizio universale si sarebbero ridotti gli effetti restrittivi connessi alla circostanza che l'attuale fornitore è attualmente titolare di benefici fiscali - quali ad esempio l'esenzione IVA - che costituiscono un vantaggio concorrenziale ingiustificato rispetto agli altri operatori.

Con riguardo alle modalità di finanziamento dell'onere del servizio universale, l'Autorità ha sottolineato come la gestione del fondo di compensazione dovesse essere improntata a criteri di indipendenza, trasparenza e non discriminazione e affidata ad un organismo indipendente, così come, peraltro, già previsto dalla fonte comunitaria, e ciò in modo da evitare che la contribuzione al suo onere divenisse penalizzante per i nuovi operatori o si potesse tradurre in un beneficio concorrenziale a favore di Poste Italiane.

Da ultimo, l'Autorità ha valutato negativamente, dal punto di vista concorrenziale, il mantenimento della riserva per gli invii raccomandati attinenti alle procedure giudiziarie e per i servizi inerenti alle notificazioni a mezzo posta di cui all'articolo 20 del decreto legislativo 30 aprile 1992, n. 285 (Codice della Strada), in quanto scelta che ostacola un pieno confronto concorrenziale nell'ambito degli invii raccomandati, escludendo normativamente dall'ambito della contendibilità tutta la domanda derivante dal settore giudiziario e delle infrazioni del Codice della Strada.

In conclusione, l'Autorità ha ritenuto che il testo in esame, fondamentale ai fini del processo di liberalizzazione del settore postale, fosse carente con riguardo alle misure necessarie fondamentali per consentire la realizzazione di una concorrenza effettiva quali, in via principale, l'individuazione di un'autorità di regolazione indipendente dal Governo, l'affidamento del servizio universale con procedure di evidenza pubblica, l'abolizione della riserva postale e l'apertura della rete dell'operatore storico ex monopolista.

Diritti televisivi, editoria e servizi pubblicitari

TUTELA DEI CONTENUTI EDITORIALI SU INTERNET.

Nel gennaio 2011, l'Autorità ha inviato alcune osservazioni, ai sensi dell'articolo 21 della legge n. 287/90, al Presidente del Senato della Repubblica, al Presidente della Camera dei Deputati, al Presidente del Consiglio dei Ministri, al Ministro dello Sviluppo economico e al Dipartimento delle Politiche Comunitarie presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri in merito alla normativa sul diritto di autore di cui alla legge 22 aprile 1941, n. 633, con specifico riguardo alla tutela dei contenuti editoriali su internet.

Nel precedente mese di dicembre, infatti, l'Autorità aveva chiuso, accogliendo ai sensi dell'articolo 14-ter della legge 10 ottobre 1990, n. 287 alcuni impegni della società Google, un procedimento avviato nei confronti di tale società per un presunto abuso di posizione dominante, in violazione dell'articolo 102 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea.

L'istruttoria aveva consentito di individuare una generale criticità in ordine alla valorizzazione dell'attività degli operatori che producono contenuti editoriali *online*, ai quali non è riconosciuta un'adeguata remunerazione per lo sfruttamento economico delle proprie opere da parte di soggetti terzi che riproducono ed elaborano in vario modo i contenuti stessi, anche per finalità lucrative.

Pur potendo percepire i ricavi della raccolta pubblicitaria realizzata sulle pagine dei propri siti *web*, gli editori non sono messi nelle condizioni di condividere il valore ulteriore generato su internet dall'utilizzo dei propri contenuti da parte di soggetti terzi, alcuni dei quali sono in grado di esercitare un notevole potere di mercato e raccolgono gran parte degli investimenti pubblicitari diretti verso internet. In altri termini, in un contesto già difficile per il settore dell'editoria, si genera una forbice tra costi di produzione e sfruttamento commerciale dei contenuti editoriali *online* che ostacola uno sviluppo sostenibile dello stesso settore.

L'Autorità ha ritenuto che tale situazione dipendesse dal fatto che le vigenti norme sul diritto di autore non appaiono tener conto delle peculiarità tecnologiche ed economiche di internet, in quanto non disciplinano un sistema di diritti di proprietà intellettuale nel contesto delle nuove e molteplici modalità di riproduzione e di utilizzo dei contenuti da parte di soggetti terzi sul *web*.

Conseguentemente, al fine di garantire una prospettiva pro-concorrenziale all'attività di produzione dei contenuti editoriali *online*, l'Autorità ha auspicato una modifica dell'attuale quadro normativo tale da incoraggiare forme di cooperazione virtuosa tra i titolari di diritti di esclusiva sui contenuti editoriali e i fornitori dei servizi innovativi che riproducono ed elaborano in rete i contenuti protetti da tali diritti; richiedendo altresì, considerata la dimensione sopranazionale della diffusione dei contenuti su internet, concrete iniziative nella stessa direzione da parte delle istituzioni italiane presso le opportune sedi internazionali.

PUBBLICAZIONE DELLA DOMANDA PER LA DICHIARAZIONE GIUDIZIALE DI MORTE PRESUNTA

Nel febbraio 2011, a seguito di una comunicazione pervenuta dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri, che riportava la denuncia di un consumatore in merito all'eccessiva onerosità delle tariffe richieste per la pubblicazione su quotidiano di una domanda per la dichiarazione di morte presunta, l'Autorità ha inviato, ai sensi dell'articolo 21 della legge n. 287/90, alcune osservazioni al Ministro della Giustizia con riguardo alle modalità di individuazione delle testate giornalistiche sulle quali dare seguito alla pubblicazione della menzionata domanda, richiesta ai sensi dell'articolo 727 del Codice di procedura civile.

L'obbligo di pubblicazione, individuato dal suddetto articolo, risponde alla finalità - tipica della cosiddetta pubblicità legale - di garantire la conoscibilità di fatti o atti giuridici, al fine di superare, con la successiva sentenza dichiarativa della morte presunta da parte del Tribunale, lo stato di incertezza giuridica che si crea nei casi in cui non sia possibile verificare con certezza l'effettiva morte della persona scomparsa.

L'Autorità ha sottolineato come, in linea generale, la cosiddetta pubblicità legale si differenzia dalla pubblicità commerciale non solo in ragione del contenuto ma anche per la circostanza che la pubblicazione è effettuata in ottemperanza ad un obbligo di natura legale, il che rende, sotto il profilo economico, la domanda per tali servizi estremamente rigida al prezzo. Tuttavia, il consumatore su cui grava l'obbligo di pubblicazione potrebbe comunque ricercare l'offerta migliore in termini di prezzo, mettendo a confronto le diverse imprese presenti sul mercato.

Con riguardo al caso specificamente trattato, l'Autorità ha quindi osservato che l'individuazione nominativa, nei provvedimenti giudiziali, delle specifiche testate giornalistiche sulle quali pubblicare gli avvisi necessari ad adempiere agli obblighi di pubblicità può comportare per il consumatore/destinatario del provvedimento un pregiudizio economico. Infatti, tale individuazione nominativa limita la possibilità di scelta della concessionaria pubblicitaria e quindi la capacità di minimizzazione dei costi.

L'Autorità, anche al fine di garantire un più corretto confronto competitivo nell'offerta di tali servizi, ha ritenuto auspicabile che i giudici, piuttosto che indicare nei propri provvedimenti le specifiche testate giornalistiche su cui diffondere tali annunci, facessero riferimento - ove possibile - al complesso delle

testate idonee a soddisfare l'esigenza sottesa all'obbligo di pubblicazione, in modo tale che i soggetti destinatari abbiano la possibilità di selezionare, tra le varie testate che soddisfano determinati livelli di penetrazione nel territorio, quelle che offrono le migliori condizioni economiche per la pubblicazione degli avvisi legali.

DEFINIZIONE DEGLI OBBLIGHI DEI TITOLARI DEI DIRITTI D'USO DELLE RADIOFREQUENZE DESTINATE ALLA DIFFUSIONE DI SERVIZI DI MEDIA AUDIOVISIVI

Nel marzo 2011, l'Autorità, ai sensi dell'articolo 22 della legge n. 287/90, ha inviato una segnalazione al Ministro dello Sviluppo economico e al Presidente dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni in merito alle iniziative regolamentari previste dal comma 11 dell'articolo 1 della legge 13 dicembre 2010, n. 200, recante *“Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge di stabilità 2011)”*.

Ai sensi di tale norma, il Ministero dello Sviluppo Economico e l'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni, nell'ambito delle rispettive competenze, dovevano stabilire *“gli ulteriori obblighi dei titolari dei diritti d'uso delle radiofrequenze destinate alla diffusione di servizi di media audiovisivi, ai fini di un uso più efficiente dello spettro e della valorizzazione e promozione delle culture regionali o locali”*.

L'Autorità, in coerenza con l'obiettivo comunitario di garantire la massima flessibilità dello spettro radio, e richiamando quanto già previsto in proposito da alcune disposizioni dell'Allegato A alla delibera n. 435/01/CONS dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni recante *“Regolamento relativo alla radiodiffusione terrestre”*, ha sottolineato come la definizione di tali ulteriori obblighi dovesse avvenire in modo da non compromettere la possibilità per gli operatori di rete attivi in ambito locale di fornire servizi di trasmissione e diffusione anche ad emittenti nazionali.

L'Autorità ha, infatti, valutato che tale possibilità appariva idonea a promuovere la concorrenza nel mercato dei servizi televisivi e in quello a valle della raccolta pubblicitaria e della fornitura di servizi televisivi a pagamento, garantendo, al contempo, l'impiego efficiente delle risorse frequenziali assegnate agli operatori locali, e a questi ultimi la possibilità di ottenere risorse economiche per supportare l'offerta di contenuti a carattere regionale e locale.

DETERMINAZIONE DEI COMPENSI DOVUTI ALLE IMPRESE PRODUTTRICI PER L'UTILIZZAZIONE IN PUBBLICO DI FONOGRAMMI

Nel marzo 2011, l'Autorità ha inviato, ai sensi dell'articolo 21 della legge n. 287/90, alcune osservazioni al Ministro per i Beni e le Attività Culturali richiamando quanto già precedentemente segnalato a Governo e Parlamento nell'ottobre 2009 in merito alle problematiche di carattere concorrenziale delineatesi in materia di gestione dei diritti connessi riconosciuti ai produttori fonografici e agli artisti (interpreti ed esecutori), in relazione alle quali l'Autorità aveva auspicato una revisione degli articoli 73 e 73-bis della legge n. 633/1941, dell'articolo 23 del regolamento di esecuzione del 1942 e dei d.PCM del 1975 e 1976.

Al riguardo, l'Autorità ha verificato da allora un crescente livello di conflittualità tra gli operatori di settore in merito all'applicazione della normativa vigente in materia di diritti connessi al diritto d'autore, testimoniato dall'accentuarsi, allo scadere dei contratti di licenza stipulati tra le parti, del preesistente conflitto interpretativo tra i produttori discografici rappresentati da SCF - Società Consortile Fonografici e gli utilizzatori dei fonogrammi, conflitto che l'Autorità ha ritenuto impedire il corretto ed efficiente funzionamento delle dinamiche competitive nel settore.

Con la segnalazione in oggetto, l'Autorità ha quindi voluto richiamare la desiderabilità, nell'attesa delle modifiche di carattere normativo generale già richieste con la precedente segnalazione in materia, di un intervento ministeriale diretto ad anticipare gli effetti dell'intervento del legislatore al fine di superare il conflitto tra le parti in tema di determinazione dei compensi per i diritti connessi, sottraendo la materia alla discrezionalità delle parti coinvolte, e bilanciando gli interessi dei beneficiari dei diritti connessi e quelli degli utilizzatori, al fine di consentire lo svolgimento di corrette dinamiche competitive e tutelare i contraenti più deboli.

COMUNE DI SAN MARZANO (TA) - DISTRIBUZIONE E VENDITA DI QUOTIDIANI E PERIODICI E COMMERCIO SVOLTO IN MEDIE STRUTTURE

Nell'agosto 2011, l'Autorità ha inviato il proprio parere ai sensi dell'articolo 22 della legge n. 287/90 al richiedente Comune di San Marzano di San Giuseppe, in merito alla possibile applicazione della legge 4 agosto 2006, n. 248, e del d.lgs. 26 marzo 2010, n. 59, all'attività di distribuzione e vendita di quotidiani e periodici e al commercio svolto in medie strutture.

Relativamente all'attività di distribuzione e vendita della stampa quotidiana e periodica, l'Autorità ha riconosciuto da un lato, che la circolare del Ministero dello Sviluppo Economico n. 3603/C del 28 settembre 2006 aveva menzionato espressamente l'attività commerciale in questione tra quelle nei cui confronti non avevano effetto le disposizioni della legge 4 agosto 2006, n. 248, dall'altro, ha ricordato l'applicabilità allo stesso settore della disciplina prevista dal successivo decreto legislativo 26 marzo 2010, n. 59, di trasposizione della direttiva n. 2006/123/CE nell'ordinamento italiano.

L'Autorità ha poi osservato che grava su tutti gli organi degli Stati membri, e quindi anche sulle amministrazioni locali, l'obbligo di interpretare il proprio diritto nazionale, e in particolare le disposizioni espressamente adottate per l'attuazione di una direttiva, alla luce della lettera e dello scopo della direttiva medesima, onde conseguire il risultato perseguito da quest'ultima (c.d. "principio dell'interpretazione conforme"). In tale contesto, i Comuni, che nella fattispecie sono gli enti deputati a esaminare le richieste di autorizzazione all'esercizio dell'attività di distribuzione e vendita della stampa quotidiana e periodica, sono tenuti a fornire un'interpretazione del d.lgs. 26 marzo 2010, n. 59 (e, più in generale, di tutto il diritto nazionale) conforme alla lettera e allo scopo della direttiva n. 2006/123/CE.

Ciò posto, l'Autorità ha fatto presente che nell'ambito di tale attività interpretativa, l'Amministrazione richiedente dovrà tener conto, in particolare,

delle disposizioni di cui al recente decreto legge 13 agosto 2011, n. 138, recante *“Ulteriori misure urgenti per la stabilizzazione finanziaria e per lo sviluppo”*, in corso di conversione in legge. Tra tali disposizioni - che proseguono il percorso di liberalizzazione dell’accesso e dell’esercizio delle attività economiche di servizio e che, ove confermate, rappresenteranno la nuova cornice legislativa in materia - venivano richiamate nella segnalazione specificamente quelle di cui all’articolo 3, commi 7 e 8, a mente delle quali *“[l]e disposizioni vigenti che regolano l’accesso e l’esercizio delle attività economiche devono garantire il principio di libertà di impresa e di garanzia della concorrenza. Le disposizioni relative all’introduzione di restrizioni all’accesso e all’esercizio delle attività economiche devono essere oggetto di interpretazione restrittiva. Le restrizioni in materia di accesso ed esercizio delle attività economiche previste dall’ordinamento vigente sono abrogate quattro mesi dopo l’entrata in vigore del presente decreto”*.

L’*“interpretazione restrittiva”* richiesta dalla citata previsione dovrà essere condotta conformemente ai principi comunitari in materia, in modo da assicurare che gli eventuali vincoli regolatori rispondano rigorosamente ai requisiti della necessità in termini di tutela dell’interesse generale, di indispensabilità e di minima distorsione possibile.

A tale riguardo, l’Autorità ha ricordato la propria posizione già espressa nell’ambito dell’indagine conoscitiva n. IC35 riguardante *“il settore dell’editoria quotidiana, periodica e multimediale”*, nella quale, rilevando che il regime autorizzatorio previsto dall’applicabile decreto legislativo 24 aprile 2001, n. 170, *“non è (...) in grado di assicurare una capillarità della rivendita di giornali, se il punto vendita non dispone di un bacino di utenza capace di sostenerne la redditività”*, aveva rinnovato l’auspicio a una piena liberalizzazione dell’accesso al mercato della vendita al dettaglio, che favorisse un naturale adeguamento dell’assetto distributivo all’evoluzione della domanda. In tale contesto, si era in particolare sottolineato come alcune norme del predetto decreto legislativo 24 aprile 2001, n. 170, apparissero in contrasto con il disposto della Direttiva Servizi, sollecitando un intervento del Legislatore italiano volto ad effettuare una valutazione di conformità del vigente quadro normativo in materia di vendita e distribuzione della stampa ai parametri individuati dal legislatore comunitario nella medesima direttiva.

Quanto all’applicabilità della legge 4 agosto 2006, n. 248, e del decreto legislativo 26 marzo 2010, n. 59, al commercio nelle medie strutture, l’Autorità ha ricordato che il decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 114, e la legge 4 agosto 2006, n. 248, hanno di fatto liberalizzato l’attività di vendita, anche presso le suddette strutture. Pertanto, qualsiasi limitazione o contingentamento allo svolgimento di tale attività (qual è l’introduzione di tetti predeterminati e rigidi all’apertura di nuovi punti vendita), oltre a non conformarsi al contenuto delle citate fonti normative, si pone in contrasto con la normativa a tutela della concorrenza, favorendo la cristallizzazione degli assetti esistenti e arrestando in modo artificioso l’evoluzione dell’offerta nel settore commerciale. Ogni forma di contingentamento, prosegue l’Autorità, si porrebbe altresì in contrasto con i criteri indicati dalla direttiva n. 2006/123/CE, come recepita dal decreto legislativo 26 marzo 2010, n. 59, con particolare riferimento al principio di proporzionalità.

