



AUTORITÀ GARANTE
DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO

Bollettino

Settimanale

Anno XXXI - n. 17

**Publicato sul sito www.agcm.it
27 aprile 2021**

SOMMARIO

ATTIVITA' DI SEGNALAZIONE E CONSULTIVA	5
AS1735 – ACI INFORMATICA – BANDO DI GARA PER L’AFFIDAMENTO DEL SERVIZIO DI NOTIFICA A MEZZO POSTA DI ATTI GIUDIZIARI	5
AS1736 - ANAC - SCHEMA DI LINEE GUIDA SUGLI ONERI MOTIVAZIONALI NEI CASI DI AFFIDAMENTO IN-HOUSE	9
AS1737 - COMUNE DI CAPRI (NA) - PROROGA CONCESSIONI DEMANIALI MARITTIME CON FINALITÀ TURISTICO-RICREATIVE	13
AS1738 - COMUNE DI CAPRI (NA) - PROCEDURA RINNOVO CONCESSIONI DEMANIALI MARITTIME CON FINALITÀ TURISTICO-RICREATIVE	17

ATTIVITA' DI SEGNALAZIONE E CONSULTIVA

AS1735 – ACI INFORMATICA – BANDO DI GARA PER L’AFFIDAMENTO DEL SERVIZIO DI NOTIFICA A MEZZO POSTA DI ATTI GIUDIZIARI

Roma, 26 febbraio 2021

ACI Informatica S.p.A.

L’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, nella riunione del 23 febbraio 2021, ha deliberato di esprimere un parere, ai sensi dell’articolo 21-*bis* della legge 10 ottobre 1990, n. 287, con riguardo al bando, pubblicato in Gazzetta Ufficiale in data 30 dicembre 2020, relativo alla gara d’appalto, indetta da ACI Informatica S.p.A. (di seguito, ACI o Stazione Appaltante), per l’affidamento del servizio di notifica a mezzo posta di atti giudiziari e di comunicazioni connesse per l’ingiunzione a ruolo in materia di tasse automobilistiche ai sensi della legge n. 890/1982 e s.m.i.. In particolare, l’atto in questione, con il quale ACI ha definito le modalità e le condizioni di partecipazione alla procedura di gara *de qua* nonché i criteri di valutazione applicabili, sembra presentare alcuni aspetti suscettibili di porsi in potenziale conflitto con i principi di libera concorrenza, parità di trattamento e non discriminazione tra operatori economici.

L’Autorità, in primo luogo, rileva che la ripartizione territoriale dei lotti, in particolare del Lotto 1, e l’individuazione dei requisiti di idoneità richiesti per gli stessi, si presentano lesive della concorrenza e del *favor participationis*, sulla base delle argomentazioni che seguono. La procedura di gara in questione prevede due lotti territoriali: il Lotto 1, che riguarda le Regioni Basilicata, Lazio e Puglia e il Lotto 2, che riguarda la Regione Campania. Inoltre, tra i requisiti di idoneità, in via specifica sono previsti:

- per il Lotto 1: il possesso della licenza individuale speciale A1 (con validità nazionale) rilasciata dal Ministero dello Sviluppo Economico oppure, in alternativa alla licenza individuale speciale di cui sopra, il possesso della qualificazione di “fornitore di servizio universale” così come individuato dall’art. 3, comma 1, del Decreto Legislativo 22 luglio 1999, n. 261;
- per il Lotto 2: il possesso della licenza individuale speciale A2 (con validità nella Regione Campania), rilasciata dal Ministero dello Sviluppo Economico oppure, in alternativa alla licenza individuale speciale di cui sopra, il possesso della qualificazione di “fornitore di servizio universale” così come individuato dall’art. 3, comma 1, del Decreto Legislativo 22 luglio 1999, n. 261.

Dalla disamina dell’elenco degli operatori titolari di licenza individuale speciale di tipo A (atti giudiziari e violazioni del Codice della strada) e di tipo B (solo violazioni del Codice della strada), attualmente presente sul sito internet del Ministero dello Sviluppo Economico e aggiornato alla data

dell'8 febbraio 2021, si evince che l'individuazione territoriale del Lotto 1 e i requisiti di idoneità richiesti per i due lotti non consentono la partecipazione alla gara di alcuni operatori.

Per quanto concerne il Lotto 1, si osserva che esistono operatori postali operanti nelle Regioni Lazio e Puglia, in virtù di una licenza individuale speciale di tipo A2, cui allo stato è impedita la partecipazione. Al riguardo, si potrebbe prevedere, anziché un unico lotto esteso a tutte e tre le Regioni, tre distinti lotti: uno per la Basilicata, uno per il Lazio e uno per Puglia, ove:

- per il Lazio, il requisito di idoneità sarebbe il possesso della licenza individuale speciale A1 con validità nazionale oppure in alternativa il possesso della licenza individuale speciale A2 con validità nella Regione Lazio oppure ancora in alternativa la qualificazione di "fornitore di servizio universale";
- per la Puglia, il requisito di idoneità sarebbe il possesso della licenza individuale speciale A1 con validità nazionale oppure in alternativa il possesso della licenza individuale speciale A2 con validità nella Regione Puglia oppure ancora in alternativa la qualificazione di "fornitore di servizio universale";
- per la Basilicata, tenuto conto della circostanza che, allo stato, non sussistono operatori postali che operano solo in questa regione, il requisito di idoneità sarebbe il possesso della licenza individuale speciale A1 con validità nazionale oppure in alternativa la qualificazione di "fornitore di servizio universale".

Per quanto concerne il Lotto 2, relativo alla Regione Campania, tenuto conto che gli operatori postali titolari della licenza individuale speciale di tipo A1 possono operare anche nell'ambito regionale della Campania e che allo stato non possono partecipare alla gara, sarebbe opportuno prevedere oltre al possesso della licenza individuale speciale A2 con validità nella Regione Campania rilasciata dal Ministero dello Sviluppo Economico, ovvero la qualificazione di "fornitore di servizio universale", ovvero sempre in alternativa ai predetti requisiti, il possesso della licenza individuale speciale A1 con validità nazionale.