Servizi assicurativi e fondi pensione

MODALITÀ DI AFFIDAMENTO DEI SERVIZI ASSICURATIVI DA PARTE DEI COMUNI.

Nel giugno 2011, l'Autorità ha trasmesso una segnalazione di carattere generale al Presidente dell'ANCI, ai sensi dell'articolo 22 della legge n. 287/1990, formulando alcune osservazioni in ordine alle problematiche concorrenziali derivanti dalle prevalenti modalità di affidamento dei servizi assicurativi da parte dei Comuni italiani.

Avendo riscontrato che spesso i Comuni affidano tali servizi rinnovando tacitamente i contratti già in essere e quindi senza procedere ad alcun confronto competitivo delle offerte presenti sul mercato, l'Autorità ha ricordato anche in questo settore la necessità di rispetto delle normative, nazionali e comunitarie, che regolano la fornitura dei servizi alla Pubblica Amministrazione, e, segnatamente, dell'obbligo di adottare procedure ad evidenza pubblica, come prescritto del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163.

L'Autorità ha ricordato a tale riguardo che la violazione del principio di gara e il semplice rinnovo degli affidamenti preesistenti determinano un contesto poco competitivo con assetti e posizioni di mercato storicizzate, contrario all'obiettivo di raggiungere modalità efficienti di gestione dei servizi, a favore del benessere sociale; ha auspicato adeguate iniziative al fine di tutelare e promuovere il mercato assicurativo in ciascuno dei territori di riferimento, nel rispetto delle dinamiche di mercato, garantendo al maggior numero di operatori la possibilità di partecipare alla selezione per l'affidamento del servizio.

MODALITÀ DI AFFIDAMENTO DI SERVIZI ASSICURATIVI DA PARTE DEGLI ISTITUTI SCOLASTICI

Nel settembre 2011, in seguito ad una comunicazione pervenuta dalla società Ambiente Scuola Srl circa le modalità di affidamento dei servizi assicurativi da parte degli istituti scolastici, l'Autorità ha deciso di inviare una segnalazione, ai sensi dell'articolo 22 della legge 287/90, al Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca Scientifica e all'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture.

Nella segnalazione in oggetto, l'Autorità ha ribadito quanto già affermato in precedenti interventi in merito al fatto che anche con specifico riferimento ai servizi assicurativi, le procedure ad evidenza pubblica rappresentano lo strumento principe per perseguire l'interesse collettivo.

Nello specifico - ed era questo il tema su cui si concentrava la segnalazione di Ambiente Scuola Srl - l'Autorità ha osservato che sia per la scelta della compagnia assicurativa che per la scelta dell'eventuale broker assicurativo risulta necessario, al fine di tutelare la concorrenza, ricorrere a due distinte modalità di selezione ad evidenza pubblica.

Secondo l'Autorità, l'offerta di convenzioni assicurative stipulate dal broker senza gara può determinare effetti negativi nel mercato dei servizi

assicurativi sia con riguardo ai servizi di brokeraggio che relativamente ai servizi assicurativi. L'Autorità ha dunque ribadito che "l'abbinamento indiscriminato dei due servizi appare potenzialmente restrittivo della concorrenza in quanto le singole attività esplicano una funzione autonoma quindi erogabile da soggetti diversi"³⁶.

Infine l'Autorità ha fatto presente la necessità che i bandi di gara per entrambe le selezioni non prevedano vincoli o condizioni di ammissione - quali ad esempio precedenti rapporti con l'ente banditore o limiti di fatturato - tali da comportare effetti discriminatori soprattutto a danno di imprese nuove entranti o di minori dimensioni.

ACCORDO INPS-SISPI PER LA GESTIONE DEI FLUSSI INFORMATIVI E FINANZIARI DERIVANTI DALLE CONVENZIONI STIPULATE DALL'INPS PER LA RISCOSSIONE DEI CONTRIBUTI DA DESTINARE AL FINANZIAMENTO DEGLI ENTI BILATERALI/FONDO/CASSE

Nel novembre 2011, l'Autorità ha inviato all'INPS - Istituto Nazionale Previdenza Sociale un parere ai sensi dell'articolo 22 della legge n. 287/90 in merito all'accordo stipulato dalla stessa INPS con la propria controllata Società Italiana di Servizi per la Previdenza Integrativa per Azioni (di seguito SISPI) e avente a oggetto la "gestione dei flussi informativi e finanziari derivanti delle convenzioni stipulate dall'INPS per la riscossione dei contributi da destinare al finanziamento degli Enti bilaterali/Fondo/Casse".

Secondo l'Autorità, tale accordo non appare suscettibile di sollevare problemi concorrenziali nella misura in cui lo stesso si riferisca ad una mera riorganizzazione interna al gruppo INPS delle modalità con le quali gestire l'attività che l'INPS già eroga nell'espletamento delle sue funzioni e che, in assenza di SISPI, potrebbe essere svolta esclusivamente dalla stessa INPS. Non potendosi tuttavia escludere, non essendo definite le convenzioni tra SISPI e gli enti interessati, che SISPI svolga o svolgerà attività aperte alla libera concorrenza, vale a dire che potrebbero potenzialmente essere offerte anche da altri operatori, l'Autorità ha evidenziato che qualora l'INPS, direttamente o tramite controllate, svolga attività diversa da quella ad essa riservata, ciò non potrà che avvenire, oltre che nel rispetto dei principi di separazione gestionale e trasparenza contabile, uniformandosi ai principi dell'articolo 8 della legge n. 287/90.

In particolare, l'INPS dovrà: a) consentire agli enti interessati di rivolgersi ad eventuali operatori alternativi; b) assicurare agli eventuali operatori alternativi un accesso non discriminatorio e trasparente alle risorse, ivi inclusi i database informatici, eventualmente posti a disposizione del società del gruppo; c) garantire una chiara separazione tra le diverse attività svolte dal gruppo, soprattutto distinguendo tra quelle offerte in attuazione di diritti esclusivi e quelle offerte in regime di concorrenza ed evitando che i ricavi provenienti dalle prime possano essere utilizzati per finanziare l'erogazione delle seconde.

³⁶ Cfr. Segnalazioni: AS784, Associazione di Comuni Bresciani - Gara per il servizio di brokeraggio assicurativo, in Boll. n. 48/2010 e AS623, Affidamento del servizio di brokeraggio assicurativo da parte delle pubbliche amministrazioni in Boll. n. 40/2009.

Nel dicembre 2011, l'Autorità ha inviato all'Istituto Nazionale di Previdenza dei Giornalisti Italiani "Giovanni Amendola" (di seguito INPGI), un parere ai sensi dell'articolo 22 della legge n. 287/90 in merito a una convenzione con il Fondo Pensione Complementare dei Giornalisti Italiani (di seguito il Fondo) relativa alle prestazioni consistenti nell'erogazione di rendite vitalizie, e in particolare attinente alla fase di liquidazione/erogazione di tali rendite, nel momento in cui l'iscritto al Fondo matura il diritto di esigere la prestazione di previdenza complementare.

L'Autorità ha in primo luogo sottolineato la necessità che, ai fini dell'individuazione della prestazione previdenziale più vantaggiosa per i propri iscritti, il Fondo selezionasse l'operatore di riferimento per l'erogazione a seguito di un confronto trasparente tra i potenziali operatori in base a una chiara indicazione delle migliori condizioni per gli iscritti e, in particolare, dei minori costi che un operatore trasferisce sul consumatore finale, in termini di caricamenti, spese e coefficienti tecnici utilizzati, rappresentando altresì l'utilità di procedere a periodiche verifiche della convenzione al fine di cogliere tempestivamente le eventuali migliori offerte alternative.

Nel caso di coincidenza fra l'operatore individuato e l'ente che già eroga le prestazioni di previdenza obbligatoria, l'Autorità ha osservato che, pur potendo un ampliamento dell'attività dell'INPGI dal settore della previdenza obbligatoria a quella complementare condurre astrattamente ad un ampliamento dell'offerta e a un miglior rapporto fra qualità e prezzi nella prestazione dei servizi di previdenza complementare, tuttavia, in ragione dei particolari vantaggi di cui gode l'ente di previdenza obbligatoria, derivanti dall'area di attività in riserva legale, tale ampliamento di attività potrebbe avere effetti restrittivi in un comparto, quale quello dell'attività di erogazione delle prestazioni di previdenza complementare, dove operano in libera concorrenza imprese sottoposte a specifici vincoli di natura regolamentare e di vigilanza prudenziale.

Il suddetto ampliamento dell'attività dell'INPGI dovrebbe quindi essere realizzato, oltre che nel rispetto dei principi di cui all'articolo 6 del decreto legislativo n. 252/05 - che oltre ai "*criteri di separatezza contabile*" prevede anche "*la costituzione di società di capitali*" -, anche dei principi concorrenziali generali sanciti dall'art. 8 della legge n. 287/90, laddove dispone il ricorso a società separate.

Inoltre, nel parere, l'Autorità ha evidenziato la necessità di garantire ai lavoratori condizioni di effettiva trasparenza informativa in relazione alla c.d. portabilità del montante, con riguardo alle caratteristiche della prestazione di previdenza complementare (ad es. in termini di rendimento garantito, coefficienti utilizzati, costi applicati), nonché in merito alla possibilità di scegliere eventuali operatori e strumenti previdenziali alternativi, in modo che essi, sia nella fase di accumulo del montante che nel momento decisivo della scelta della prestazione di previdenza complementare di cui avvalersi, possano avere una chiara percezione della distinzione tra le prestazioni di natura obbligatoria e quelle che invece potrebbero ricevere anche da operatori alternativi sul mercato.

Servizi finanziari e credito

BANDO DI GARA PER L'AFFIDAMENTO DELLA GESTIONE DEL FONDO DI GARANZIA PER LE PICCOLE E MEDIE IMPRESE

Nel giugno 2011, l'Autorità ha trasmesso una segnalazione al Ministro dello Sviluppo Economico ai sensi dell'articolo 21 della legge n. 287/90, evidenziando gli effetti distorsivi della concorrenza delle disposizioni di un bando di gara per l'affidamento della gestione del Fondo di Garanzia per le PMI di cui all'art. 2, comma 100, lett. a) della legge n. 662/1996, relative alla definizione dei requisiti tecnico-economici minimi per la partecipazione alla gara, requisiti i quali, in linea generale, non devono essere tali da escludere, esplicitamente o implicitamente, la possibilità che determinate tipologie di fornitori potenzialmente in grado di soddisfare l'esigenza di approvvigionamento delle Pubbliche Amministrazioni partecipino alla gara.

In particolare, il bando in oggetto prevedeva, quale requisito di solidità patrimoniale, un patrimonio netto dei partecipanti non inferiore a 200 milioni di euro e, quale requisito di capacità tecnica, il possesso di un'esperienza riferita all'ultimo quinquennio nella gestione di agevolazioni alle imprese per conto di pubbliche amministrazioni per un volume di contributi concessi non inferiore a 500 milioni di euro.

L'Autorità ha valutato, in linea con indicazioni già fornite in passato, tali requisiti eccessivamente onerosi e, quindi, idonei a pregiudicare ingiustificatamente la partecipazione alla gara, laddove non è stata prevista la possibilità, per le imprese che non sono in grado di esibire il fatturato indicato, di dimostrare il possesso della propria capacità economica e finanziaria mediante altra documentazione, ai sensi dell'art. 41, comma 3, del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163.

Inoltre, l'Autorità ha valutato come non pienamente giustificabile il requisito di solidità patrimoniale, sia alla luce dell'entità del servizio da svolgere sia con riguardo alle già esistenti disposizioni normative di settore.

L'Autorità ha pertanto auspicato una modifica dei criteri per l'ammissione alle gare al fine di assicurare un pieno confronto competitivo.

MODALITÀ DI PAGAMENTO DELLE SOMME DOVUTE ALLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE

Nel giugno 2011, l'Autorità ha trasmesso ai sensi dell'articolo 22 della legge n. 287/1990 al Ministro dell'Economia e delle Finanze, al Ministro per la Pubblica Amministrazione e l'Innovazione, al Presidente della Conferenza Permanente per i Rapporti tra lo Stato, le Regioni e le Province Autonome di Trento e Bolzano e al Presidente dell'ANCI alcune osservazioni in merito alle modalità consentite per effettuare pagamenti di somme dovute, a vario titolo, alla Pubblica Amministrazione.

L'Autorità aveva infatti verificato, anche a seguito di specifiche segnalazioni, l'esistenza di restrizioni all'utilizzo di forme di pagamento alternative verso la Pubblica Amministrazione, laddove nella maggioranza dei casi è consentito solo l'utilizzo di strumenti di pagamento tradizionali, quali il bollettino di conto corrente postale o il pagamento in contanti presso uffici amministrativi preposti.

Oltre a riscontrare una limitazione dei servizi per l'utenza, l'Autorità ha sottolineato come tali prassi determinano vantaggi competitivi a favore di alcuni operatori e discriminazioni nei confronti di altri, e ha auspicato iniziative a favore di un ampliamento degli strumenti di pagamento e delle reti utilizzabili per effettuare pagamenti dovuti alla Pubblica Amministrazione.

L'Autorità, in linea con la disciplina in materia di effettuazione di pagamenti dovute alle P.A. con modalità informatiche, di cui all'art. 5 del decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82, ha quindi auspicato l'ampliamento degli strumenti e delle reti utilizzabili per effettuare i pagamenti dovuti alla P.A. (quali il MAV, il pagamento con bonifico, il pagamento *on line* con carte di credito o presso reti alternative, quali Lottomatica, Sisal, ecc.), al fine di assicurare l'assenza di distorsioni concorrenziali e lo sviluppo di una reale competizione nel mercato degli strumenti di pagamento.

Attività professionali e imprenditoriali

Attività professionali

ACCESSO AL MONDO DELLE PROFESSIONI DEI LAUREATI IN BIOTECNOLOGIE

Nel febbraio 2011, l'Autorità ha formulato, ai sensi dell'articolo 21 della legge n. 287/90, a seguito di una segnalazione inviata dall'Associazione Nazionale dei Biotecnologi Italiani (ANBI), alcune osservazioni al Ministro dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca e al Ministero della Salute in merito ad alcune questioni relative all'accesso al mondo delle professioni dei laureati in biotecnologie.

L'ANBI lamentava in particolare, che, nonostante le diverse istanze formulate nel corso degli ultimi anni ai Ministeri competenti al fine di sanare il problema dello sbocco professionale dei biotecnologi, i titoli di studio di laurea triennale e magistrale in biotecnologie non avevano ancora ricevuto il riconoscimento necessario a garantire ai possessori di una laurea in biotecnologie la possibilità di svolgere un ampio numero di mansioni per le quali i biotecnologi sarebbero stati titolati sulla base delle declaratorie delle classi di laurea e del percorso di studio effettivamente svolto. Tale situazione risultava idonea a produrre significativi effetti di natura anticoncorrenziale, negando a intere categorie di soggetti la possibilità di competere per lo svolgimento di mansioni che invece rientravano pienamente nell'ambito delle competenze tipiche della laurea in biotecnologie.

Al riguardo, l'Autorità ha osservato che in effetti, all'istituzione del corso di laurea in biotecnologie nel 1994, e alla successiva proliferazione di indirizzi di studio, non aveva fatto seguito un'organica attività di armonizzazione legislativa e regolamentare volta a razionalizzare la materia e ad assicurare ai laureati in biotecnologie criteri di accesso alle professioni coerenti con il percorso di studi svolto. Ha altresì sottolineato che l'assenza di una regolamentazione

organica della materia aveva contribuito a rendere particolarmente incerte le prospettive professionali dei soggetti titolari di una laurea in biotecnologie. La laurea in biotecnologia non godeva infatti di un generale riconoscimento quale titolo di per sé legittimante alla partecipazione ai concorsi per l'accesso al pubblico impiego; e ciò nonostante fosse pacificamente ammessa l'esistenza di analogie nelle competenze di base tra il *curriculum* del laureato in biotecnologie e altri *curricula* universitari quali, ad esempio, le lauree in biologia, in scienze e tecnologie agrarie e in chimica, circostanza confermata dalla presenza di un significativo livello di sovrapposizione con gli ambiti disciplinari caratterizzanti altri percorsi di studio del settore scientifico.

In considerazione di ciò, l'Autorità ha ricordato di avere più volte osservato che i requisiti qualitativi all'accesso nel mondo delle professioni devono essere tali da evitare che per loro tramite vengano surrettiziamente introdotte restrizioni ingiustificate da un punto di vista concorrenziale; e che già da alcuni anni, anche a seguito delle numerose istanze formulate dai soggetti interessati, il Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca e il Ministero della Salute avevano avviato un percorso di progressiva razionalizzazione della materia, anche attraverso il riconoscimento di alcune forme di equipollenza tra la laurea in biotecnologie e altre lauree del settore scientifico.