In secondo luogo, si rileva che nel bando di gara è prevista la possibilità per la stazione appaltante - nell'ambito della facoltà riconosciuta dall'art. 106, comma 12, del D.Lgs. n. 50/2016 e s.m.i., "Codice dei contratti pubblici", di aumento delle prestazioni fino a concorrenza di un quinto del valore del contratto - di estendere il servizio richiesto in Regioni diverse da quelle indicate nella descrizione dei singoli lotti¹. Tale previsione risulta in contrasto con i principi concorrenziali nella misura in cui consente di affidare all'aggiudicatario servizi relativi a territori non ricompresi nel lotto aggiudicato, così impedendo il dispiegarsi della concorrenza per il mercato in relazione a territori diversi da quelli individuati nel lotto oggetto di affidamento.

Infine, l'Autorità ritiene che il coefficiente di copertura minimo pari al 60% della popolazione residente del lotto di riferimento previsto dall'articolo 16 del Disciplinare di gara² possa pregiudicare il corretto dispiegarsi delle dinamiche concorrenziali, non consentendo la più ampia partecipazione dei potenziali operatori postali interessati alternativi a Poste Italiane S.p.A., attuale Fornitore del Servizio Universale. Infatti, si prevede che l'assenza di tale requisito comporti l'esclusione dalla gara, laddove lo stesso potrebbe rilevare eventualmente solo con riferimento alla fase di esecuzione della commessa pubblica.

Inoltre, ulteriori restrizioni concorrenziali discendono dalla circostanza che il coefficiente di copertura territoriale è altresì impiegato ai fini della ponderazione tanto dell'offerta tecnica quanto

¹ Cfr. art. 4.2, rubricato "Opzioni e rinnovi" del Disciplinare di gara.

² Più precisamente, art. 16, rubricato "Contenuto della Busta B-Offerta Tecnica", punto d), del Disciplinare di gara.

di quella economica, in quanto viene utilizzato per riparametrare i punteggi tecnici ed economici secondo le formule riportate negli articoli 18.3 e 18.4 del Disciplinare di gara ³.

In aggiunta, l'Autorità rileva come l'impiego del coefficiente di copertura territoriale per la valutazione dell'offerta economica conduce a conseguenze gravemente distorsive delle dinamiche concorrenziali, potendo infatti portare ad attribuire un punteggio inferiore a offerte economiche di pari valore o, addirittura, a penalizzare offerte economiche più competitive.

In conclusione, l'Autorità ritiene che, in relazione ai profili sopra evidenziati, il bando relativo all'affidamento da parte di ACI del servizio di notifica a mezzo posta di atti giudiziari e di comunicazioni connesse per l'ingiunzione a ruolo in materia di tasse automobilistiche ai sensi della legge n. 890/1982 e s.m.i. sia in contrasto con le norme e i principi a tutela della concorrenza e del mercato, in particolare con l'articolo 41 della Costituzione e con gli articoli 49, 53, 56 e 59 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea.

Pertanto, l'Autorità invita codesta Stazione Appaltante a porre in essere le misure correttive necessarie a ripristinare le corrette dinamiche concorrenziali rispetto all'affidamento del servizio di notifica a mezzo posta di atti giudiziari e di comunicazioni connesse per l'ingiunzione a ruolo in materia di tasse automobilistiche ai sensi della legge n. 890/1982 e s.m.i..

Ai sensi dell'articolo 21-*bis*, comma 2, della legge n. 287/90, codesta Stazione Appaltante dovrà comunicare all'Autorità, entro il termine di sessanta giorni dalla ricezione del presente parere, le determinazioni assunte per rimuovere le violazioni della concorrenza sopra esposte. Laddove entro il suddetto termine tali iniziative non dovessero risultare conformi ai principi concorrenziali sopra espressi, l'Autorità potrà presentare ricorso entro i successivi trenta giorni.

³ Nel dettaglio, art. 18.3, rubricato "Metodo di attribuzione del punteggio dell'Offerta Economica" e art. 18.4, rubricato "Metodo per il calcolo dei punteggi" del Disciplinare di gara.

Il presente parere verrà pubblicato sul Bollettino dell'Autorità ai sensi dell'art. 26 della legge n. 287/90.

per IL PRESIDENTE
il Componente anziano
Gabriella Muscolo

Comunicato in merito alla decisione dell'Autorità di non presentare ricorso avverso la procedura di gara per l'affidamento di Accordi Quadro per il servizio di notifica a mezzo posta di atti giudiziari e di comunicazioni connesse per l'ingiunzione a ruolo in materia di tasse automobilistiche ai sensi della legge n. 890/1982 e s.m.i., indetta dalla società ACI Informatica S.p.A.

L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, nella riunione del 13 aprile 2021, ha deciso che non impugnerà davanti al Tar competente la documentazione adottata dalla società ACI Informatica S.p.A. per l'affidamento di Accordi Quadro per il servizio di notifica a mezzo posta di atti giudiziari e di comunicazioni connesse per l'ingiunzione a ruolo in materia di tasse automobilistiche ai sensi della legge n. 890/1982 e s.m.i., in considerazione di quanto rilevato a seguito del parere trasmesso ai sensi dell'articolo 21-*bis* della legge n. 287/1990 circa della procedura di gara in questione.

In particolare, nel parere motivato deliberato nella riunione del 23 febbraio 2021 ai sensi dell'articolo 21-*bis* della legge n. 287/1990, l'Autorità aveva rilevato che alcune disposizioni contenute negli atti di gara della società ACI Informatica S.p.A. risultavano essere ingiustificatamente discriminatorie e non rispondenti all'esigenza di favorire la più ampia partecipazione possibile dei potenziali operatori interessati e si ponevano in contrasto con i principi di non discriminazione e parità di trattamento, ostacolando così il pieno dispiegarsi della concorrenza per il mercato in occasione della gara. Sulla base di ciò, l'Autorità aveva rilevato nella condotta della società ACI Informatica S.p.A. una restrizione della concorrenza e aveva invitato la società a presentare osservazioni entro 60 giorni.