Pertanto, l'Autorità ha auspicato che i due Ministeri proseguissero nella strada intrapresa, provvedendo ad una generale e organica armonizzazione legislativa e regolamentare idonea a razionalizzare la materia nel suo complesso e ad assicurare ai laureati in biotecnologie criteri di accesso alle professioni coerenti con il percorso di studi svolto, tenendo in opportuna e debita considerazione anche i principi della concorrenza e del libero mercato.

ACCESSO AI MERCATI DELLA FORNITURA DI INDAGINI GEOGNOSTICHE E DI PROVE SU MATERIALI DA COSTRUZIONI E SU ROCCE E TERRENI

Nell'aprile 2011, l'Autorità, a seguito del ricevimento di una serie di denunce sul tema, ha trasmesso al Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, ai sensi dell'articolo 21 della legge n. 287/1990, alcune osservazioni in merito alle restrizioni nell'accesso ai mercati della fornitura di indagini geognostiche e di prove su materiali da costruzioni e su rocce e terreni.

L'Autorità ha rilevato che la normativa vigente in materia, dettata dall'articolo 59 del decreto legislativo 6 giugno 2001, n. 378 "*Disposizioni legislative in materia edilizia*" e dall'articolo 59 del decreto del Presidente della Repubblica 6 giugno 2001, n. 380 "*Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia edilizia*", stabiliva che le prove su materiali da costruzione, comprese quelle geotecniche su terreni e rocce, potevano essere svolte da laboratori ufficiali e non ufficiali, purché questi ultimi fossero autorizzati dal Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, sentito il Consiglio superiore dei lavori pubblici. Tale regime autorizzatorio era stato successivamente esteso anche alle indagini geognostiche solamente da un atto di natura regolamentare, il decreto ministeriale 14 gennaio 2008, e disciplinato nel dettaglio dalla circolare ministeriale 8 settembre 2010, n. 7619/STC "*Criteri per il rilascio dell'autorizzazione ai Laboratori per*

l'esecuzione e certificazione di indagini geognostiche, prelievo di campioni e prove in sito di cui all'art. 59 del d.P.R. n. 380/2001". L'Autorità ha peraltro osservato che il d.P.R. 5 ottobre 2010 n. 207, recante "Regolamento di esecuzione e attuazione del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, recante «Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE» aveva ricompreso le indagini geognostiche tra le attività che possono essere svolte in assenza di autorizzazione amministrativa.

Sulla base di tali elementi di diritto, l'Autorità ha auspicato che il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti non ritenesse più necessaria l'autorizzazione di cui all'articolo 59 del decreto legislativo n. 378/01 con riferimento allo svolgimento delle indagini geognostiche e della relativa certificazione.

In secondo luogo, l'Autorità ha rilevato che il funzionamento concorrenziale di tali mercati risultava alterato dalla mancata speditezza dell'azione amministrativa nel rilascio delle autorizzazioni per lo svolgimento delle attività in questione. Considerato il numero esiguo di laboratori autorizzati a partire dal 2006 e il cospicuo numero di domande pendenti, l'Autorità ha auspicato che il Ministero procedesse ad un'analisi tempestiva di tutte le istanze inevase.

Servizi vari

COMUNE DI TERAMO - AFFIDAMENTO DEI SERVIZI PUBBLICI LOCALI

Nel febbraio 2011, l'Autorità ha inviato una segnalazione, ai sensi dell'articolo 22 della legge n. 287/90, al Comune di Teramo al fine di evidenziare le distorsioni concorrenziali ricollegabili alla delibera con cui lo stesso Comune aveva confermato alla società TE.AM.- Teramo Ambiente Spa, senza l'esperimento di alcuna procedura competitiva ad evidenza pubblica e fino al 2015, i servizi pubblici comunali relativi all'igiene ambientale, al verde pubblico, alla segnaletica stradale, alla pulizia degli immobili comunali e alla verifica degli impianti termici.

L'Autorità ha infatti evidenziato che le disposizioni dettate dall'art. 23-bis del decreto-legge n. 112/2008 avevano recepito l'orientamento giurisprudenziale nazionale e comunitario relativo alla compatibilità dei partenariati tra pubblico e privato con i principi posti a tutela della concorrenza, nel caso in cui venga bandita una gara che miri *“non soltanto alla scelta del socio privato, ma anche - tramite la definizione dello specifico servizio da svolgere in parternariato con l'amministrazione e delle modalità di collaborazione con essa - allo stesso affidamento dell'attività da svolgere e che limiti, nel tempo, il rapporto di parternariato, prevedendo allo scadere una nuova gara”*.

L'Autorità ha infine ricordato che la giurisprudenza era assolutamente pacifica nel subordinare la legittimità dell'affidamento di un servizio pubblico locale ad una società mista al ricorrere di due condizioni: l'esperimento di una gara “a doppio oggetto” riferita sia alla qualità di socio che a quella di partner industriale e, non meno importante, il fatto che allo scadere dell'affidamento venga esperita una nuova gara per il servizio o per il socio privato. La scelta, seppur tramite gara del socio partner industriale non esaurisce *sine die* il

confronto concorrenziale ma legittima l'attribuzione di un diritto di esclusiva solo limitatamente al periodo di affidamento originario richiedendosi un nuovo confronto concorrenziale alla scadenza di questo.

COMUNE DI AVEZZANO (AQ)-COMPATIBILITÀ CARICHE

Nel febbraio 2011, l'Autorità, a seguito del ricevimento della relativa richiesta, ha trasmesso alcune osservazioni, ai sensi dell'articolo 22 della legge n. 287/90, al Comune di Avezzano in merito alla compatibilità tra la carica di assessore e quella di sindaco di società a partecipazione pubblica ai sensi del d.P.R. n. 168/2010 "*Regolamento in materia di servizi pubblici locali di rilevanza economica*" e alla possibilità per quest'ultima di partecipare a gare per la gestione del servizio di igiene urbana indette dal Comune titolare della partecipazione.

L'Autorità ha ricordato in primo luogo che l'articolo 8 del d.P.R. n. 168/2010 aveva introdotto una disciplina sulle incompatibilità che costituiva espressione del più ampio principio, di derivazione comunitaria, della separazione tra l'attività di gestione del servizio e quella di indirizzo e controllo. Tale separazione è tesa a garantire un'adeguata regolazione della qualità del servizio e delle tariffe, assicurando da un lato che l'ente locale si affermi quale garante della domanda da parte della comunità locale e, dall'altro, che l'impresa operi nell'ottica di massimizzare la propria efficienza, minimizzando i costi. In tale ottica, il perseguimento di obiettivi di natura pubblica spetta all'impresa, mentre è compito degli amministratori e del collegio sindacale agire in modo tale da ottimizzare la produttività aziendale e vigilare affinché l'operato dei primi risponda a tale obiettivo.

Alla luce di ciò, l'Autorità ha ritenuto non rispondente alla *ratio* della separazione tra funzioni di regolazione e di gestione una situazione in cui la persona fisica portatrice dell'interesse privato venisse a coincidere con quella che doveva farsi portavoce dell'interesse pubblico. A maggior ragione, con riguardo alla partecipazione a procedure ad evidenza pubblica, l'Autorità ha osservato che lo stesso principio della separazione tra funzioni di regolazione e di gestione si traduceva anche nella necessità di evitare il verificarsi di circostanze in cui, in ragione di legami personali o professionali riconducibili al sindaco/assessore o di informazioni da questo acquisite o acquisibili nell'esercizio delle proprie funzioni, potesse essere compromessa la scelta delle pubbliche amministrazioni orientata all'individuazione del gestore più efficiente del servizio.

REMUNERAZIONE SPETTANTE AL CONCESSIONARIO DEL SERVIZIO DI RISCOSSIONE DELLE ENTRATE COMUNALI

Nel febbraio 2011, l'Autorità, ai sensi dell'articolo 21 della legge n. 287/90, ha formulato alcune osservazioni al Presidente del Senato, al Presidente della Camera, al Presidente del Consiglio dei Ministri e al Ministro dell'Economia e delle Finanze, in ordine agli effetti distorsivi della concorrenza derivanti dall'articolo 17 del decreto legislativo n. 112/99 sul riordino del servizio nazionale della riscossione. Tale disposizione prevede che l'attività di riscossione coattiva degli agenti della riscossione sia remunerata con un "aggio", cioè una percentuale della somma iscritta a ruolo e dei relativi interessi di mora,

pari al 9%. Tale percentuale è a carico del debitore in misura del 4,65% della somma iscritta a ruolo, in caso di pagamento entro il sessantesimo giorno dalla notifica della cartella (rimanendo la restante parte dell'aggio, cioè il 4,35%, a carico dell'ente creditore); in caso contrario, esso è a carico del debitore.

Per quanto riguarda la fiscalità locale, la disposizione richiamata va letta congiuntamente ai commi 24, 25 e 25-*bis* del decreto-legge n. 203/2005 relativo alla riforma del servizio nazionale di riscossione, in base ai quali dal 1° gennaio 2001 l'accertamento e la riscossione delle entrate dovute agli enti locali possono essere gestite direttamente dagli stessi o affidati all'esterno mediante procedure ad evidenza pubblica.

L'articolo 17 del decreto legislativo 112/99 impone pertanto di presentare, in sede di gara, offerte praticamente identiche per quanto riguarda la remunerazione per il servizio di riscossione coattiva delle imposte locali, che deve essere obbligatoriamente pari al 9% (4,65% + 4,35%). Al riguardo, l'Autorità ha valutato positivamente le iniziative di quelle pubbliche amministrazioni che avevano già provveduto a dare una lettura pro-concorrenziale delle suddette disposizione, prevedendo l'introduzione, ai fini dello svolgimento delle gare per l'affidamento del servizio, di meccanismi competitivi che consentivano la presentazione di offerte al ribasso rispetto alla remunerazione prevista dal citato articolo 17 con riguardo alla percentuale posta a carico del Comune e/o a carico del debitore.

L'Autorità infatti ha considerato che le esigenze di tutela dei contribuenti e degli enti locali risultassero già in parte soddisfatte dalle garanzie offerte in termini di capitale sociale minimo e dalle cauzioni prestate in sede di gara; conseguentemente, ha giudicato sproporzionata l'imposizione *ex lege* di percentuali fisse di remunerazione, senza alcuna possibilità, al momento della predisposizione del bando, di indicare la percentuale al ribasso sull'aggio posto a base di gara. In particolare, l'Autorità ha ritenuto che le suddette esigenze di tutela non sarebbero venute meno se si fossero interpretate le percentuali fisse previste dall'articolo 17 del decreto n. 112/99 come mera base d'asta anziché come inderogabile tasso di remunerazione prestato dalla società aggiudicataria del servizio.

In aggiunta a ciò, l'Autorità ha ritenuto comunque opportuno evidenziare la necessità di eliminare le eventuali distorsioni causate dalla rigida applicazione dell'articolo 17 del decreto legislativo n. 112/99 e ha, pertanto, auspicato modifiche in senso pro-concorrenziale della disposizione, sì da far venir meno le restrizioni che essa genera a carico dei soggetti interessati a partecipare alle gare per l'affidamento del servizio di riscossione delle entrate dovute agli enti locali.

COMUNE DI OLIVA GESSI (PV) - GESTIONE DEL SERVIZIO DI ILLUMINAZIONE VOTIVA DEL CIMITERO COMUNALE

Nel marzo 2011, l'Autorità, in risposta alla richiesta formulata ai sensi dell'articolo 22 della legge n. 287/90 dal Comune di Oliva Gessi in merito alla gestione in economia del servizio di illuminazione votiva del cimitero comunale, ha trasmesso un parere nel quale ha ritenuto che, impregiudicata ogni altra valutazione sui presupposti di fatto e di diritto dell'azione

amministrativa, il modesto valore economico del servizio, sensibilmente inferiore alla soglia indicata dall'articolo 1, comma 1, del d.P.R. 168/2010, rendesse irrilevante ai fini concorrenziali la scelta della modalità di gestione dello stesso.

COMUNE DI TREVISO -INTERPRETAZIONE DELL'ARTICOLO 8 DEL D.P.R. N. 168/2010

Nell'aprile 2011, l'Autorità ha trasmesso un parere, ai sensi dell'articolo 22 della legge n. 287/90, al Comune di Treviso in merito all'interpretazione dei commi 1 e 3 dell'articolo 8 del d.P.R. n. 168/2010 recante “*Regolamento in materia di servizi pubblici locali di rilevanza economica*” che, dando attuazione alla lettera c) del comma 10 dell'articolo 23-bis della legge n. 133/2008, introduceva una distinzione tra le funzioni di regolazione e le funzioni di gestione dei servizi pubblici locali.

Più specificamente, il comma 1 dell'articolo 8 del d.P.R. n. 168/2010 dettava un divieto, per gli amministratori, i dirigenti e i responsabili di un ente che svolga funzioni di stazione appaltante di un servizio pubblico locale, di svolgere incarichi inerenti la gestione dei servizi affidati dal medesimo soggetto. Il divieto operava anche nel caso in cui dette funzioni fossero state svolte nei tre anni precedenti il conferimento dell'incarico inerente la gestione dei servizi affidati dal medesimo soggetto. L'Autorità ha osservato che la disposizione riguardava la gestione dei servizi “affidati” da un organismo appaltante, indipendentemente dal fatto che l'affidamento fosse avvenuto a favore di una società *in-house*, di una società mista o di una società interamente privata. In tutti questi casi, la norma era volta infatti ad evitare che l'eccessiva prossimità tra stazione appaltante e affidatario compromettesse il monitoraggio, da parte del primo, del corretto svolgimento del servizio affidato - per esempio, in fase di verifica *ex post* di scostamenti rispetto agli investimenti programmati.

In quest'ottica, l'Autorità ha considerato che l'ampia formulazione della norma, che faceva riferimento allo “svolgimento di incarichi” inerenti la gestione del servizio affidato, mirava ad impedire che chiunque si trovasse, a qualsiasi titolo, coinvolto nella gestione di un servizio pubblico locale potesse essere, allo stesso tempo, incaricato (in qualità di amministratore, dirigente o responsabile presso l'organismo appaltante) di verificarne la rispondenza alle aspettative di quest'ultimo.

In considerazione di ciò, l'Autorità ha ritenuto che, contrariamente a quanto suggerito dal Comune di Treviso, non era possibile escludere dal novero di coloro che “svolgono incarichi inerenti la gestione dei servizio” chi ricopra la carica di amministratore presso l'affidatario: tale interpretazione equivaleva a vanificare lo scopo stesso della norma in questione.

Con riferimento al comma 3, l'Autorità ha sottolineato invece che esso aveva un ambito di applicazione oggettivo diverso, in quanto introduceva limitazioni esclusivamente per quanto riguardava la società partecipate da enti locali, indipendentemente dal fatto che esse fossero o meno affidatarie di un servizio pubblico locale.

Alla luce di tali considerazioni, l'Autorità ha interpretato la norma di cui all'articolo 8, comma 1, del citato decreto nel senso di vietare la nomina ad amministratore della società affidataria di un ex dirigente, in quiescenza da meno di tre anni, impiegato presso l'ente locale appaltante, e direttamente coinvolto nella gestione di servizi pubblici locali.

L'Autorità ha, inoltre, colto l'occasione per ricordare che la disciplina transitoria sulla gestione dei servizi pubblici locali introdotta dall'art. 23-bis, comma 8, della legge n. 133/2008, prevedeva alla lettera e) dello stesso comma 8, la cessazione *ex lege* entro e non oltre la data del 31 dicembre 2010, delle gestioni affidate, a meno che queste non rientrassero nei casi di cui alle lettere a) e d).

In particolare, l'Autorità ha precisato che per ricadere nell'ambito di applicazione della lettera a), che prevedeva un termine di scadenza più lungo, fissato al 31 dicembre 2011, la gestione del servizio pubblico locale doveva essere stata affidata conformemente ai principi comunitari in materia di *in house*. L'Autorità ha inoltre ricordato che la giurisprudenza comunitaria ha escluso la sussistenza del controllo analogo quando l'impresa abbia acquisito una vocazione commerciale che rende precario il controllo. Nel caso di specie, il fatto che la società affidataria potesse svolgere ulteriori attività (trasporto di merci e effettuazione lavori agricoli conto terzi) lasciava presumere una propensione dell'impresa ad effettuare investimenti in altri mercati in vista di una eventuale espansione in settori diversi da quelli rilevanti per l'ente pubblico conferente. In difetto del requisito del controllo analogo, l'Autorità ha concluso che il regime transitorio applicabile era quello previsto dal comma 8, lett. e) della legge n. 133/2008.