A seguito del ricevimento del parere motivato dell'Autorità, la società ACI Informatica S.p.A., ha disposto, con gli Avvisi di rettifica del Bando di gara del 3 e 5 marzo 2021, la revisione della ripartizione territoriale dei lotti e dei requisiti di idoneità richiesti, l'eliminazione della facoltà di poter attivare l'opzione di estendere il servizio richiesto in Regioni diverse da quelle oggetto di aggiudicazione in ciascun lotto, la rimozione del coefficiente di copertura territoriale minimo del 60% della popolazione residente del lotto di riferimento e l'eliminazione dalla formula di attribuzione del punteggio economico della ponderazione in base al coefficiente di copertura territoriale.

Preso atto di quanto posto in essere dalla società ACI Informatica S.p.A., l'Autorità ha ritenuto che le circostanze comunicate siano idonee a rimuovere le criticità concorrenziali rilevate nel parere del 23 febbraio 2021.

AS1736 - ANAC - SCHEMA DI LINEE GUIDA SUGLI ONERI MOTIVAZIONALI NEI CASI DI AFFIDAMENTO IN-HOUSE

Roma, 15 marzo 2021

ANAC

Con riferimento alla richiesta di osservazioni in merito allo Schema di Linee Guida recanti *“Indicazioni in materia di affidamenti in house di contratti aventi ad oggetto servizi disponibili sul mercato in regime di concorrenza ai sensi dell’articolo 192, comma 2, del decreto legislativo 18 aprile 2016 n. 50 e s.m.i.”*, l’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, nella sua riunione del 9 marzo 2021, ha inteso svolgere le seguenti considerazioni, ai sensi dell’articolo 22 della legge 10 ottobre 1990 n. 287.

In via preliminare, l’Autorità osserva come la norma di cui all’art. 192, comma 2, del d.lgs. 50/2016, nel prevedere che la stazione appaltante debba dare conto, nella motivazione del provvedimento di affidamento di un servizio *in-house*, delle ragioni del mancato ricorso al mercato e dei benefici per la collettività della forma di gestione prescelta, abbia introdotto un onere motivazionale rafforzato basato su valutazioni, di natura non soltanto economica, che giustifichino in concreto la preferenza per l’affidamento *in-house* rispetto alla procedura ad evidenza pubblica.

Premesso quanto sopra, l’Autorità condivide la proposta n. 1 contenuta nel documento a consultazione - relativa all’ambito oggettivo di applicazione dell’art. 192, comma 2 - di considerare come *“servizi disponibili sul mercato in regime di concorrenza”* anche i servizi che potranno essere disponibili a seguito di adeguamento da parte dei possibili erogatori, in tempi compatibili con le esigenze dell’amministrazione, nonché i servizi che possono essere concessi in esclusiva ad un unico operatore. Sebbene infatti alcuni servizi si prestino naturalmente ad essere svolti in regime di monopolio, la relativa gestione può ben essere esternalizzata con ricorso al mercato, attraverso le modalità tipiche della concorrenza *“per il mercato”*, vale a dire tramite una procedura per la selezione del soggetto aggiudicatario del servizio da fornire in esclusiva¹.

Con riguardo alla proposta n. 2 - avente ad oggetto la motivazione di cui all’art. 192, comma 2 - l’Autorità ritiene che la motivazione dovrebbe essere pubblicata in un momento antecedente all’adozione della determina a contrarre, al fine di garantire che le valutazioni rimesse alla stazione appaltante siano effettivamente ed efficacemente svolte e di consentire a eventuali terzi interessati di formulare le proprie osservazioni, anche contestando il modulo organizzativo prescelto.

Al riguardo, si rappresenta che l’Autorità è in procinto di segnalare la necessità di una modifica legislativa che anticipi il momento di pubblicazione della motivazione ad un atto prodromico al provvedimento di affidamento del servizio. L’attuale previsione sembra infatti vanificare l’obbligo in capo alla stazione appaltante di svolgere una effettiva e concreta indagine comparativa, risolvendosi di fatto, come anche rilevato nella Relazione Illustrativa allo Schema di Linee Guida in

¹ Cfr. Indagine conoscitiva AGCM IC49 - *Mercato della gestione dei rifiuti solidi urbani*, 21 gennaio 2016.

esame, in un mero adempimento formale assolto *ex post*. Nel provvedimento di affidamento del servizio l'amministrazione potrà poi ulteriormente motivare la propria scelta, tenendo conto delle osservazioni pervenute.

Quanto alla proposta n. 3, sui criteri e gli obiettivi della valutazione, l'Autorità, nella consapevolezza che le valutazioni devono basarsi anche su criteri non prettamente economici, ritiene necessario limitare al massimo la possibilità per le amministrazioni di motivare la rinuncia alla gara esclusivamente sulla base di ragioni legate al perseguimento di obiettivi di interesse generale che potrebbero essere del tutto compatibili con affidamenti competitivi. A questo riguardo, la definizione dei contenuti essenziali del contratto di servizio richiesto, pubblicata in un documento finalizzato alle consultazioni di mercato (v. *infra*, proposta n. 4), potrebbe rendere più trasparenti i benefici per la collettività che la stazione appaltante intende raggiungere.

Con riferimento alla proposta n. 4 - accertamento della presenza sul mercato dei servizi da affidare - l'Autorità ritiene che le consultazioni di mercato siano senz'altro uno strumento efficace per verificare la convenienza economica di un affidamento *in-house* rispetto all'espletamento di una procedura competitiva. Tali consultazioni potrebbero essere svolte, ad esempio, con la previa pubblicazione di un documento che descriva i contenuti essenziali del contratto di servizio che si intende affidare, precisandone l'oggetto, le esigenze da soddisfare, gli *standard* qualitativi richiesti e la durata dell'affidamento. Questo consentirebbe alla stazione appaltante sia di comprendere meglio l'organizzazione del servizio più confacente alle proprie esigenze, sia di verificare l'eventuale interesse degli operatori presenti sul mercato.