DISPOSIZIONI NORMATIVE CHE ATTRIBUISCONO DIRITTI DI ESCLUSIVA ALL'ISTITUTO POLIGRAFICO DELLO STATO

Nel maggio 2011, l'Autorità ha trasmesso una segnalazione ai Presidenti di Senato e Camera e al Presidente del Consiglio dei Ministri in relazione alla disciplina statuente la competenza dell'Istituto Poligrafico dello Stato per il conio e la fornitura di medaglie e fusioni artistiche alle Amministrazioni Statali. In particolare, l'articolo 2 della legge 13 luglio 1966 n. 559, rubricato "Compiti dell'Istituto Poligrafico dello Stato", al comma 5, elenca una serie di attività di esclusiva spettanza del Poligrafico, e in particolare, *"il conio delle monete di Stato in conformità delle leggi vigenti, il conio di monete estere, il conio di monete a corso legale di speciale scelta da cedere, a norma di legge, a privati, enti e associazioni, il conio di medaglie e fusioni artistiche per conto dello Stato italiano, di Stati esteri, di enti e privati, la fabbricazione di sigilli ufficiali e marchi metallici recanti l'emblema dello Stato, la fabbricazione di timbri metallici e marchi per conto di enti pubblici e di privati, la fabbricazione di contrassegni di Stato, la fabbricazione di targhe, distintivi metallici, gettoni e altri prodotti artistici, la promozione dell'attività della Scuola dell'arte della medaglia e del Museo della Zecca, l'esecuzione di saggi su monete e metalli per conto dello Stato e di privati, la riparazione di congegni e macchinari in uso o in proprietà dello Stato, la partecipazione a studi, rilevazioni e prove sperimentali nelle*

materie attinenti al campo specifico della meccanica, la perizia delle monete ritenute false, il conio di monete commemorative o celebrative” e, infine, “la fabbricazione di contrassegni per macchine affrancatrici per conto dello Stato”.

Il successivo articolo 3 chiarisce che *“In casi eccezionali, determinati da sovraccarico di commesse o da ragioni tecniche, l’Istituto può affidare, ove il Provveditorato generale dello Stato ne ravvisi l’opportunità, a stabilimenti di terzi, l’esecuzione di determinate forniture fatta esclusione di quelle relative alla Gazzetta Ufficiale, alla Raccolta delle leggi e dei decreti della Repubblica e alla stampa delle carte-valori”.*

L’Autorità ha osservato che la normativa in questione sembrava attribuire al Poligrafico il ruolo di fornitore esclusivo delle Amministrazioni statali per determinate categorie di beni e di servizi. L’esclusiva, pur non essendo espressamente indicata dai testi normativi, pareva desumersi infatti dal complesso delle disposizioni e in particolare dall’articolo 3 della legge citata.

Al riguardo, l’Autorità ha considerato che per talune categorie di prodotti, la ragione giustificatrice delle esclusive poteva risiedere nell’esigenza di far eseguire all’interno del settore pubblico la produzione, per agevolare i necessari controlli dello Stato. Tali esigenze sono apparse sussistere in particolare per le cartevalori e la fabbricazione delle monete aventi corso legale.

Per tutti gli altri prodotti, invece, la ragione dell’esclusiva nelle forniture alle Amministrazioni statali attribuita al Poligrafico non è sembrata risiedere in motivi tecnici né in esigenze riconducibili a particolari caratteristiche dei prodotti e dei relativi processi produttivi, come risultava comprovato anche dalla possibilità che l’esecuzione delle forniture fosse affidata a terzi, in mancanza di capacità produttiva disponibile presso il Poligrafico.

Per gli stessi motivi, l’Autorità ha sottolineato che poteva risultare ingiustificato l’eventuale affidamento diretto a terzi dell’esecuzione delle forniture, senza l’esperimento di una procedura competitiva ad evidenza pubblica nelle ipotesi in cui il Poligrafico non potesse soddisfare il fabbisogno delle Amministrazioni statali.

In considerazione di ciò, l’Autorità ha auspicato una revisione della legge n. 559/66, con l’eliminazione delle esclusive non giustificate da esigenze di interesse generale e il venire meno di qualsiasi ruolo del Poligrafico nella scelta delle imprese alle quali affidare l’esecuzione di forniture pubbliche.

PROVINCIA AUTONOMA DI BOLZANO - SERVIZIO DI MARCATURA DELLE PARTITE TAVOLARI

Nell’ottobre 2011 l’Autorità ha inviato una segnalazione ai sensi dell’articolo 22 della legge n. 287/90 alla Provincia autonoma di Bolzano in merito al servizio telematico di marcatura delle partite tavolari Openkat.

L’Autorità ha in via preliminare ricordato che l’impianto e la tenuta del libro fondiario è 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 Bolzano.

In tale contesto, l'Autorità ha osservato che il servizio di marcatura delle partite tavolari, consistente nel monitoraggio di tutte le variazioni quotidiane che possono riguardare i beni immobili associati ad un determinato nominativo, con la previsione di un avviso automatico per l'utente abbonato al servizio citato, si configurava come 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.

Tenuto conto di ciò, l'Autorità, richiamando quanto già rilevato in passato³⁷, ha sottolineato la necessità di procedere ad una corretta identificazione dell'estensione dell'intervento pubblico, nonché a una verifica degli spazi praticabili per una gestione concorrenziale dei servizi, così da consentire il dispiegarsi del confronto competitivo tra più operatori. L'Autorità ha ribadito altresì il dovere per le amministrazioni locali di verificare periodicamente l'esistenza di condizioni per una gestione dei servizi pienamente concorrenziale e, laddove l'attività in questione sia remunerativa e vi siano soggetti interessati a fornire servizi analoghi, di consentire a tali operatori economici la possibilità di operare sul mercato.

COMUNE DI SULMONA (AQ) - GESTIONE DEI SERVIZI CIMITERIALI

Nell'ottobre 2011, a seguito del ricevimento della relativa richiesta, l'Autorità ha formulato un parere ai sensi dell'articolo 22 della legge n. 287/90 al Comune di Sulmona in merito alla possibilità di indire una gara per l'affidamento della gestione dei servizi cimiteriali, ai sensi dell'art. 4, comma 8, decreto-legge n. 138/11, evitando le procedure di cui ai commi 1, 2 e 3 del medesimo articolo.

L'Autorità ha rilevato che il decreto-legge n. 138/2011, convertito con modificazioni dalla legge 14 settembre 2011, n. 148, all'articolo 4 interviene sul quadro regolatorio dei servizi pubblici locali, quali sono i servizi cimiteriali. In particolare, la norma in questione afferma il principio per cui la gestione dei servizi pubblici locali deve essere liberalizzata, ovvero offerta in regime di concorrenza nel mercato, sia pure compatibilmente con le caratteristiche di universalità e accessibilità del servizio.

In deroga a questo principio generale, nei casi in cui, in base ad un'analisi di mercato, la libera iniziativa economica privata non risulti idonea a garantire un servizio rispondente ai bisogni della comunità, i servizi possono essere affidati ad un gestore in esclusiva. In questo caso l'ente affidante deve eseguire le procedure di cui ai commi 1, 2 e 3 dell'articolo 4 della norma in esame³⁸. Soltanto laddove ad esito di tale necessaria verifica l'ente locale intendesse procedere all'attribuzione di diritti di esclusiva, il conferimento della gestione di servizi pubblici locali avviene preferenzialmente ad esito di procedure competitive ad evidenza pubblica.

³⁷ Segnalazione AS208 *Sussidi incrociati nel trasporto pubblico locale*, 18 gennaio 2001, in *Boll.* n. 3/2011.

³⁸ Ossia adottare una delibera quadro che illustri l'istruttoria compiuta ed evidenzii, per i settori che si vogliono sottrarre alla liberalizzazione, i fallimenti del sistema concorrenziale e i benefici derivanti dalla gestione in esclusiva del servizio di cui trattasi; dare adeguata pubblicità alla delibera e inviare la delibera stessa all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.

A tale riguardo, l'Autorità ha ritenuto che il tenore letterale del testo normativo non pareva lasciare dubbi circa l'obbligatorietà dei passaggi di cui ai commi 1-3, laddove si volesse procedere ad affidare in esclusiva ad un soggetto la gestione di un servizio pubblico locale. Solo in questo modo, infatti, si sarebbe rispettato appieno l'obiettivo della norma, ovvero la progressiva liberalizzazione dei servizi pubblici locali.

Attività educative, ricreative, culturali e sportive

CODICE DELLA NORMATIVA STATALE IN TEMA DI ORDINAMENTO E MERCATO DEL TURISMO

Nel luglio 2011, l'Autorità ha inviato al Presidente del Senato, al Presidente della Camera, al Presidente del Consiglio dei ministri, al Ministro per lo Sviluppo e la Competitività del Turismo, al Presidente della Regione Veneto, alla Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le Regioni e le Province autonome di Trento e Bolzano una segnalazione ai sensi dell'articolo 21 della legge n. 287/90 in merito alle distorsioni della concorrenza derivanti dalle disposizioni contenute nella normativa nazionale di cui al decreto legislativo 23 maggio 2011, n. 79 "*Codice della normativa statale in tema di ordinamento e mercato del turismo [...]*" e dalla legge 4 novembre 2002 n. 33 della Regione Veneto in materia di ricezione turistica. In particolare, l'articolo 12, commi 5 e 6, del citato decreto (Codice del turismo) prevede un periodo minimo di locazione turistica di sette giorni per le sole unità ammobiliate ad uso turistico, stabilendo per altre tipologie un requisito temporale più limitato (tre giorni per i *residence*), ovvero nessun requisito temporale nel caso degli alberghi. L'articolo 25, commi 5 e 6, della legge regionale in esame riporta il medesimo contenuto della suddetta norma nazionale, prevedendo gli stessi requisiti temporali di locazione turistica.

Al riguardo, l'Autorità ha rilevato che tali previsioni normative, classificando le varie tipologie di strutture ricettive *extra*-alberghiere sulla base di criteri strutturali e introducendo anche delle limitazioni alle modalità di utilizzo delle medesime, quali l'imposizione di un periodo minimo di permanenza da parte dei turisti, risultavano idonee ad alterare il corretto svolgimento del meccanismo concorrenziale nel mercato.

L'Autorità ha osservato infatti che la naturale conseguenza di siffatte disposizioni era una restrizione dell'offerta di strutture ricettive in quelle regioni che le prevedevano. Tale circostanza causava, nel contempo, distorsioni concorrenziali in favore delle strutture ricettive alberghiere, facendo sì che la fascia di clientela interessata a soggiorni di breve periodo non potesse essere soddisfatta dagli altri operatori attivi nel mercato della ricezione turistica, ad esempio attraverso residence o appartamenti in locazione. Dette limitazioni all'utilizzo delle strutture ricettive *extra*-alberghiere non sono apparse peraltro giustificate laddove fossero già individuati i requisiti tecnici delle strutture stesse.

Con riferimento alle disposizioni contenute nelle richiamate norme nazionali e regionali, l'Autorità ha evidenziato, inoltre, che le stesse non apparivano conformi alle finalità della c.d. direttiva Servizi, così come recepita dal decreto legislativo 26 marzo 2010, n. 59, consistenti nel *“garantire la libertà di concorrenza secondo condizioni di pari opportunità e il corretto e uniforme funzionamento del mercato, nonché per assicurare ai consumatori finali un livello minimo e uniforme di condizioni di accessibilità ai servizi sul territorio nazionale”* (articolo 1, comma 2, del decreto cit.), tenuto conto che *“l'accesso e l'esercizio delle attività di servizi costituiscono espressione della libertà di iniziativa economica e non possono essere sottoposti a limitazioni non giustificate o discriminatorie”*. E' risultato evidente, inoltre, che l'introduzione a livello nazionale di tali limitazioni non poteva che legittimare la diffusione di analoghe previsioni a livello regionale, con conseguente alterazione degli equilibri concorrenziali nel mercato della ricezione turistica.

L'Autorità ha pertanto auspicato una revisione delle disposizioni contenute nelle citate previsioni normative, sia a livello nazionale sia a livello regionale, in ottemperanza anche a quanto previsto dalla richiamata normativa comunitaria in materia di servizi.

COMUNE DI PIOMBINO/PARCHI VAL DI CORNIA - GESTIONE PARCHI ARCHEOLOGICI

Nell'ottobre 2011, l'Autorità, a seguito del ricevimento della relativa richiesta da parte del Comune di Piombino, ha reso un parere, ai sensi dell'articolo 22 della legge 287/90, relativamente all'affidamento alla società Parchi Val di Cornia Spa delle attività attinenti alla gestione dei musei e delle aree archeologiche appartenenti al territorio della Val di Cornia. L'Autorità ha rilevato in particolare talune criticità in merito alla sussistenza del requisito del controllo analogo sulla società, all'ampiezza dell'oggetto sociale e alla natura non strumentale delle attività oggetto di affidamento.

Con riferimento al primo aspetto, l'Autorità ha evidenziato che mancava il primo presupposto individuato dalla giurisprudenza comunitaria per il controllo analogo, ovvero la partecipazione pubblica totalitaria, in quanto nella compagine sociale vi è la presenza di un socio privato, seppure con una quota minoritaria e marginale. Il requisito della totale partecipazione pubblica deve peraltro essere permanente, non dovendo prevedere le regole statutarie la possibilità di una apertura del capitale ai privati. Nel caso della società Parchi Val di Cornia, lo Statuto prevedeva che la società potesse ricevere versamenti anche *“in conto futuro aumento capitale”*, con ciò consentendo, almeno potenzialmente, un'apertura della compagine societaria a soggetti privati.

Quanto all'ampiezza dell'oggetto sociale, l'estensione dell'ambito di operatività della società ad attività (realizzazione di attività didattiche, formazione professionale, organizzazione di spettacoli, manifestazioni e convegni, svolgimento di attività di *merchandising*, di ristorazione e di ricezione, etc) che possono potenzialmente essere offerte sul mercato anche da parte di terzi, ha indotto l'Autorità a mettere in dubbio l'assenza di vocazione imprenditoriale dell'impresa.

Proprio alla luce dell'ampiezza dell'oggetto sociale, infine, l'Autorità ha sottolineato come le attività che la società Parchi Val di Cornia poteva svolgere fossero diverse e ben più ampie rispetto ai soli servizi strumentali alla fruizione dei parchi archeologici e naturali e delle strutture museali, trattandosi anzi in prevalenza di servizi aggiuntivi, per l'affidamento dei quali devono essere previsti criteri selettivi che siano trasparenti e non discriminatori.

Sanità

PROCEDURA DI GARA PER LA FORNITURA DI APPARECCHIATURE DI TELEPATOLOGIA

Nel gennaio 2011, l'Autorità ha trasmesso un parere ai sensi dell'articolo 22 della legge n. 287/90 al Ministro dell'Economia e delle Finanze in merito alle bozze del bando di gara e del relativo disciplinare per la fornitura di apparecchiature di Telepatologia-Stazioni digitali per le acquisizioni di immagini, dei servizi connessi e opzionali per le Pubbliche Amministrazioni, predisposti dalla Concessionaria Servizi Informatici Pubblici (CONSIP Spa).

In generale, l'Autorità ha ritenuto che le previsioni contenute in tali bozze fossero sostanzialmente conformi agli orientamenti da essa espressi in materia di bandi di gara predisposti da Consip.

L'Autorità ha tuttavia rilevato che nel disciplinare di gara era consentito l'affidamento in subappalto a imprese aventi rapporto di controllo o di mero collegamento con gli aggiudicatari ai sensi dell'articolo 2359 c.c. e, comunque, ad imprese costituenti, ai fini della partecipazione alla gara, un unico centro decisionale.

In proposito, l'Autorità ha osservato che la disposizione non teneva conto delle modifiche apportate al Codice dei contratti pubblici dall'articolo 3, comma 1, della legge n. n. 166/2009, ai sensi del quale non possono *“essere affidatari di subappalti, e non possono stipulare i relativi contratti, i soggetti (...) che si trovino, rispetto ad un altro partecipante alla medesima procedura di affidamento, in una situazione di controllo di cui all'articolo 2359 del codice civile o in una qualsiasi relazione, anche di fatto, se la situazione di controllo o la relazione comporti che le offerte sono imputabili ad un unico centro decisionale.”*

In ogni caso, l'Autorità si è riservata di valutare gli esiti della gara, ove nel corso del suo svolgimento fossero emersi elementi suscettibili di configurare illeciti anticoncorrenziali.

BANDO DI GARA PER LA FORNITURA DI ANGIOGRAFI FISSI E ARCHI A C MOBILI

Nel marzo 2011 l'Autorità, a seguito del ricevimento della relativa richiesta, ha trasmesso un parere ai sensi dell'articolo 22 della legge n. 287/90 al Ministero dell'Economia e delle Finanze in merito alle bozze del bando, del Capitolato tecnico e del disciplinare di gara per la fornitura di apparecchiature

di Angiografi fissi e Archi a C mobili, servizi connessi, dispositivi e servizi opzionali per le Pubbliche Amministrazioni, predisposti dalla Concessionaria Servizi Informatici Pubblici - CONSIP Spa.

L'Autorità ha ritenuto che le previsioni contenute in tali bozze fossero sostanzialmente conformi agli orientamenti espressi all'Autorità in materia di bandi di gara predisposti da CONSIP. L'Autorità ha peraltro osservato che le previsioni relative all'affidamento del subappalto contenute nel disciplinare di gara potevano non risultare conformi alle previsioni di cui all'articolo 38 del decreto legislativo n. 163/2006, come novellato dall'articolo 3, comma 1, della legge n. 166/2009, laddove espressamente stabilivano che il divieto di subappalto nei confronti di imprese singolarmente in grado di soddisfare i requisiti di partecipazione non opera *“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”*.

In ogni caso, l'Autorità si è riservata di valutare gli esiti della gara, ove nel corso del suo svolgimento fossero emersi elementi suscettibili di configurare illeciti anticoncorrenziali.