Il ricorso ad esperti esterni o interni potrebbe aiutare nelle valutazioni delle eventuali osservazioni e proposte pervenute dal mercato (anche ai fini di una analisi dei costi associati e dei parametri qualitativi dei servizi reperibili sul mercato), oltre che per verificare gli esiti di eventuali procedure passate o di gare espletate in territori limitrofi o per servizi analoghi.

Tali valutazioni dovrebbero applicarsi anche nelle ipotesi in cui sia consentito l'affidamento diretto del servizio.

In merito alla proposta n. 5, relativa alla valutazione sulla congruità economica dell'offerta della società *in-house*, l'Autorità ritiene necessario l'utilizzo di adeguati *benchmark* per valutare la congruità economica dell'offerta, tenendo conto della *performance* della società rispetto a quella dell'impresa media del settore gestita in modo efficiente². A tali fini, è possibile fare riferimento ai costi *standard* del servizio definiti dalle autorità di settore³.

Con riguardo ai casi in cui il servizio possa essere offerto soltanto previo adeguamento del prestatore alle esigenze della stazione appaltante, nello Schema di Linee Guida si evidenzia come la proposta di richiedere specifici preventivi al mercato potrebbe rivelarsi non idonea, in quanto gli operatori interpellati potrebbero non avere interesse ad impegnarsi in un'attività che molto probabilmente non

² Cfr. IC49 - Mercato della gestione dei rifiuti solidi urbani del 21 gennaio 2016; IC47 - Condizioni concorrenziali nei mercati del trasporto pubblico locale del 1° giugno 2016 e ASI446 - Comune di Roma - Affidamento ad ATAC del servizio di trasporto pubblico locale del 31 ottobre 2017.

³ A titolo esemplificativo, in materia di gestione dei rifiuti, l'ARERA, nel monitoraggio e riconoscimento dei costi efficienti per il 2018 e 2019, ha individuato un *panel* di gestori rappresentativo di differenti realtà in termini di compagine societaria, attività, collocazione geografica, modello di affidamento e tariffazione. Tali gestori hanno fornito un primo *set* di dati economici e tecnici relativi agli ambiti di affidamento gestiti, nonché documenti e informazioni utili allo svolgimento del procedimento tariffario, consentendo le prime simulazioni degli effetti dell'applicazione delle regole sui costi efficienti per le annualità 2018 e 2019. Cfr. Relazione Annuale di ARERA sull'attività svolta nel 2019, sub https://www.arera.it/allegati/relaz_ann/20/RA20_volume2.pdf.

In materia di trasporto pubblico locale, sono intervenuti sia il Decreto del MIT sui costi *standard* (DM 28 marzo 2018 n. 157), che alcune delibere dell'ART, in cui sono indicati i *benchmark* di costi anche per gli affidamenti *in-house* e si precisa che i costi *standard* non devono essere pedissequamente utilizzati dagli enti affidanti ma adattati alle specificità del caso (cfr. Delibera ART 154/2019).

è finalizzata all'affidamento all'esterno del contratto ma soltanto a costruire la motivazione che giustifichi l'affidamento *in-house*. Sul punto, si ritiene che le considerazioni espresse in relazione alla proposta n. 2 (anticipare la pubblicazione della motivazione relativa alla scelta dell'affidamento *in-house* ad un momento antecedente a quello della determina a contrarre) e n. 4 (nell'ambito delle consultazioni di mercato, pubblicare un documento che descriva i contenuti essenziali del contratto di servizio che si intende affidare) potrebbero stimolare un confronto competitivo più efficace, incoraggiando gli operatori economici a fornire preventivi e informazioni che possano essere tenuti in considerazione dall'amministrazione ai fini della scelta definitiva.

Quanto alla proposta n. 6 - la valutazione dei benefici per la collettività della forma di gestione prescelta - si ritiene che l'indicazione degli obiettivi di universalità e socialità non dovrebbe essere limitata ai soli affidamenti di servizi pubblici di interesse economico generale. Per definire i servizi strumentali anche in termini di benefici diretti alla comunità, si ritiene utile richiedere alle amministrazioni una valutazione del servizio richiesto con l'indicazione della specifica utilità di cui la stessa beneficia nello svolgimento dei propri compiti istituzionali, posto che anche le attività strumentali si traducono spesso in attività economiche potenzialmente contendibili sul mercato, per la cui offerta l'ente può avvalersi anche di operatori privati⁴.

Infine, sebbene la proposta n. 7 - rilevanza delle omissioni ai fini dell'iscrizione nell'elenco delle stazioni appaltanti di cui all'art. 38 del d.lgs. 50/2016 ed esercizio da parte di ANAC dei poteri di cui all'art. 211, commi 1-*bis* e 1-*ter* - di per sé sia neutra da un punto di vista prettamente concorrenziale, l'Autorità sottolinea come l'onere motivazionale rafforzato previsto dall'art. 192, comma 2, rivesta un ruolo di assoluta rilevanza ai fini della valutazione della legittimità della scelta della stazione appaltante di ricorrere all'affidamento *in-house* rispetto a forme alternative di gestione che prevedono il ricorso al mercato (*i.e.* gara e gara a c.d. doppio oggetto), e dunque ai fini dell'esercizio dei poteri dell'Autorità di cui all'art. 21-*bis* della legge n. 287/90.

L'Autorità auspica che le considerazioni espresse siano tenute in debita considerazione nell'ambito della consultazione pubblica in esame.

⁴ Cfr. Corte dei conti, sez. regionale di controllo per la Regione Campania, 24 aprile 2015 n. 143.

Il presente parere sarà pubblicato sul bollettino dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato. Eventuali esigenze di riservatezza dovranno essere manifestate all'Autorità entro trenta giorni dal ricevimento del presente parere, precisandone i motivi.

IL PRESIDENTE

Roberto Rustichelli

AS1737 - COMUNE DI CAPRI (NA) - PROROGA CONCESSIONI DEMANIALI MARITTIME CON FINALITÀ TURISTICO-RICREATIVE

Roma, 18 gennaio 2021

Comune di Capri

L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, nella sua riunione del 12 gennaio 2021, ha deliberato di esprimere il proprio parere, ai sensi dell'articolo 21-*bis* della legge 10 ottobre 1990, n. 287, con riferimento alla delibera della Giunta Comunale del 25 novembre 2020, n. 162, avente ad oggetto "*Proroga ex lege delle concessioni demaniali marittime agli atti del settore IV ll.pp. fino al 31/12/2033 ai sensi e per gli effetti dell'art. 1 comma 682 e 683 della Legge 145 del 2018 – estensione della proroga ex lege, direttive agli uffici per la formazione degli atti*".

In particolare, mediante la suddetta delibera, il Comune di Capri ha disposto l'attivazione del procedimento per l'estensione della durata delle concessioni di beni del demanio marittimo con finalità turistico-ricreative in favore dei concessionari esistenti, sulla base di quanto previsto dall'art. 1, commi 682, 683 e 684 della legge n. 145/2018 (che ha disposto un nuovo termine di scadenza delle concessioni demaniali marittime con finalità turistico-ricreative alla data del 31 dicembre 2033¹), nonché dell'art. 182, comma 2, del decreto legge 19 maggio 2020, n. 34, come convertito con legge del 17 luglio 2020, n. 77, e dell'art. 100, comma 1, del decreto legge 14 agosto 2020, n. 104, come convertito con legge 13 ottobre 2020, n. 126, nella parte in cui tali norme si riferiscono, confermandolo, al meccanismo di proroga *ex lege* delle concessioni demaniali marittime.

In linea generale, l'Autorità ricorda che in materia di affidamenti riguardanti l'uso di beni pubblici (rientranti nel demanio o nel patrimonio indisponibile dello Stato o degli enti locali), l'individuazione del privato affidatario deve avvenire mediante l'espletamento, da parte della Pubblica Amministrazione, di procedure ad evidenza pubblica².

Al riguardo, si evidenzia che gli articoli 49 e 56 del TFUE impongono agli Stati membri l'abolizione delle restrizioni ingiustificate alle libertà di stabilimento e alla libera prestazione dei servizi, ossia di tutte le misure che vietano, ostacolano o comunque sono idonee a comprimere l'esercizio di tali libertà. Secondo la Corte di giustizia, una normativa nazionale che consente la proroga automatica delle concessioni demaniali pubbliche in essere per attività turistico-ricreative deve considerarsi in violazione di dette disposizioni³.

¹ Vale altresì evidenziare che la Giunta Regionale della Campania – Direzione Generale per le politiche culturali ed il turismo, con la nota prot. 237558 del 11 aprile 2019 avente ad oggetto "Effetti applicativi L. 145/2018", ha previsto le disposizioni relative alla proroga della validità delle concessioni demaniali marittime in essere al 1° gennaio 2019.

² Cfr., *ex multis*, Consiglio di Stato, sent. del 25 settembre 2009, n. 5765; Consiglio di Stato, Sez. VI, sent. 18 novembre 2019, n. 7874. In tal senso si è espressa, di recente, anche l'ANAC con la delibera del 17 gennaio 2019, n. 25.

³ Cfr. sentenza della Corte di Giustizia del 14 luglio 2016, cause riunite C-458/14 e C-67/15, *Promoimpresa srl e a. contro Consorzio dei comuni della Sponda Bresciana del Lago di Garda e del Lago di Idro e a.*

Inoltre, la direttiva 2006/123/CE (c.d. direttiva Servizi) prevede all'art. 12 che “qualora il numero di autorizzazioni disponibili per una determinata attività sia limitato per via della scarsità delle risorse naturali o delle capacità tecniche utilizzabili, gli Stati membri applicano una procedura di selezione tra i candidati potenziali, che presenti garanzie di imparzialità e di trasparenza e preveda, in particolare, un'adeguata pubblicità dell'avvio della procedura e del suo svolgimento e completamento” (par 1) e che, in tali casi, “l'autorizzazione è rilasciata per una durata limitata adeguata e non può prevedere la procedura di rinnovo automatico né accordare altri vantaggi al prestatore uscente o a persone che con tale prestatore abbiano particolari legami” (par. 2).

Come noto, gli Stati membri sono tenuti a conformarsi ai richiamati principi eurolunitari e, ove la normativa interna non rispetti le disposizioni della direttiva citata, contrastando di riflesso con i principi di libera circolazione e di libertà di stabilimento, se ne impone la relativa disapplicazione⁴. In tal senso, l'Autorità, in precedenti interventi di *advocacy*, si è più volte pronunciata sulla necessità di procedere agli affidamenti delle concessioni – tra cui quelle riguardanti i beni demaniali marittimi ed aventi finalità turistico-ricreative⁵ – mediante lo svolgimento di procedure ad evidenza pubblica. In particolare, è stato osservato che, nei mercati in cui, in ragione delle specifiche caratteristiche oggettive delle attività tecniche, economiche e finanziarie, esiste un'esclusiva, o sono ammessi ad operare un numero limitato di soggetti, l'affidamento delle concessioni deve comunque avvenire mediante procedure concorsuali trasparenti e competitive, al fine di attenuare gli effetti distorsivi della concorrenza, connessi alla posizione di privilegio attribuita al concessionario⁶.

Con specifico riferimento alle procedure e ai provvedimenti di proroga delle concessioni già in essere⁷, l'Autorità ha più volte sottolineato⁸ che è nell'interesse del mercato effettuare un attento

⁴ Si ricorda, infatti, che, secondo la consolidata giurisprudenza europea, tutte le amministrazioni nazionali, nell'esercizio delle loro funzioni, sono tenute ad applicare le disposizioni del diritto europeo, disapplicando le norme nazionali da esse non conformi, cfr., *ex multis*, le sentenze pronunciate dalla Corte di Giustizia nella causa 103/88, *Fratelli Costanzo c. Comune di Milano*, nonché nella causa C-224/97, *Ciola* e nella causa C-198/01, *Consorzio Industrie Fiammiferi (CIF) c. Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*.