NORME IN MATERIA DI AUTORIZZAZIONE ALLA REALIZZAZIONE DI STRUTTURE E ALL'ESERCIZIO DI ATTIVITÀ SANITARIE E SOCIO-SANITARIE, DI ACCREDITAMENTO E RIORDINO DELLA DISCIPLINA IN MATERIA SANITARIA, A NORMA DELL'ARTICOLO 1 DELLA LEGGE 23 OTTOBRE 1992, N. 421.

Nel luglio 2011, 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 Presidente del Consiglio dei Ministri, al Presidente della Regione Lazio e al Presidente della Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le Regioni e le Province autonome di Trento e Bolzano in merito alle distorsioni della concorrenza prodotte dalle disposizioni di cui alla legge della Regione Lazio n. 4/2003 *“Norme in materia di autorizzazione alla realizzazione di strutture e all'esercizio di attività sanitarie e socio-sanitarie, di accreditamento istituzionale e di accordi contrattuali”* e al decreto legislativo n. 502/1992 *“Riordino della disciplina in materia sanitaria, a norma dell'articolo 1 della legge 23 ottobre 1992, n. 421”*. L'Autorità ha ricordato di essere già intervenuta in passato con una specifica segnalazione³⁹ in relazione allo schema di decreto legislativo in materia di riforma del Servizio Sanitario Nazionale approvato dal Consiglio dei Ministri il 14 aprile 1999. In quell'occasione, l'Autorità si era soffermata sulla previsione che sottoponeva le strutture sanitarie e socio sanitarie private ad un regime di autorizzazione alla realizzazione e all'esercizio (divenuto articolo 8-ter del decreto) da parte del Comune, subordinatamente alla verifica di compatibilità del progetto da parte della Regione, da effettuarsi, quest'ultima, in rapporto al fabbisogno complessivo e alla localizzazione territoriale delle strutture presenti in ambito regionale.

³⁹ AS175 *“Norme per la razionalizzazione del sistema sanitario nazionale”*, 19 maggio 1999, in Boll. n. 18/99.

Al riguardo, l'Autorità aveva osservato che la suddetta verifica di compatibilità non era idonea ad assicurare l'obiettivo di politica sanitaria consistente nel contenimento dell'offerta di prestazioni sanitarie, poiché poteva comportare che gli operatori già autorizzati fossero indotti ad incrementare la loro offerta nell'intento di diminuire il fabbisogno potenziale di assistenza da cui dipendeva il numero delle strutture autorizzabili: ciò risulterebbe in una riduzione delle possibilità di ingresso nel settore di operatori più efficienti e, con esse, la libera scelta degli utenti. L'Autorità aveva rilevato inoltre che i criteri di compatibilità finanziaria potevano essere presi in considerazione solo per limitare, tramite gli accreditamenti e gli accordi, l'ingresso e la permanenza degli operatori nel settore più ristretto delle prestazioni a carico del SSN, mentre non dovevano essere utilizzati per limitare, tramite autorizzazioni discrezionali, le possibilità degli operatori di entrare nel settore più ampio delle prestazioni non gravanti sull'erario pubblico.

Nel corso del 2010 erano, poi, pervenute all'Autorità alcune segnalazioni aventi ad oggetto la mancata adozione di autorizzazioni nella Regione Lazio, risultante in parte dall'inerzia della Regione stessa, in parte dall'esistenza di una normativa regionale che, di fatto, avrebbe impedito l'apertura di nuove strutture.

L'Autorità, pertanto, ribadendo quanto già evidenziato nella propria precedente segnalazione, ha auspicato che le considerazioni svolte conducessero ad una effettiva revisione delle disposizioni contenute nelle previsioni normative esaminate, sia a livello nazionale che a livello regionale.

BANDO DI GARA PER LA FORNITURA DI APPARECCHIATURE PER LA MOC, DEI DISPOSITIVI E SERVIZI CONNESSI E DEI SERVIZI OPZIONALI PER LE PUBBLICHE AMMINISTRAZIONI

Nel settembre 2011, l'Autorità, a seguito del ricevimento della relativa richiesta, ha trasmesso un parere ai sensi dell'articolo 22 della legge n. 287/90 al Ministero dell'Economia e delle Finanze e alla Concessionaria Servizi Informatici Pubblici (Consip) in merito allo schema del bando di gara, del disciplinare di gara e del capitolato tecnico per la fornitura di apparecchiature per Mineralometria Ossea Computerizzata (MOC), dei dispositivi e servizi connessi e dei servizi opzionali per le Pubbliche Amministrazioni, predisposto dalla stessa Consip.

In generale, l'Autorità ha ritenuto che le previsioni contenute in tali bozze fossero sostanzialmente conformi agli orientamenti da essa espressi in tema di bandi di gara predisposti da Consip.

Con particolare riferimento alla disciplina delle forme associative di partecipazione alla gara, il bando richiedeva, a pena di esclusione, che le stesse fossero ammesse solo tra imprese che singolarmente non avrebbero potuto partecipare alla gara. In proposito, l'Autorità ha sottolineato che il decreto-legge 13 maggio 2011, n. 70 convertito in legge del 12 luglio 2011, n. 106 *“Semestre Europeo - Prime disposizioni urgenti per l'economia”* (di seguito, decreto Sviluppo) aveva modificato il previgente quadro normativo in materia di appalti pubblici sancendo, in particolare, la tipizzazione delle cause di esclusione dalle gare (art. 4, lett. n), cause che potevano essere solo quelle previste dal Codice dei contratti pubblici e dal relativo regolamento di

esecuzione e attuazione, con irrilevanza delle clausole addizionali eventualmente previste dalle stazioni appaltanti nella documentazione di gara. Oltre che per i motivi tassativamente previsti dal Codice, il decreto aveva previsto, altresì, per le stazioni appaltanti la possibilità di escludere i candidati o i concorrenti anche “*in caso di mancato adempimento di prescrizioni previste [...] da altre disposizioni di legge vigenti*”.

In proposito, l’Autorità ha osservato che, nel mutato contesto normativo, poteva essere opportuno riformulare la disposizione citata rendendola più coerente con la previsione di cui all’art. 101 del TFUE che vieta le intese restrittive della concorrenza. La previsione del Trattato, infatti, al pari delle altre norme a tutela della concorrenza poteva ben considerarsi, secondo l’Autorità, una tra le “disposizioni di legge vigenti”, richiamate dalla norma del decreto Sviluppo.

L’Autorità ha altresì considerato che la disposizione citata poteva essere rielaborata sulla falsariga di quanto il Legislatore aveva previsto in materia di appalti dei servizi pubblici locali nel decreto-legge. n. 138/2011, in cui è espressamente previsto che la stazione appaltante “*può prevedere l’esclusione di forme di aggregazione o di collaborazione tra soggetti che possiedono singolarmente i requisiti tecnici ed economici di partecipazione alla gara, qualora, in relazione alla prestazione oggetto del servizio, l’aggregazione o la collaborazione sia idonea a produrre effetti restrittivi della concorrenza sulla base di un’oggettiva e motivata analisi che tenga conto di struttura, dimensione e numero degli operatori del mercato di riferimento*”.

In particolare, l’Autorità ha ritenuto che fosse in generale auspicabile l’introduzione di clausole tese a consentire alla stazione appaltante di escludere i raggruppamenti nei casi in cui, oltre al contemporaneo possesso dei requisiti tecnico-dimensionali da parte delle imprese coinvolte, l’aggregazione o la collaborazione fossero esclusivamente idonee a produrre effetti restrittivi della concorrenza sulla base di un’oggettiva e motivata analisi, tenuto conto della struttura, dimensione e numero degli operatori del mercato di riferimento. Alternativamente o in aggiunta, l’Autorità ha suggerito che il bando potesse/dovesse prevedere a pena di esclusione l’onere a carico delle imprese associate, singolarmente in possesso dei requisiti, di fornire documentazione utile a dimostrare la ragionevolezza industriale della partecipazione aggregata.

In ogni caso, l’Autorità si è riservata di valutare gli esiti della gara, ove nel corso del suo svolgimento emergessero elementi suscettibili di configurare illeciti anticoncorrenziali.

REGIONE CALABRIA - REGOLAMENTI E MANUALI PER L’ACCREDITAMENTO DEL SISTEMA SANITARIO REGIONALE

Nel novembre 2011, l’Autorità ha trasmesso al Presidente della Regione Calabria una segnalazione ai sensi dell’articolo 21 della legge n. 287/90 in merito alle distorsioni della concorrenza derivanti del Regolamento regionale 1° settembre 2009, n. 13, il quale ha previsto che le strutture sanitarie e socio-sanitarie pubbliche e private non ancora in possesso della certificazione di

qualità avrebbero dovuto certificarsi entro tre anni dall'entrata in vigore del Regolamento stesso. A tal fine, il Regolamento faceva esplicito riferimento alla sola certificazione rilasciata da organismi accreditati dal SINCERT (oggi ACCREDIA), escludendo società che, sebbene non accreditate da ACCREDIA, fossero comunque accreditate presso organismi equivalenti, essendo firmatari dei c.d. "accordi di mutuo riconoscimento".

L'Autorità ha ritenuto che tali previsioni fossero suscettibili di determinare ingiustificate restrizioni della concorrenza nel mercato dei servizi di certificazione. Pertanto, l'Autorità ha formulato l'auspicio che le citate previsioni del Regolamento, laddove circoscrivevano lo svolgimento di determinate attività ai soli "organismi certificati SINCERT", fossero modificate in modo da chiarire la norma, ampliando il novero dei soggetti che possono svolgere attività di certificazione sanitaria a quei soggetti che siano riconosciuti da organismi di accreditamento diversi da ACCREDIA, ma firmatari degli accordi di mutuo riconoscimento internazionale.

PROCEDURE ADOTTATE DALLA REGIONE CALABRIA PER LA REALIZZAZIONE DI QUATTRO PRESIDI OSPEDALIERI

AFFIDAMENTO, DA PARTE DELLA REGIONE CALABRIA IN FAVORE DI INFRASTRUTTURE LOMBARDE SPA, DI SERVIZI INERENTI LE PROCEDURE DI GARA PER LA REALIZZAZIONE DI QUATTRO PRESIDI OSPEDALIERI

Nell'agosto 2011 l'Autorità ha trasmesso due pareri, ai sensi dell'articolo 22 della legge n. 287/90 rispettivamente al Presidente della Regione Calabria e al Commissario delegato per l'emergenza socio-economica sanitaria nel territorio della Regione Calabria da un lato, e al Presidente della Regione Lombardia dall'altro, in merito alle distorsioni concorrenziali connesse i) all'affidamento, da parte della Regione Calabria e in favore di Infrastrutture Lombarde Spa (ILSPA) di servizi relativi alle procedure di gara per la realizzazione di quattro presidi ospedalieri, nonché ii) alla qualificazione di ILSPA, società posseduta al 100% dalla Regione Lombardia, quale società strumentale della Regione stessa.

La Regione Calabria, le aziende sanitarie provinciali interessate, ILSPA e la Regione Lombardia avevano concluso una convenzione in base alla quale quest'ultima, tramite ILSPA, si impegnavano a prestare attività di supporto alla stazione appaltante e al responsabile unico del procedimento, di *project & construction management* e di alta sorveglianza in relazione agli interventi di realizzazione dei quattro presidi ospedalieri di Vibo Valentia, Piana di Gioia Tauro, Sibaritide e Catanzaro.

In proposito, l'Autorità ha rilevato innanzitutto che, in quanto società strumentale della Regione Lombardia, ILSPA avrebbe dovuto svolgere attività rivolte essenzialmente alla pubblica amministrazione di riferimento e che alla stessa era fatto divieto, ai sensi dell'art. 13 della legge n. 248/2006, di "svolgere prestazioni a favore di altri soggetti pubblici o privati". In tale ottica, l'Autorità ha ritenuto che l'affidamento diretto nella forma *in-house* a ILSPA di servizi non qualificabili come strumentali, in quanto non rivolti alla Regione

Lombardia, costituiva condotta idonea ad alterare le dinamiche concorrenziali che dovrebbero governare l'affidamento dei servizi pubblici, mirando a sottrarre alle regole del mercato la fornitura di un insieme di servizi suscettibili di costituire oggetto di una procedura ad evidenza pubblica.

L'Autorità ha sottolineato altresì che dallo statuto di ILSPA emergeva come la società non avrebbe potuto in ogni caso definirsi affidataria *in-house* di servizi strumentali in quanto nessuna previsione statutaria assicurava che le sue decisioni più importanti fossero preventivamente sottoposte all'esame e all'approvazione dell'ente pubblico di riferimento (requisito necessario affinché possa configurarsi l'esistenza del requisito del c.d. "controllo analogo").

Infine, con riferimento ai bandi pubblicati per la realizzazione degli ospedali di Vibo Valentia e Sibaritide, l'Autorità ha osservato che essi prevedevano che al concessionario dei lavori di realizzazione venisse affidata anche, per una durata trentennale, la gestione di ogni attività non sanitaria annessa alle opere realizzatesi.

In proposito, l'Autorità ha rilevato che, se in linea di principio l'accorpamento dei servizi di natura sanitaria e non sanitaria in un unico bando non presentava, di per sé, profili anticoncorrenziali nella misura in cui tale scelta derivi da una attenta analisi della stazione appaltante che abbia individuato in tale soluzione la configurazione più efficiente, l'accorpamento tuttavia di un numero eccessivo di beni e servizi in un unico bando poteva comportare non solo il rischio di minori efficienze, ma anche una riduzione drastica del numero di potenziali partecipanti alla gara, sia singolarmente che in forma associata.

L'Autorità ha auspicato pertanto che le considerazioni svolte conducessero ad una revisione delle modalità di affidamento dei servizi in questione e potessero essere utili nella valutazione dell'opportunità di accorpare servizi sanitari e non sanitari all'interno di un unico bando di gara sia con riguardo ai due bandi di gara richiamati che a quelli di futura pubblicazione.

Istruzione

NUMERO CHIUSO PER L'ACCESSO AI CORSI DI LAUREA IN MEDICINA VETERINARIA

Nel febbraio 2011, l'Autorità ha formulato, ai sensi dell'articolo 21 della legge n. 287/90, alcune osservazioni relative alle modalità di individuazione del numero chiuso per l'accesso ai corsi di laurea in medicina veterinaria, indirizzandole al Presidente del Senato, al Presidente della Camera, al Presidente del Consiglio dei Ministri, al Presidente della Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le Regioni e le Province Autonome di Trento e Bolzano, al Ministro dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca e al Ministro della Salute.

L'Autorità ha in primo luogo ricordato di avere già in passato rilevato che, in generale, le restrizioni numeriche determinate con modalità non

proporzionate rispetto alla finalità che con il numero chiuso si intende perseguire per l'accesso ad un corso di laurea (il cui svolgimento è necessario per l'ammissione all'esame di abilitazione prodromico, a sua volta, all'iscrizione nell'albo professionale) risultavano idonee a determinare ingiustificate limitazioni all'accesso alla professione, con conseguente limitazione della concorrenza tra professionisti⁴⁰.

In tal senso, l'Autorità non ha ritenuto condivisibile la scelta legislativa secondo cui, per la determinazione del numero chiuso in medicina veterinaria, doveva essere presa in considerazione la situazione occupazionale dei veterinari operanti nell'ambito del Sistema Sanitario Nazionale. Infatti, tale valutazione, secondo l'Autorità, comportava un'artificiosa predeterminazione del numero dei potenziali professionisti e determinava, dal punto di vista economico, un ingiustificato irrigidimento dell'offerta di prestazioni veterinarie.

In proposito, richiamando quanto già affermato nella segnalazione AS516 “*Modalità di individuazione del numero chiuso per l'accesso ai corsi di laurea in odontoiatria*”, l'Autorità ha ribadito la necessità di rivedere il processo di determinazione del numero chiuso mediante l'abolizione di tutte le disposizioni normative che prevedono la verifica del fabbisogno produttivo, in quanto barriere all'entrata volte a definire *ex ante* e in modo restrittivo il numero di potenziali operatori che forniscono le prestazioni veterinarie.

L'Autorità, infine, ha osservato che a fronte di un aumento dell'offerta formativa da parte delle facoltà di medicina veterinaria si erano registrati, negli ultimi anni, consistenti riduzioni del numero dei posti disponibili per l'accesso ai corsi citati, imputabili al ridotto fabbisogno di professionalità. In particolare, nel biennio 2009/2010, la riduzione dei posti era stata effettuata per ciascuna facoltà in proporzione al raggiungimento degli *standard* formativi individuati dall'EAEVE. Pertanto, l'Autorità, pur valutando positivamente l'intento del MIUR di perseguire livelli formativi individuati in base a criteri oggettivi, volti ad assicurare adeguati *standard* formativi in ambito europeo, non ha condiviso la modalità adottata per perseguire tale finalità, consistente nella riduzione del numero di posti disponibili operata sulla base del fabbisogno di professionalità. Tale determinazione, infatti, comportava un'ingiustificata limitazione dell'accesso al mercato delle prestazioni professionali veterinarie, in quanto effettuata dal Tavolo Tecnico e, dunque, da un organo al cui interno erano presenti esponenti degli ordini professionali rappresentativi dei soli professionisti già attivi nel mercato e portatori dunque di interessi confliggenti con l'ampliamento del numero dei soggetti fornitori dei servizi citati.

Alla luce di quanto considerato, l'Autorità ha ritenuto che la partecipazione al Tavolo Tecnico degli ordini poteva essere valutata positivamente soltanto laddove l'intervento fosse esclusivamente volto all'acquisizione del punto di vista della categoria professionale interessata, senza che ciò potesse incidere sulla determinazione del numero dei posti disponibili per l'accesso ai corsi di laurea in medicina veterinaria.

⁴⁰ Cfr. IC15 Indagine conoscitiva sugli Ordini e collegi professionali, 9 ottobre 1997, in *Boll.* 42/2007 e IC34 Indagine conoscitiva sul settore degli Ordini professionali, 15 gennaio 2009, in *Boll.* 9/2009.

Nel maggio 2011, l'Autorità ha trasmesso, ai sensi dell'articolo 21 della legge n. 287/1990, una segnalazione al Presidente del Senato, al Presidente della Camera, al Presidente del Consiglio e al Ministro dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca scientifica (MIUR) in merito ad alcune distorsioni della concorrenza nell'assegnazione annuale dei finanziamenti per progetti di ricerca di interesse nazionale (c.d. PRIN). In particolare, nell'ultimo bando pubblicato dal MIUR per l'assegnazione dei finanziamenti citati (bando PRIN 2009), la partecipazione alla selezione era stata riservata alle sole università e agli enti pubblici di ricerca afferenti al Ministero

Al riguardo, l'Autorità ha in primo luogo ricordato che la normativa vigente, ossia la legge 27 dicembre 2006, n. 296 (finanziaria 2007), ripresa nel Bando PRIN 2009, riservava la partecipazione alla gara per l'ottenimento di suddetti finanziamenti alle università e agli enti pubblici di ricerca afferenti al MIUR discriminando, di fatto, gli enti privati di ricerca a favore di quelli pubblici. Al contrario, la disciplina comunitaria non operava tale discriminazione, in quanto chiariva che alle università ed enti pubblici di ricerca erano assimilabili tutti gli organismi di ricerca senza finalità di lucro a prescindere dallo status giuridico.

L'Autorità ha inoltre rilevato che, nell'ambito del 7° Programma Quadro, volto a promuovere, mediante la concessione di finanziamenti, le attività di ricerca ritenute necessarie per raggiungere obiettivi di crescita, competitività e occupazione, la Commissione Europea incoraggiava le imprese, le università, gli istituti di ricerca, attivi sia nel settore pubblico che in quello privato (compresi gli enti *no profit*) nelle loro attività di ricerca e sviluppo tecnologico, e riconosceva espressamente tali soggetti quali beneficiari dei finanziamenti comunitari.

Sulla base di tali considerazioni, l'Autorità ha ritenuto che la disparità di trattamento in questione non risultasse giustificata dal perseguimento di interessi generali di nessun tipo e fosse idonea a falsare la concorrenza nel settore della fornitura dei servizi di ricerca e sviluppo, a restringere il numero dei soggetti attivi in tale settore e ad ostacolare l'innovazione scientifica e tecnologica. Pertanto, l'Autorità ha auspicato che la disciplina in esame venisse modificata nella parte in cui escludeva gli enti privati di ricerca privati dai finanziamenti PRIN concessi dal MIUR consentendo anche a tali soggetti di partecipare alle gare per l'assegnazione dei suddetti finanziamenti.

INTERVENTI A FAVORE DEL CONSORZIO PER LA SCUOLA MOSAICISTI DEL FRIULI

Nel maggio 2011, l'Autorità ha trasmesso al Presidente della Regione Friuli Venezia Giulia una segnalazione ai sensi dell'articolo 21 della legge n. 287/90 in merito alle distorsioni della concorrenza derivanti dalla legge regionale n. 15 del 28 marzo 1988 "*Interventi a favore del Consorzio per la Scuola Mosaicisti del Friuli*", così come modificata dalla legge regionale n. 9 del 16 giugno 2010 recante "*Norme urgenti di modifica della legge regionale 28 marzo 1988, n. 15*

(Interventi a favore del Consorzio per la “Scuola Mosaicisti del Friuli)” e, in particolare, dall’articolo 1, comma 1, che prevede che “Allo scopo di garantire la conservazione di una tradizione artistica unica nel suo genere, l’Amministrazione regionale riconosce e sostiene finanziariamente la Scuola Mosaicisti del Friuli, con sede in Spilimbergo, come la struttura atta a svolgere attività didattica, promozionale e produttiva per lo sviluppo e la conservazione nel settore musivo”.

In linea generale, l’Autorità ha evidenziato che, al di là delle ipotesi in cui il finanziamento pubblico è giustificato dalla necessità di assicurare l’universalità di un determinato servizio o di altra attività di pubblico interesse, la concessione di sovvenzioni pubbliche potrebbe attribuire al soggetto beneficiario un ingiustificato vantaggio competitivo rispetto agli altri operatori attivi nello stesso mercato. Sul punto l’Autorità ha più volte osservato che *“occorre procedere ad una corretta identificazione dell’estensione dell’intervento pubblico, nonché a una verifica degli spazi praticabili per una gestione concorrenziale dei servizi, così da consentire il dispiegarsi del confronto competitivo tra più operatori. È quindi necessario che l’intervento pubblico sia circoscritto ai soli casi in cui l’iniziativa economica privata non risulti sufficiente”*⁴¹.

Nel caso di specie, la disposizione di cui all’articolo 1, comma 1, della legge regionale citata, nel prevedere sovvenzioni pubbliche senza vincolo di destinazione, ossia indiscriminatamente erogate dalla regione per il finanziamento di tutte le attività della Scuola, era suscettibile di determinare distorsioni concorrenziali, considerato che il soggetto beneficiario, oltre a svolgere attività didattica e promozionale, svolgeva attività di produzione e commercializzazione di opere d’arte musiva in concorrenza con altri operatori attivi nello stesso mercato.

L’Autorità ha auspicato, pertanto, la modifica di tale disposizione in senso pro-concorrenziale, mediante la previsione di un vincolo di destinazione dei finanziamenti erogati dalla regione in favore della Scuola Mosaicisti del Friuli, nel senso che gli stessi fossero esclusivamente destinati allo svolgimento delle attività della Scuola ispirate a precisi interessi di carattere pubblicistico.

Appalti pubblici

COMUNE DI LECCE - AGGIUDICAZIONE DEI LAVORI DEL PARCO ARCHEOLOGICO

Nel maggio 2011, l’Autorità ha trasmesso alcune osservazioni ai sensi dell’articolo 22 della legge n. 287/90 al Comune di Lecce in merito al bando di una gara d’appalto avente ad oggetto l’aggiudicazione dei lavori di funzionalizzazione, valorizzazione e fruizione del parco archeologico comunale. L’Autorità ha rilevato in particolare alcune criticità di natura concorrenziale nel

⁴¹ Cfr. segnalazione AS208 *Sussidi incrociati nel trasporto pubblico locale* in Boll. n. 3/11.

bando in questione con riguardo alle modalità di accesso e acquisizione di copia degli atti tecnici di gara, la cui valutazione e analisi costituiva elemento necessario ed essenziale al fine della partecipazione delle imprese interessate alla gara. In particolare, non era prevista la possibilità di acquisire copia di tali atti in formato elettronico, ma solo presso un esercizio commerciale privato, sito nel Comune di Lecce, cui doveva essere corrisposto il relativo costo di riproduzione.

Al riguardo, l'Autorità ha in primo luogo evidenziato che, per il buon esito di una procedura ad evidenza pubblica, era necessario che le stazioni appaltanti si adoperassero al fine di consentire la più ampia partecipazione di imprese interessate all'aggiudicazione della gara. In tal senso, l'Autorità ha considerato che prevedere delle limitazioni in ordine alle tipologie o alle modalità di accesso e acquisizione di documenti, laddove non proporzionate o giustificate dall'oggetto della procedura, poteva costituire una rilevante barriera di accesso alla gara che, di fatto, impediva alle imprese interessate di formulare un'offerta soltanto in ragione ad esempio della lontananza geografica dal luogo in cui erano detenuti i documenti di gara.

In secondo luogo, l'Autorità ha osservato che, nell'ottica di garantire una piena affermazione dei principi della concorrenza e del mercato, l'eventuale esternalizzazione dei servizi di copisteria, archiviazione e masterizzazione dei dati in formato elettronico, in quanto attività tipicamente economica, doveva in ogni caso essere subordinata al rispetto delle regole comunitarie e nazionali in materia di evidenza pubblica, anche con riferimento alla determinazione del corrispettivo per l'acquisizione dei dati richiesti.

Sulla base di tali considerazioni, l'Autorità ha auspicato che il Comune di Lecce, uniformandosi ai principi di concorrenza richiamati, tenesse conto di tali osservazioni e si adoperasse al fine di consentire, in generale e anche con riferimento al bando in esame, la più ampia partecipazione alle procedure di gara, rimuovendo ogni ostacolo nella fase di accesso e acquisizione dei relativi atti.

SEGNALAZIONE CONCERNENTE LE ATTIVITÀ DI AFFIDAMENTO DEL POLIGRAFICO

Nel luglio 2011, l'Autorità ha trasmesso, ai sensi dell'articolo 22 della legge n. 287/90, al Presidente del Consiglio, al Ministero dell'Economia e delle Finanze e all'Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato alcune osservazioni in merito alla gestione degli affidamenti pubblici concernenti il Poligrafico. L'Autorità aveva infatti ricevuto alcune segnalazioni concernenti affidamenti effettuati senza espletamento di una procedura di gara, nei quali il Poligrafico risultava essere in alcuni casi stazione appaltante e in altri soggetto aggiudicatario.

L'Autorità ha innanzitutto ricordato che qualsiasi organo dello Stato che agisce in qualità di amministrazione aggiudicatrice, salvo norma contraria, è tenuto all'applicazione delle regole dell'evidenza pubblica previste dalla disciplina comunitaria e nazionale sulla gara per la scelta del contraente. Con specifico riferimento ai casi in cui il Poligrafico ovvero le sue società controllate agissero come stazioni appaltanti, l'Autorità ha sottolineato la circostanza che, al di là della veste formale, tali soggetti rientravano a pieno titolo nella definizione di organismo di diritto pubblico, in quanto società interamente controllate dallo

Stato attributarie, direttamente o indirettamente, di compiti inerenti il perseguimento di interessi generali legislativamente previsti. Pertanto, qualunque atto di affidamento adottato dal Poligrafico o dalle sue società controllate senza l'esperimento di una procedura competitiva ad evidenza pubblica era suscettibile di determinare una ingiustificata restrizione della concorrenza.

L'ingiustificata o arbitraria sottrazione di quote di servizi, lavori e forniture al confronto competitivo integrava una violazione dei principi di libera concorrenza stabiliti dal Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea, dalla legge 287/1990 e, infine, dalle Direttive comunitarie sugli appalti pubblici di servizi, lavori e forniture, recepite con il decreto legislativo n. 163/2006 (c.d. Codice dei contratti pubblici).

PROVINCIA DI ENNA/GESTIONE DELLA RISERVA NATURALE STATALE DEL LAGO DI PERGUSA

Nel luglio 2011, l'Autorità, a seguito della richiesta del relativo parere, ha trasmesso alla Provincia di Enna le proprie considerazioni, ai sensi dell'articolo 22 della legge n. 287/1990, in merito all'affidamento della gestione della riserva naturale statale (RNS) del Lago di Pergusa a una società costituita ai sensi dell'articolo 121 della legge regionale Sicilia n. 4/2003.

L'Autorità ha innanzitutto richiamato l'articolo 13 del decreto legge n. 223/2006, convertito nella legge n. 248/2006, che sottopone a stringenti condizioni l'affidamento di servizi strumentali all'attività istituzionale in favore di società a capitale interamente pubblico o misto o partecipate dalle amministrazioni pubbliche regionali e locali.

Nel caso di specie, l'Autorità ha rilevato che, fatta eccezione per l'attività di informazione e assistenza ai fruitori della riserva, che non poteva essere classificata né come strumentale né come servizio pubblico locale, i servizi inerenti alla gestione della RNS elencati dalla Provincia (quali la manutenzione dei beni mobili e immobili e della segnaletica dei sentieri delle zone assegnate; l'accertamento delle violazioni di legge e di regolamento in materia ambientale ed edilizia; attività amministrative e di supporto quali tenuta dei registro compilazioni di ordini, gestione di magazzino, ecc.) potevano essere classificati come strumentali, in quanto rivolti essenzialmente alla pubblica amministrazione e non finalizzati a soddisfare direttamente e in via immediata esigenze generali della collettività.

L'Autorità ha inoltre sottolineato la necessità che lo statuto della società, costituita al fine della produzione dei beni e servizi strumentali sopra indicati, fosse redatto in conformità alle limitazioni dettate dal citato articolo 13 del decreto-legge n. 223/2006, consistenti nel divieto di effettuare prestazioni a favore di altri soggetti pubblici o privati sia mediante l'affidamento diretto, sia con gara, nonché nel divieto di partecipare ad altre società o enti aventi sede nel territorio nazionale.

Per quanto riguarda infine la possibilità di procedere ad un affidamento *in house* dei servizi strumentali, l'Autorità ha ricordato che i principi comunitari ammettono la possibilità per la pubblica amministrazione di affidare direttamente la produzione di beni e servizi destinati all'ente ad un soggetto di diritto privato

costituito e partecipato dalla stessa pubblica amministrazione, a condizione che l'ente locale eserciti su tale soggetto un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e tale soggetto realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente locale o gli enti locali che la controllano.

CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI: TIPIZZAZIONE DELLE CAUSE DI ESCLUSIONE DALLE PROCEDURE DI GARA E DETERMINAZIONE DELL'OFFERTA MIGLIORE

Nel settembre 2011, l'Autorità ha trasmesso un parere ai sensi dell'articolo 22 della legge n. 287/90 all'Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici di Lavori, Servizi e Forniture (in seguito AVCP), nell'ambito della consultazione da questa promossa in merito alla tipizzazione delle cause di esclusione dalle gare d'appalto e alla nuova disciplina sulla determinazione della migliore offerta di cui agli artt. 46, 64 e 81 del decreto legislativo n. 163/2006, come modificati dall'art. 4, comma 2, del decreto-legge 13 maggio 2011 n. 70 convertito in legge del 12 luglio 2011, n. 106 "*Semestre Europeo - prime disposizioni urgenti per l'economia*" (c.d. decreto Sviluppo).

L'Autorità ha in primo luogo ricordato di aver sviluppato nel tempo un consolidato orientamento in materia, consistente nel suggerire alle stazioni appaltanti la possibilità di inserire nei bandi di gara clausole di esclusione dei raggruppamenti costituiti da due o più imprese che già singolarmente posseggono i requisiti finanziari e tecnici per partecipare alla gara. Il ricorrere di tale circostanza, infatti, benché non dimostri di per sé l'esistenza di un'intesa vietata dalla normativa *antitrust*, rappresenta, tuttavia, un indizio della possibile volontà collusiva delle imprese partecipanti al raggruppamento. L'inserimento nel bando di una clausola di questo genere, quindi, poteva senz'altro contribuire a scongiurare i rischi derivanti da possibili comportamenti opportunistici e/o collusivi delle imprese.

L'Autorità ha poi sottolineato che la tipizzazione tassativa delle cause di esclusione dalle gare introdotta, da ultimo, dal c.d. decreto Sviluppo, era volta a ridurre il potere discrezionale delle stazioni appaltanti, limitando le numerose esclusioni deliberate sulla base di elementi formali e non sostanziali, con l'obiettivo di assicurare il rispetto del principio della concorrenza e di ridurre il contenzioso in materia di affidamento dei contratti pubblici. La novella legislativa, nell'introdurre un nuovo comma 1-*bis* all'art. 46 del Codice dei contratti pubblici, aveva previsto che le stazioni appaltanti potessero escludere i candidati o i concorrenti, oltre che per i motivi tassativamente disciplinati dal Codice dei contratti pubblici, anche "*in caso di mancato adempimento di prescrizioni previste [...] da altre disposizioni di legge vigenti*".

In proposito, l'Autorità ha osservato che una siffatta clausola di salvaguardia consentiva di non ritenere preclusa la possibilità per le stazioni appaltanti di prevenire *ab inizio*, inserendo apposite clausole nel bando, possibili comportamenti delle imprese in violazione delle norme a tutela della concorrenza suscettibili di minare l'esito stesso della gara. La possibilità per la stazione appaltante di escludere un raggruppamento che, nel concreto, presenti connotazioni tali da potersi ritenere "macroscopicamente" anticoncorrenziale era

da ricondursi infatti, secondo l'Autorità, all'applicazione diretta dell'art.101 del TFUE che vieta le intese restrittive della concorrenza, il quale, al pari delle altre norme a tutela della concorrenza, poteva ben considerarsi una tra le *“disposizioni di legge vigente”* (peraltro di rango superiore) richiamate dalla norma del decreto Sviluppo e la cui violazione poteva determinare l'esclusione dalla gara.