In tal senso, la Corte di Giustizia ha ribadito, da ultimo nella sentenza del 4 dicembre 2018, caso C-378/17, che “il principio del primato del diritto dell'Unione impone non solo agli organi giurisdizionali, ma anche a tutte le istituzioni dello Stato membro di dare pieno effetto alle norme dell'Unione” (par. 39) e ricorda che l'obbligo di disapplicare riguarda anche “tutti gli organismi dello Stato, ivi comprese le autorità amministrative, incaricati di applicare, nell'ambito delle rispettive competenze il diritto dell'Unione” (par. 38). In proposito si vedano altresì, *ex multis*, le sentenze pronunciate dalla Corte di Giustizia nella causa 106/77, *Amministrazione delle finanze dello Stato c. Simmenthal SpA*, nella causa C-119/05, *Lucchini*, nella causa C-614/14, *Ognyanov* e nelle cause riunite C-52/16 e C-113/16, «*SEGRO*» *Kft.*

⁵ Cfr. la segnalazione resa dall'Autorità in data 12 dicembre 2018 ai sensi degli artt. 21 e 22 della legge n. 287/1990 (AS1550 – Concessioni e criticità concorrenziali, in Boll. AGCM n. 48/2018).

⁶ Anche la giurisprudenza amministrativa ha rilevato un disallineamento tra la normativa nazionale che dispone la proroga delle concessioni e la normativa eurolunitaria, evidenziando la necessità per le amministrazioni pubbliche di disapplicare la normativa nazionale in modo da garantire che la selezione degli operatori economici interessati avvenga in ogni caso tutelando la concorrenza, rispettando i principi di libera circolazione dei servizi, *par condicio*, imparzialità, proporzionalità, non discriminazione e trasparenza. In proposito, *ex multis*, TAR Veneto, sent. n. 218/2020, TAR Puglia, sent. n. 36/2020, Consiglio di Stato, Sez. VI, sent. n. 7874/2019.

⁷ Si ricorda inoltre che la Corte di Giustizia dell'Unione europea nello stabilire che l'affidamento delle concessioni demaniali marittime ad uso turistico-ricreativo, che riguardano risorse naturali scarse, debba necessariamente realizzarsi attraverso una procedura di selezione tra candidati potenziali nel rispetto di tutte le garanzie di imparzialità e di trasparenza, nonché di adeguata pubblicità, ha posto in rilievo che una normativa nazionale che preveda una proroga *ex lege* della data di scadenza di tali concessioni equivale a rinnovo automatico in contrasto con il dettato dell'art. 12, par. 2, della direttiva 2006/123/CE Cfr. CGUE, Sez. V, sentenza del 14 luglio 2016, cause riunite C-458/14 e C-67/15, cit.

⁸ Cfr. la segnalazione resa dall'Autorità in data 1° luglio 2020, ai sensi dell'art. 21 della legge n. 287/1990, AS 1684 – Osservazioni in merito alle disposizioni contenute nel decreto rilancio, in Boll. AGCM n. 28/2020. Si vedano, inoltre, le segnalazioni AS 135 – Proroghe delle concessioni autostradali, in Bollettino n. 19/98; AS491 – Disposizioni sul rilascio delle concessioni di beni demaniali e sull'esercizio diretto delle funzioni amministrative in materia di demanio marittimo, in Bollettino n. 46/2008; AS1114 – Regime concessorio presente nel porto di Livorno, in Bollettino n. 12/2014; AS1137 – Proposte di riforma concorrenziale ai fini della legge annuale per il mercato e la concorrenza anno 2014, in Bollettino n. 27/2014.

bilanciamento tra i benefici di breve periodo e i possibili costi che si potrebbero manifestare in un orizzonte temporale più ampio.

La concessione di proroghe in favore dei precedenti concessionari, infatti, rinvia ulteriormente il confronto competitivo per il mercato, così impedendo di cogliere i benefici che deriverebbero dalla periodica concorrenza per l'affidamento attraverso procedure ad evidenza pubblica. Quindi, eventuali proroghe degli affidamenti non dovrebbero comunque eccedere le reali esigenze delle amministrazioni, per consentire quanto prima l'allocazione efficiente delle risorse pubbliche mediante procedure competitive.

Di conseguenza, l'Autorità ritiene che, per le ragioni sopra esposte, codesto Comune avrebbe dovuto disapplicare la normativa posta fondamento della delibera della Giunta Comunale n. 162/2020 per contrarietà della stessa ai principi ed alla disciplina eurounitaria sopra richiamata. Le disposizioni relative alla proroga delle concessioni demaniali marittime con finalità turistico-ricreative contenute nel provvedimento amministrativo integrano, infatti, specifiche violazioni dei principi concorrenziali nella misura in cui impediscono il confronto competitivo che dovrebbe essere garantito in sede di affidamento dei servizi incidenti su risorse demaniali di carattere scarso, in un contesto di mercato nel quale le dinamiche concorrenziali sono già particolarmente affievolite a causa della lunga durata delle concessioni attualmente in essere.

In conclusione, la delibera comunale *de qua* si pone in contrasto con gli articoli 49 e 56 del TFUE, in quanto appare suscettibile di limitare ingiustificatamente la libertà di stabilimento e la libera circolazione dei servizi nel mercato interno, nonché con le disposizioni normative eurounitarie in materia di affidamenti pubblici, con particolare riferimento all'art. 12 della c.d. direttiva Servizi.

Ai sensi dell'articolo 21-*bis*, comma 2, della legge n. 287/1990, il Comune di Capri dovrà comunicare all'Autorità, entro il termine di 60 giorni dalla ricezione del presente parere, le iniziative adottate per rimuovere le violazioni della concorrenza sopra esposte. Laddove entro il suddetto termine tali iniziative non dovessero risultare conformi ai principi concorrenziali sopra espressi, l'Autorità potrà presentare ricorso entro i successivi trenta giorni.