Tale assunto è apparso confortato anche dal punto di vista sistematico, tenuto conto che l'articolo 4, comma 1, lett. d) del decreto-legge 13 agosto 2011 n. 138 (convertito dalla legge n. 148/2011) consentiva alle stazioni appaltanti, in tema di servizi pubblici locali, di escludere le *“forme di aggregazione o di collaborazione tra soggetti che possiedono singolarmente i requisiti tecnici ed economici di partecipazione alla gara, qualora, in relazione alla prestazione oggetto del servizio, l'aggregazione o la collaborazione sia idonea a produrre effetti restrittivi della concorrenza sulla base di un'oggettiva e motivata analisi che tenga conto di struttura, dimensione e numero degli operatori del mercato di riferimento”*.

In proposito, l'Autorità ha considerato che benché tale disposizione fosse stata proposta per i soli servizi pubblici locali, la mancata estensione della *ratio* ad essa sottesa a tutti gli appalti pubblici appariva contraria ai principi generali che informano l'ordinamento giuridico, e, in particolare, a quelli derivanti dall'appartenenza all'Unione Europea.

In ragione di ciò, l'Autorità ha ritenuto che la facoltà di una stazione appaltante di escludere dalla gara i raggruppamenti che presentino connotazioni tali da apparire, anche *prima facie*, palesemente anticoncorrenziali, non solo non fosse preclusa dalla previsione di cui all'art. 46, comma 1-*bis*, del Codice dei contratti pubblici, ma anzi, esplicitamente ammessa da questo attraverso il rinvio alla possibilità di escludere i candidati che non adempiano alle prescrizioni previste *“da altre disposizioni di legge vigenti”*.

Quanto all'inserimento di una clausola esplicita di esclusione nel bando di gara, l'Autorità ha osservato che l'esperienza da essa stessa maturata e le recenti modifiche normative invitavano ad adottare un approccio più dinamico rispetto a quanto già suggerito in passato alle stazioni appaltanti.

La possibilità di escludere i raggruppamenti temporanei a seguito di un'analisi che tenga conto della struttura e delle dinamiche caratterizzanti il mercato interessato, nonché di qualsiasi altro elemento da cui possa desumersi una precisa volontà anticoncorrenziale delle imprese coinvolte, è apparsa infatti più aderente alla *ratio* dell'articolo 101 del Trattato e all'esigenza di tutelare gli acquisti pubblici dalle inefficienze ricollegabili a possibili comportamenti collusivi delle imprese.

Quanto alla modifica dell'art. 81 del Codice dei contratti pubblici che disciplina i criteri per la determinazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, l'Autorità ha rilevato che era ragionevole ritenere che l'intenzione del legislatore fosse stata quella di estendere le garanzie dei lavoratori, anticipando le forme di tutela già previste *ex post* sulla verifica della congruità delle offerte, rendendo *“irrilevante”* ai fini della valutazione dell'offerta la voce relativa al costo del lavoro, sempre che questo fosse inteso quale costo orario unitario come definito dai CCNL di settore. Solo in tale ottica, infatti, la norma

avrebbe contribuito ulteriormente a scoraggiare, *ab inizio*, la presentazione di offerte suscettibili di celare fenomeni legati all'utilizzo del lavoro irregolare.

Sotto altro profilo, l'Autorità ha richiamato la necessità di evitare che il nuovo art. 81, comma 3-*bis*, richiamando i minimi salariali oggetto di contrattazione tra le associazioni di categoria "più rappresentative sul piano nazionale" avesse l'effetto di livellare il costo del fattore lavoro per tutti i potenziali *competitor* su livelli predeterminati nei contratti aziendali delle principali imprese attive sui diversi mercati. Al riguardo, l'Autorità ha evidenziato più di una volta le possibili distorsioni ricollegabili ai casi in cui il legislatore imponga l'adozione di un determinato tipo di CCNL, osservando che una tale scelta appariva più appropriata per i soli aspetti del contratto incidenti sulla sicurezza del lavoratore, piuttosto che anche su quelli meramente economici. Una disposizione normativa di tal genere era suscettibile, infatti, di ridurre la concorrenza, costituendo una barriera all'entrata per i nuovi entranti ovvero innalzando i costi degli operatori già presenti che adottano un contratto di lavoro diverso.

BANDO DI GARA NELLA REGIONE SICILIA PER L'AFFIDAMENTO DEI SERVIZI DI CONTROLLO SUL P.O.-F.S.E.

Nel novembre 2011, l'Autorità ha inviato una segnalazione alla Regione Sicilia ai sensi dell'articolo 21 della legge 287/90 in merito ai possibili effetti distorsivi della concorrenza derivanti da alcuni requisiti previsti dal bando di gara relativo alla "Procedura ristretta ai sensi dell'art. 55, comma 6 e dell'art. 70, comma 11, d. lgs. n. 163 del 12 aprile 2006 e S.M.I. per l'affidamento di servizi di controllo sul P.O. Regione Sicilia FSE 2007/2013", con particolare riguardo al: i) requisito professionale richiesto per le società concorrenti, che prevedeva l'iscrizione all'albo speciale delle società di revisione tenuto dalla Consob, nonché ii) all'ulteriore requisito relativo ad "un numero di lavoratori dipendenti con contratto di lavoro subordinato assunti entro il 31 dicembre 2010 non inferiore a 100 unità". A seguito di apposita richiesta di informazioni, la Regione aveva precisato che tali requisiti erano, da un lato, finalizzati a garantire "l'assoluta qualità nell'espletamento dei servizi" di controllo relativi alla realizzazione del PO-FSE, Programma Operativo-Fondo Sociale Europeo, dall'altro ad assicurare che "l'eventuale aggiudicatario definitivo non procedesse ad assunzioni dell'ultima ora di figure professionali esterne (c.d. *free lance*)" che, "[...] non possono assicurare la certezza circa l'assenza di collegamenti e di interesse incrociati con i soggetti da sottoporre a controllo".

In proposito, l'Autorità ha richiamato il proprio consolidato orientamento in merito a procedure ad evidenza pubblica analoghe a quella in esame e ha ribadito l'esigenza che tali procedure garantiscano la più ampia partecipazione dei soggetti interessati attraverso la definizione di requisiti di accesso tali da prevedere le maggiori opportunità agli operatori presenti nel relativo settore. Nell'ipotesi in cui eventuali esigenze di carattere generale impongano di limitare il numero dei potenziali concorrenti, tale limitazione, in base al principio di proporzionalità, dovrebbe essere individuata in funzione delle caratteristiche economiche e tecniche del bene o del servizio richiesto ed essere stabilita attraverso criteri oggettivi di selezione basati sulle caratteristiche tecnico-

professionali dei candidati e sulla loro precedente esperienza in materia.

Per quanto concerne il caso in esame, l'Autorità ha rilevato che l'esigenza invocata dalla Regione Sicilia per giustificare le richiamate previsioni del bando di gara in esame non appariva necessariamente ed esclusivamente conseguibile attraverso i due criteri selettivi stabiliti nel bando.

Infatti, per garantire il corretto svolgimento dell'attività richiesta nel citato bando di gara, consistente nel controllo *in loco* sul PO FSE regionale ad integrazione e supporto degli uffici pubblici competenti, l'Autorità ha ritenuto che sarebbe risultato sufficiente una figura professionalmente idonea per tale funzione, da rinvenirsi nell'ambito dei numerosi albi a ciò abilitati, eventualmente richiedendo una specifica preparazione in materia, dimostrabile anche attraverso pregresse esperienze di lavoro. In tal senso, è apparsa poco chiara la *ratio* giuridica-economica del requisito professionale richiesto dal bando, consistente nell'iscrizione all'albo speciale delle società di revisione tenuto dalla Consob.

Parimenti, al fine di garantire *“l'assenza di collegamenti e di interesse incrociati con i soggetti da sottoporre a controllo”*, l'Autorità ha osservato che il bando avrebbe potuto prevedere espressamente prevista tale incompatibilità per i singoli candidati, previa apposita certificazione *ad hoc* e pena l'esclusione dalla relativa gara.

Infine, l'Autorità ha precisato che l'abbinamento dei due requisiti sopra descritti, in quanto definivano ingiustificate barriere amministrative all'ingresso nel relativo mercato, avrebbe certamente reso ancor più difficoltoso, se non impossibile, l'accesso al settore interessato dalla gara e, quindi, l'effettivo svolgimento dell'attività in questione, anche da parte di qualificati professionisti; anche tenuto conto che nessuna delle previsioni in parola può di per sé costituire garanzia che l'impresa che svolge l'attività in questione nel rispetto di tali parametri offra servizi qualitativamente adeguati e, comunque, migliori di altri operatori.

Varie

COMUNE DI VENTIMIGLIA (IM) - LIMITE DI OPERATIVITÀ RICHIESTO PER LE SOCIETÀ STRUMENTALI

Nel gennaio 2011, l'Autorità, a seguito del ricevimento della relativa richiesta, ha trasmesso un parere ai sensi dell'articolo 22 della legge n. 287/90 al Comune di Ventimiglia, in merito alla portata della previsione di cui all'articolo 13, comma 2, del decreto - legge n. 223 del 2006, convertito dalla legge n. 248 del 2006.

L'Autorità ha ricordato che, secondo l'interpretazione della norma data dal Consiglio di Stato nella sentenza n. 4346 del 2009, l'imposizione di un «oggetto sociale esclusivo» non doveva essere inteso come divieto delle c.d. società strumentali *multiutilities*, bensì come rafforzamento della regola

dell'esclusività, al fine di evitare che la società possa impegnarsi in altro, a seguito dell'affidamento. Pertanto, doveva ritenersi accolta dai giudici amministrativi l'interpretazione della norma volta a circoscrivere il vincolo di esclusività non all'attività affidata alla società *in house*, bensì ai soggetti pubblici beneficiari delle attività strumentali.

L'Autorità ha altresì osservato che dal punto di vista concorrenziale, l'interpretazione adottata dal Consiglio di Stato era l'unica coerente con quanto affermato dalla Corte di Giustizia con riguardo ai requisiti che giustificano il ricorso all'affidamento *in house*, ovvero il c.d. "controllo analogo" e l'"attività prevalente".

Sotto il primo profilo, affinché ricorra il controllo analogo è necessario che vi sia la partecipazione pubblica totalitaria e permanente, che all'ente pubblico controllante sia consentito l'esercizio di poteri maggiori rispetto a quelli previsti normalmente dal diritto societario e che l'impresa non abbia acquisito una vocazione commerciale grazie all'ampliamento dell'oggetto sociale e di estensione territoriale. Tuttavia, non essendo il criterio del controllo analogo di per sé sufficiente ad impedire la distorsione della concorrenza nel mercato privato, l'Autorità ha richiamato la necessità che ricorra anche il requisito dell'attività prevalente, in virtù del quale il soggetto affidatario è tenuto a svolgere la parte più rilevante della propria attività con l'ente che ne detiene il capitale sociale.

DISEGNO DI LEGGE AS N. 2887 DI CONVERSIONE DEL DECRETO LEGGE 13 AGOSTO 2011, N. 138, RECANTE "ULTERIORI MISURE URGENTI PER LA STABILIZZAZIONE FINANZIARIA E LO SVILUPPO"

Nell'agosto 2011, l'Autorità, ai sensi dell'articolo 22 della legge 287/90, ha rivolto al Presidente del Senato, al Presidente della Camera e al Presidente del Consiglio dei Ministri alcune osservazioni in merito al decreto-legge 13 agosto 2011, n. 138, recante "*Ulteriori misure urgenti per la stabilizzazione finanziaria e lo sviluppo*".

L'Autorità, dopo aver espresso apprezzamento per le previsioni finalizzate a introdurre incentivi allo sviluppo e alla crescita economica, ha sottoposto all'attenzione del legislatore, in sede di conversione in legge delle disposizioni del citato decreto, alcuni suggerimenti migliorativi per il riassetto regolatorio del settore dei servizi, pubblici e privati.

Con riguardo al settore dei servizi privati, l'Autorità ha riscontrato come le disposizioni di cui all'articolo 3 del decreto intendessero conformare il quadro normativo interno ai principi comunitari in materia di libera circolazione e prestazione dei servizi, in base ai quali gli eventuali vincoli regolatori debbono rigorosamente rispondere ai requisiti della necessità in termini di tutela dell'interesse generale, di indispensabilità e di minima distorsione possibile.

Per portare alla modernizzazione e a maggiore concorrenza nell'offerta di moltissimi servizi privati in Italia, attraverso una piena liberalizzazione degli orari di vendita e l'incremento della possibilità di vendita di diversi prodotti nello stesso esercizio, l'Autorità ha sottolineato la necessità di eliminare talune ambiguità formali nel dettato normativo, in base alle quali, ad esempio, avrebbe

potuto determinarsi la mancata abrogazione (se non anche la nuova introduzione) di regolazioni all'accesso in cui il numero delle autorizzazioni fosse determinato, direttamente o indirettamente, sulla base della popolazione o di altri criteri di fabbisogno, caso espressamente contemplato dal disposto di cui all'art. 3, comma 9, lettera a) del decreto.

Analogamente, con riguardo alla disposizione di cui all'art. 3, comma 9, lettera h) abrogativa delle restrizioni relative all'imposizione di prezzi minimi, l'Autorità ha sottolineato in primo luogo la necessità di evitare che il dettato normativo potesse essere erroneamente inteso come abrogativo unicamente dell'imposizione di prezzi minimi o commissioni la cui determinazione, diretta o indiretta, non fosse stabilita mediante l'applicazione di un coefficiente di profitto o di altro calcolo su base percentuale. Più in generale, l'Autorità ha ricordato come, in conformità alle previsioni di cui alla direttiva comunitaria 123/2006/CE, all'art. 15, comma 2, lettera g), sarebbe stato possibile e opportuno, in considerazione della riconosciuta capacità di un sistema di tariffe massime di costituire un *benchmark* per fissazioni collusive dei prezzi sui mercati di riferimento, indicare fra le restrizioni oggetto di abrogazione anche quelle che impongono prezzi massimi. Infatti, in un contesto realmente concorrenziale, quale quello che si intendeva promuovere, sarebbe stato il meccanismo competitivo di mercato a generare endogenamente un effetto di calmiera alla eventuale definizione di condizioni economiche non eque nell'offerta dei servizi.

L'Autorità ha in conclusione poi ricordato come l'eventuale processo di cui al comma 11 dell'art. 3 del decreto, di valutazione della possibilità di esclusione dalle abrogazioni previste per alcune attività economiche, non avrebbe potuto che seguire l'indirizzo comunitario, in base al quale, nel rispetto dei criteri di non discriminazione e proporzionalità, la necessità della restrizione deve discendere da motivi imperativi di interesse generale, tassativamente e unicamente da ricomprendersi in ragioni di ordine pubblico, di pubblica sicurezza, di sanità pubblica e di tutela dell'ambiente.

Con riguardo alle disposizioni del decreto specificamente relative alle professioni liberali, l'Autorità ne ha valutato l'apprezzabilità con riferimento all'affermazione della libertà di accesso alla professione, al riconoscimento in favore del tirocinante di un equo compenso di natura indennitaria, commisurato al suo concreto apporto all'attività professionale; alla possibilità di svolgere il tirocinio professionale in concomitanza al corso di studio per il conseguimento della laurea di primo livello o della laurea magistrale o specialistica, nonché alla previsione di un termine di durata massima del tirocinio, al fine di accelerare l'accesso al mondo del lavoro; alla previsione secondo cui la comunicazione pubblicitaria dei professionisti deve poter essere effettuata con ogni mezzo e riguardare, tra l'altro, anche i compensi delle prestazioni.

L'Autorità ha tuttavia riscontrato criticità concorrenziali proprio in relazione alla materia delle tariffe professionali, laddove la nuova disciplina, individuando queste ultime come parametro legale di riferimento per la determinazione del compenso, è stata considerata come un passo indietro rispetto alla disciplina dettata dal decreto legge 4 luglio 2006, n. 223, che aveva abrogato l'obbligatorietà delle tariffe fisse o minime.

L'Autorità ha ritenuto infatti che, poiché secondo consolidati principi *antitrust*, i tariffari, anche non obbligatori, possono determinare effetti negativi per la concorrenza in quanto facilitano il coordinamento dei prezzi tra i prestatori dei servizi e non informano compiutamente i consumatori in merito alla misura dei livelli ragionevoli dei prezzi, le nuove disposizioni, disincentivando la determinazione di compensi per l'attività professionale svincolati dalle tariffe, non sembrassero né necessarie, né proporzionate, oltre che contraddittorie rispetto all'obiettivo dichiarato di liberalizzazione del mercato dei servizi professionali.

L'Autorità ha altresì ritenuto eccessiva la durata massima del tirocinio, fissata in tre anni, e ha suggerito di prevedere la possibilità per gli aspiranti professionisti di svolgere l'intero tirocinio durante gli anni universitari, e addirittura di conseguire lauree in combinazione con l'esame di Stato; pur apprezzando la previsione dell'obbligo per il professionista di seguire percorsi di formazione continua permanente, l'Autorità ha tuttavia evidenziato i rischi di discriminazione concorrenziale derivanti dalla decisione di attribuire agli Ordini la predisposizione dei percorsi di aggiornamento, formazione e specializzazione dei professionisti.

Con riguardo infine all'istituzione dei consigli di disciplina, l'Autorità ha commentato criticamente la circostanza secondo la quale tali organi dovrebbero essere composti esclusivamente da professionisti appartenenti all'Ordine, non garantendosi i requisiti di necessaria terzietà, e ha conseguentemente suggerito di integrare la composizione dei consigli di disciplina mediante la partecipazione di soggetti esterni.

Analizzando le disposizioni in materia di servizi pubblici, l'Autorità ha osservato come queste rilanciassero meritoriamente il processo di liberalizzazione dei servizi pubblici locali, avviato sulla base dell'impianto regolatorio precedente la consultazione popolare che aveva portato all'abrogazione dell'articolo 23-*bis* del decreto-legge 112/2008. A tale riguardo, l'Autorità ha riscontrato tuttavia come il nuovo impianto normativo si differenziasse da quello precedente per la scelta tra procedura a evidenza pubblica o affidamento diretto del servizio, laddove mentre nel precedente regime la gara era lo strumento privilegiato, derogabile solo in presenza di situazioni eccezionali, in cui l'affidamento *in house* era consentito previa richiesta di parere all'Autorità, le nuove disposizioni definivano una soglia (valore dell'affidamento pari a 900.000 euro annui) al di sopra della quale la gara è obbligatoria, mentre al di sotto la gara è possibile, ma non necessaria (co. 13 dell'art. 4).

Nell'assenza di precise indicazioni sui criteri di scelta adottati per la definizione della soglia, l'Autorità ha osservato che questa, oltre ad apparire oggettivamente elevata, tale da poter determinare, per alcuni settori di attività economica, una sottrazione quasi integrale dai necessari meccanismi di concorrenza per il mercato, definiva un sistema di esenzioni dall'obbligo di gara che si presta facilmente a comportamenti elusivi, ad esempio mediante un frazionamento dei servizi da affidare, da parte delle amministrazioni che non intendono procedere agli affidamenti tramite gara.

Sulle stesse basi l'Autorità ha reputato criticabili le previsioni in materia di regime transitorio, laddove il comma 32 dell'art. 4 prevedeva la stessa soglia di 900.000 euro annui quale criterio per giustificare la prosecuzione di affidamenti di valore uguale o inferiore, effettuati *in house*, sino alla loro scadenza naturale. Parimenti, l'Autorità ha ritenuto non corretta sotto il profilo concorrenziale l'esenzione dalla scadenza anticipata per tutti gli affidamenti diretti, non solamente per quelli *in house*, con un eccessivo ampliamento della platea dei soggetti gestori di servizi pubblici locali non selezionati con gara; l'Autorità ha altresì osservato che i casi di cui alla lettera d) del comma 32 non potevano comunque ricomprendere anche affidamenti in essere in base a rinnovi o proroghe tacite, già definiti dal Giudice amministrativo quali gestioni di fatto, in quanto esercitati sulla base di un titolo illegittimo.

In relazione alle previsioni di cui al comma 33 dell'art. 4, che impediscono l'accesso alle gare per soggetti che siano già affidatari diretti, l'Autorità, pur condividendo la *ratio* della norma di evitare le distorsioni derivanti dalla partecipazione di soggetti avvantaggiati dal beneficiare di un affidamento diretto e di disincentivare il ricorso ad affidamenti diretti, ha sottolineato come l'esperienza concreta maturata in alcuni settori, quale il trasporto pubblico locale, avesse dimostrato il verificarsi dell'effetto indesiderato di limitare drasticamente il numero degli operatori che potevano essere ammessi alle procedure di gara, favorendo l'aggiudicazione al precedente affidatario, spesso l'unico partecipante alla gara. L'Autorità ha proposto quindi di attenuare la restrizione, consentendo la partecipazione ad affidatari diretti almeno nella fase finale (inferiore ai due anni) del proprio affidamento e nei casi in cui nel bacino di riferimento fosse già stata bandita la gara per il riaffidamento del servizio o, almeno, fosse stata adottata la decisione di procedere al nuovo affidamento attraverso procedure ad evidenza pubblica.

In generale, ricordando come il principio dell'obbligo di gara per l'affidamento in esclusiva dei servizi pubblici locali, oltre a rispondere ai principi concorrenziali, appare fondamentale per garantire la scelta dell'operatore, pubblico o privato, migliore in termini di qualità, efficienza e condizione economiche dei servizi offerti, l'Autorità ha suggerito l'adozione di misure di garanzia in tal senso, quali, ad esempio, un obbligo di pubblicazione, direttamente da parte del gestore o anche a cura dell'ente locale affidatario, di alcune misure di *performance* (livello qualitativo, prezzo medio per utente, livello degli investimenti effettuati) della gestione del servizio, come primo riferimento utile per effettuare delle prime valutazioni di *benchmarking* delle diverse gestioni. I risultati di questa attività potrebbero poi essere utilizzati a fini normativi, ad esempio stabilendo l'automatica cessazione anticipata dell'affidamento avvenuto in via diretta (e la successiva messa a gara del medesimo), se il gestore non è in grado di realizzare *performance* paragonabili ai migliori standard disponibili per servizi analoghi.

Infine, esprimendo apprezzamento per le importanti incentivazioni economiche previste dal decreto a favore degli enti locali nei casi di dismissione delle società a partecipazione pubblica, l'Autorità ha ritenuto pressante l'esigenza di garantire che tali procedure si svolgano nel modo più concorrenziale possibile, privilegiando lo strumento dell'evidenza pubblica.

Nel dicembre 2011, l'Autorità ha trasmesso, ai sensi dell'articolo 21 della legge n. 287/1990, una segnalazione al Presidente del Senato, al Presidente della Camera, al Presidente del Consiglio e al Ministro dello Sviluppo Economico e Infrastrutture e Trasporti, in merito al contenuto della legge 11 novembre 2011, n. 180, recante “*Norme per la tutela della libertà d'impresa. Statuto delle imprese*”. In particolare, l'articolo 14 dello Statuto delle Imprese prevede che sia costituito dalle imprese attive nel settore dei laterizi un consorzio obbligatorio - denominato “consorzio obbligatorio per l'efficientamento dei processi produttivi nel settore dei laterizi” - COSL, avente ad oggetto l'efficientamento dei processi produttivi, la riduzione del loro impatto e il miglioramento delle *performance* ambientali, la valorizzazione della qualità e l'innovazione dei prodotti. Tale consorzio, senza fini di lucro e con personalità giuridica di diritto privato, viene costituito per creare e gestire un Fondo alimentato dai consorziati al fine di incentivare la chiusura di unità produttive di laterizi più vetuste e meno efficienti, sia in termini di elevati costi energetici sia in termini di impatto ambientale. Tale consorzio può altresì essere destinatario di finanziamenti nazionali o comunitari, di eventuali contributi di terzi, in caso di consulenze o servizi resi dal COSL stesso, di eventuali contributi straordinari dei consorziati, su delibera dell'assemblea.

Al riguardo, l'Autorità ha richiamato l'assoluta e generale opportunità che il sistema dei consorzi a fini ambientali risultasse improntato alla tutela della concorrenza, attraverso la previsione di una pluralità di soggetti legittimati ad operare nelle attività alle quali sono destinati, anche in competizione tra loro, al fine di ottenere maggiori efficienze di servizio, con benefici anche sotto il profilo ambientale.

Nel caso specifico di COSL, l'Autorità ha rimarcato come, in contrasto con tali principi concorrenziali, l'art. 14 dello Statuto delle Imprese prevedesse invece un unico soggetto (il COSL) per l'efficientamento dei processi produttivi al fine di ridurre l'impatto ambientale derivante dalla produzione dei laterizi.

L'Autorità ha pertanto evidenziato che riconoscendo al solo COSL la legittimità ad operare quale consorzio obbligatorio per lo svolgimento delle suddette attività, si veniva a costituire un regime monopolistico in grado di precludere ogni sviluppo concorrenziale del settore di riferimento. Peraltro, beneficiando di finanziamenti nazionali o comunitari nell'offerta di servizi e consulenze a favore di terzi, il COSL avrebbe goduto di vantaggi competitivi con gli eventuali altri soggetti operanti nel mercato in esame, che di tali fonti di entrata non possono usufruire.

Da ultimo, l'Autorità ha riscontrato le criticità concorrenziali correlate al fatto che COSL, nella misura in cui aveva natura di consorzio obbligatorio per le imprese attive nel settore dei laterizi, poteva costituire un veicolo di scambio di informazioni sensibili tra i diversi operatori di mercato. In considerazione di ciò, l'Autorità ha formulato l'auspicio che l'art. 14 dello Statuto delle Imprese potesse essere modificato in modo da tener conto di tali principi concorrenziali.

Attività ai sensi dell'articolo 4 del decreto-legge n. 138/2011 e successive modifiche

Nel corso del 2011 il quadro normativo in materia di servizi pubblici locali si è modificato significativamente, a partire dagli esiti del referendum popolare abrogativo svoltosi nel mese di giugno.

A seguito del superamento del quadro normativo pre-vigente, sostanzialmente costituito dall'art. 23-bis del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112 *“Disposizioni urgenti per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività, la stabilizzazione della finanza pubblica e la perequazione tributaria”*, convertito con modificazioni dalla legge 6 agosto 2008 n. 133, la materia dei servizi pubblici locali è stata regolata da alcune disposizioni del decreto-legge 13 agosto 2011 n. 138 *“Ulteriori misure urgenti per la stabilizzazione finanziaria e lo sviluppo”*, convertito, con modificazioni, dalla legge 14 settembre 2011, come modificata dalla legge 12 novembre 2011, n. 183 *“Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (Legge di stabilità 2012)”*.

In particolare, l'art. 4 del decreto-legge n. 138/2011 ha compiuto un nuovo significativo passo verso la piena apertura del settore disponendo, con riguardo alle modalità da seguire per il conferimento e il rinnovo della gestione dei servizi in questione, che ciascun Ente locale, nel rispetto dei *“principi di concorrenza, di libertà di stabilimento e di libera prestazione dei servizi”*, provveda a verificare la realizzabilità di una gestione concorrenziale dei vari servizi pubblici locali, procedendo quindi a liberalizzare *“tutte le attività economiche compatibilmente con le caratteristiche di universalità e accessibilità del servizio”*, e limitando *“l'attribuzione di diritti di esclusiva alle ipotesi in cui, in base ad una analisi di mercato, la libera iniziativa economica privata non risulti idonea a garantire un servizio rispondente ai bisogni della comunità”*.

L'Ente locale è inoltre tenuto, al termine dell'istruttoria, ad adottare una delibera quadro - che deve essere trasmessa all'Autorità ai fini della relazione annuale al Parlamento - che illustri l'istruttoria compiuta ed evidenzi, per i settori sottratti alla liberalizzazione, i fallimenti del sistema concorrenziale e, viceversa, i benefici per la stabilizzazione, lo sviluppo e l'equità all'interno della comunità locale derivanti dal mantenimento di un regime di esclusiva del servizio.

In quest'ultimo caso, per gli affidamenti diretti di gestione di servizi che superino un determinato valore economico, la riforma ha poi ribadito la prevalenza del principio generale dell'affidamento con gara (*concorrenza per il mercato*); infine, ha delineato un regime transitorio per la cessazione di tutti gli affidamenti diretti che superino detto valore economico e siano stati adottati con modalità difformi a quelle previste dalla novella normativa.

Su tale impianto generale è intervenuta la citata legge 183/2011, che è valsa da un lato a risolvere un problema interpretativo di grande rilievo, in merito all'applicabilità delle previsioni a tutti i servizi pubblici locali - tranne,

evidentemente, a quelli esplicitamente esclusi dalla norma - e la prevalenza di tali disposizioni sulle relative discipline di settore con esse incompatibili; dall'altro a introdurre alcune previsioni rispondenti ad altrettante indicazioni espresse dall'Autorità in una propria segnalazione a Governo e Parlamento sulla materia. In quest'ambito, in particolare, viene ammessa la possibilità, di cui all'art. 9, comma 2, lettera l, per i soggetti già affidatari diretti di servizi pubblici locali, di concorrere a gare per altri affidamenti su tutto il territorio nazionale, purché nell'ultimo anno di affidamento del servizio da loro gestito e nel caso in cui sia stata indetta una procedura competitiva per quest'ultimo; tale previsione vale a risolvere la circostanza negativa, sottolineata dall'Autorità, di una riscontrata scarsa partecipazione alle nuove gare per la gestione dei servizi pubblici locali.

In secondo luogo, il legislatore ha richiesto agli enti locali affidatari di *“rendere pubblici i dati concernenti il livello di qualità del servizio reso, il prezzo medio per utente e il livello degli investimenti effettuati, nonché ogni ulteriore informazione”* necessaria alla dichiarata finalità di *“assicurare il progressivo miglioramento della qualità di gestione dei servizi pubblici locali e di effettuare valutazioni comparative delle diverse gestioni”*, con ciò rispondendo all'esigenza, espressa dall'Autorità, di introdurre meccanismi di *benchmarking* fra le diverse gestioni locali dei servizi pubblici, ai fini di assicurare una maggiore efficienza.

L'articolo 9 della legge n. 183/2011 ha poi integrato l'art. 4 della legge n. 148/2011 anche nel senso di rendere cogente il preliminare compito, a cura degli Enti Locali, di verifica della possibilità di un regime concorrenziale dei servizi pubblici locali, rinviando a una attività successiva di decretazione ministeriale l'individuazione dei criteri sulla base dei quali deve essere svolta tale attività, nonché delle modalità attuative dei meccanismi di valutazione comparativa fra le diverse gestioni.

Ai sensi del comma 2 del citato articolo 9, gli Enti locali, ad esito della verifica effettuata in merito alla realizzabilità di una gestione concorrenziale dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, devono adottare una delibera quadro che *“.. illustra l'istruttoria compiuta ed evidenza, per i settori sottratti alla liberalizzazione, le ragioni della decisione e i benefici per la comunità locale derivanti dal mantenimento di un regime di esclusiva del servizio..”*; il comma 3 dello stesso articolo ha previsto che alla suddetta delibera sia data adeguata pubblicità, e che essa sia inviata all'Autorità *“anche ai fini della Relazione al Parlamento di cui alla legge 10 ottobre 1990, n. 287”*.

Sulla materia è intervenuto, all'inizio del 2012, l'art. 25 del decreto legge 24 gennaio 2012, n. 1, che ha ulteriormente rafforzato la portata liberalizzatrice della riforma nel settore, attribuendo in particolare all'Autorità un'attività consultiva obbligatoria sull'attività di liberalizzazione e di affidamento delle gestioni dei servizi pubblici da parte degli enti locali⁴².

⁴² Vedi *supra*, Capitolo I, Par. 2.

Le comunicazioni degli Enti Locali pervenute all'Autorità nel corso del 2011

Avendo riguardo agli atti trasmessi nel corso del 2011 ai sensi della normativa vigente nello stesso anno, nel 2011 sono pervenute all'Autorità 26 comunicazioni di Enti Locali e Autorità d'Ambito (ATO) aventi ad oggetto le modalità di affidamento della gestione di servizi pubblici locali e/o le verifiche realizzate in merito alla realizzabilità della gestione concorrenziale.

L'analisi delle comunicazioni ricevute, 18 delle quali sono pervenute dopo l'entrata in vigore del decreto-legge n. 138/2011, ha evidenziato una loro diffusa disomogeneità con riguardo ai servizi locali cui sono riferite, al loro contenuto, all'esito della valutazione e al grado di approfondimento dell'analisi.

Per quanto riguarda i servizi presi in considerazione nelle delibere inviate, la maggior parte delle comunicazioni (18) ha riguardato anche o esclusivamente la gestione dei rifiuti urbani, dello spazzamento stradale e/o il servizio di igiene ambientale. In alcuni casi, tuttavia, tali servizi sono stati considerati congiuntamente, in altri in maniera disgiunta, mantenendo ad esempio distinto il servizio di spazzamento e pulizia delle strade da quello della gestione dei rifiuti, oppure considerando il mero servizio di raccolta, oppure ancora distinguendo la raccolta e lo smaltimento dal recupero delle frazioni di rifiuti solidi. Nelle altre comunicazioni pervenute, i servizi interessati sono risultati essere, fra gli altri, il servizio idrico integrato, il trasporto pubblico locale, anche extra-urbano, i servizi cimiteriali, di illuminazione votiva e/o di gestione degli impianti di cremazione, la gestione della sosta a pagamento, la gestione e manutenzione del verde pubblico, il trasporto sociale e/o scolastico, la gestione delle mense scolastiche, i servizi parascolastici (pre e post scuola), la gestione degli impianti sportivi.

Anche con riguardo al contenuto delle comunicazioni si è evidenziata una natura estremamente eterogenea delle stesse, nonché il fatto che molte di esse sono consistite in una mera ricognizione delle modalità vigenti di affidamento di uno o più servizi, dei quali si è esclusa quasi a priori la realizzabilità di una gestione concorrenziale.

Laddove, invece, la delibera ha avuto per oggetto specifico la verifica della realizzabilità di tale gestione, essa ha concluso, nella quasi totalità dei casi, nel senso della non praticabilità di una gestione del servizio in regime di concorrenza.

Solo in pochi casi tali conclusioni sono state confortate da studi economici e del contesto di mercato.