IL PRESIDENTE

Roberto Rustichelli

Comunicato in merito alla decisione dell'Autorità di non presentare ricorso avverso la delibera della Giunta Comunale del 25 novembre 2020, n. 162, avente ad oggetto la "Proroga ex lege delle concessioni demaniali marittime agli atti del settore IV ll.pp. fino al 31/12/2033 ai sensi e per gli effetti dell'art. 1 comma 682 e 683 della Legge 145 del 2018 – estensione della proroga ex lege, direttive agli uffici per la formazione degli atti".

Nella propria riunione del 12 gennaio 2021, l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ha deliberato di inviare un parere motivato ai sensi dell'articolo 21-*bis* della legge 10 ottobre 1990, n. 287, pubblicato in calce alla presente comunicazione, in merito al contenuto della delibera della Giunta Comunale del 25 novembre 2020, n. 162, adottata dal Comune di Capri e avente ad oggetto la "Proroga ex lege delle concessioni demaniali marittime agli atti del settore IV ll.pp. fino al 31/12/2033 ai sensi e per gli effetti dell'art. 1 comma 682 e 683 della Legge 145 del 2018 – estensione della proroga ex lege, direttive agli uffici per la formazione degli atti".

In particolare, con la delibera della Giunta Comunale oggetto del parere ex art. 21-*bis* della legge n. 287/90, il Comune di Capri ha disposto la proroga di tutte le concessioni demaniali marittime con finalità turistico ricreative, dando applicazione a una normativa nazionale (la legge 30/12/2018, n. 145, art. 1, commi 682, n. 683, n. 684) che, ponendosi in contrasto con il diritto eurounitario, in particolare con gli artt. 49 e 56 del TFUE e con i principi di concorrenza ed evidenza pubblica negli affidamenti, avrebbe dovuto essere disapplicata.

A seguito del ricevimento di detto parere motivato, il Comune di Capri, con comunicazioni pervenute nelle date del 22 e 25 marzo 2021, ha informato l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato che intende conformarsi al suddetto parere ex art. 21-*bis* e che ha annullato ai sensi dell'articolo 21-*nonies* della legge 7 agosto 1990, n. 241 la predetta delibera della Giunta Comunale del 25 novembre 2020, n. 162.

Preso atto dell'adeguamento dell'amministrazione al suddetto parere motivato, l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, nella propria riunione del 13 aprile 2021, ha ritenuto che siano venuti meno *ab origine* i presupposti per un'eventuale impugnazione dinanzi al giudice amministrativo degli atti contestati.

AS1738 - COMUNE DI CAPRI (NA) - PROCEDURA RINNOVO CONCESSIONI DEMANIALI MARITTIME CON FINALITÀ TURISTICO-RICREATIVE

Roma, 21 aprile 2021

Comune di Capri

Con riferimento alla richiesta di parere formulata da codesta Amministrazione comunale in merito alla procedura comparativa ai sensi degli articoli 37 del Codice della Navigazione (R.D. 30 marzo 1942, n. 327) e 18 del suo regolamento di esecuzione (D.P.R. 15 febbraio 1952, n. 328) per l'affidamento delle concessioni demaniali marittime nel proprio territorio comunale, l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, nella riunione del 20 aprile 2021, ha inteso svolgere, ai sensi dell'articolo 22 della legge 10 ottobre 1990, n. 287, le seguenti considerazioni.

La bozza di delibera sottoposta all'attenzione di questa Autorità prevede che codesto Comune dia avvio alla procedura di cui agli articoli 37 del Codice della Navigazione e 18 del suo regolamento di esecuzione disponendo, in ossequio ai principi di efficacia ed efficienza dell'attività amministrativa e nel rispetto dei principi di *par condicio*, imparzialità e trasparenza, che gli attuali concessionari, ove interessati, presentino motivata istanza di rinnovo della concessione per la durata di 5 anni, con possibilità di un duplice rinnovo di pari durata, alla scadenza della stessa, e che le suddette istanze di rinnovo siano affisse nell'Albo del Comune per consentire, nel termine di 30 giorni, la presentazione di eventuali osservazioni e/o domande concorrenti da parte di altri operatori. Allo scadere dei 5 anni, il rinnovo per l'ulteriore periodo potrà essere concesso a fronte di motivata richiesta ed a fronte di motivato provvedimento da parte dell'Amministrazione che verifichi, di volta in volta, il regolare rispetto da parte del concessionario degli obblighi concessori e di legge.

Come noto, l'Autorità, nei propri interventi di *advocacy*, ha ripetutamente sottolineato l'importanza di procedere all'affidamento mediante procedure competitive delle concessioni balneari ad uso turistico-ricreativo, stigmatizzando il ricorso alle proroghe in favore dei concessionari esistenti, le quali rinviavano il confronto competitivo per il mercato, impedendo così di cogliere i benefici che derivano dalla periodica concorrenza per l'affidamento attraverso procedure competitive¹.

Da ultimo, nella recente segnalazione ai sensi degli articoli 21 e 22 della legge n. 287/90 in merito a "Proposte di riforma concorrenziale ai fini della Legge Annuale per il Mercato e la Concorrenza anno 2021" del 22 marzo 2021, inviata al Presidente del Consiglio dei Ministri, l'Autorità ha osservato come l'affidamento delle concessioni tramite procedure competitive consenta la piena valorizzazione del bene demaniale delle coste italiane che, come riconosciuto anche all'articolo 1, comma 675, della legge n. 145/2018, rappresenta un elemento strategico per il sistema economico del Paese.

¹ Si vedano, *ex multis*, il parere reso dall'Autorità il 4 agosto 2020, ai sensi dell'art. 21-bis della legge n. 287/1990, *AS1701 - Comune di Piombino (LI) - Concessioni demaniali marittime con finalità turistico ricreative*, in Boll. AGCM n. 41/2020; la segnalazione resa dall'Autorità il 1° dicembre 2020, ai sensi dell'art. 21 della legge n. 287/1990, *AS1712 - Comune di Castiglione della Pescaia (GR) - Proroga delle concessioni demaniali marittime con finalità turistico ricreative*, in Boll. AGCM n. 50/2020; il parere reso dall'Autorità il 1° dicembre 2020, ai sensi dell'art. 22 della legge n. 287/1990, *AS1714 - Comune di Latina - Estensione della durata delle concessioni demaniali marittime per finalità turistico ricreative* in Boll. AGCM n. 1/2021.

L'Autorità valuta, quindi, favorevolmente la decisione di codesto Comune di indire una procedura competitiva per l'affidamento delle concessioni balneari con finalità turistico-ricreative presenti sul territorio comunale, ai sensi dell'articolo 37, comma 1, del Codice della Navigazione, il quale prevede che: *“Nel caso di più domande di concessione, è preferito il richiedente che offra maggiori garanzie di proficua utilizzazione della concessione e si proponga di avvalersi di questa per un uso che, a giudizio dell'amministrazione, risponda ad un più rilevante interesse pubblico. Quando non ricorrano tali ragioni di preferenza, per le concessioni di durata superiore al biennio o che importino impianti di difficile sgombero, si procede a pubblica gara o a licitazione privata. Nello stesso caso, per le concessioni di durata non superiore al biennio e che non importino impianti di difficile sgombero, la preferenza è data al precedente concessionario e, in mancanza, si procede a licitazione privata”*.

Con riguardo al modello procedimentale prescelto da codesta amministrazione per la selezione dei concessionari demaniali, l'Autorità evidenzia che la giurisprudenza amministrativa ha chiarito come l'articolo 37 del Codice della Navigazione debba essere interpretato alla luce dei principi eurounitari di trasparenza, non discriminazione, parità di trattamento, e massima concorrenza². Alle concessioni di beni pubblici di rilevanza economica, fra cui devono essere ricomprese le concessioni demaniali marittime, poiché idonee a fornire un'occasione di guadagno a soggetti operanti nel libero mercato, devono applicarsi i principi discendenti dall'articolo 81 del Trattato UE [ora 101 TFUE] e dalle Direttive comunitarie in materia di appalti, quali quelli della loro necessaria attribuzione mediante procedure concorsuali, trasparenti, non discriminatorie, nonché tali da assicurare la parità di trattamento ai partecipanti. Infatti, anche nell'assegnazione di un bene demaniale occorre individuare il soggetto maggiormente idoneo a consentire il perseguimento dell'interesse pubblico, garantendo a tutti gli operatori economici una parità di possibilità di accesso all'utilizzazione dei beni demaniali. Il modello procedimentale previsto dall'articolo 37 del Codice della Navigazione e dall'articolo 18 del regolamento esecutivo deve essere quindi applicato tenendo conto delle indicazioni della giurisprudenza amministrativa sopra richiamata al fine di garantire, nello svolgimento della selezione, il rispetto dei principi di pubblicità, trasparenza, imparzialità, non discriminazione, parità di trattamento, confronto concorrenziale e proporzionalità, anche alla luce di quanto previsto dall'articolo 12, comma 1 della Direttiva 2006/123/CE, ai sensi del quale *“qualora il numero di autorizzazioni disponibili per una determinata attività sia limitato per via della scarsità delle risorse naturali o delle capacità tecniche utilizzabili, gli Stati membri applicano una procedura di selezione tra i candidati potenziali, che presenti garanzie di imparzialità e di trasparenza e preveda, in particolare, un'adeguata pubblicità dell'avvio della procedura e del suo svolgimento e completamento”*.

Pertanto, oltre a quanto già previsto dalla procedura di cui all'articolo 37 del Codice della Navigazione e dall'articolo 18 del regolamento esecutivo³, l'Autorità auspica che codesto Comune declini, nell'atto di avvio della procedura, in maniera oggettiva, trasparente, non discriminatoria e proporzionata i criteri di valutazione delle offerte, genericamente individuati dall'articolo 37 con la formula *“è preferito il richiedente che offra maggiori garanzie di proficua utilizzazione della concessione e si proponga di avvalersi di questa per un uso che, a giudizio dell'amministrazione, risponda ad un più rilevante interesse pubblico”*.

Infine, l'Autorità non ritiene condivisibile la previsione relativa al possibile duplice rinnovo della concessione contenuta nella bozza di delibera, sebbene a fronte di motivata richiesta e di motivato

² Cfr., *inter alia*, Consiglio di Stato, sentenza del 25 settembre 2009, n. 5765.

³ Cfr. al riguardo Consiglio di Stato, sentenza del 16 febbraio 2017, n. 688 e sentenza del 9 dicembre 2020, n. 7837.

provvedimento da parte dell'Amministrazione che verifichi, di volta in volta, il regolare rispetto da parte del concessionario degli obblighi concessori e di legge. Al riguardo, si rileva innanzitutto che tale previsione contrasta con quanto stabilito dall'articolo 12, comma 2, della Direttiva 2006/123/CE, ai sensi del quale è in ogni caso vietato prevedere una procedura di rinnovo automatico della concessione. Inoltre, per effetto di tale previsione, si determinerebbe una chiusura del mercato alla concorrenza per un lungo periodo, pari a ulteriori dieci anni rispetto ai cinque previsti, impedendo di cogliere i benefici derivanti dal periodico affidamento mediante procedure competitive delle concessioni balneari. È, quindi, necessario che codesto Comune proceda, allo scadere del quinquennio, ad indire una nuova procedura competitiva. In proposito, si deve altresì tenere conto della circostanza che, in questo arco temporale, è possibile che intervenga l'auspicata revisione e riordino, nel rispetto della normativa dell'Unione Europea e dei suoi principi, della normativa nazionale relativa alle concessioni demaniali marittime ad uso turistico-ricreativo in questione.

L'Autorità invita a comunicare, entro un termine di quarantacinque giorni dalla ricezione del presente parere, le determinazioni assunte con riguardo a quanto sopra evidenziato.

Il presente parere verrà pubblicato sul Bollettino dell'Autorità ai sensi dell'art. 26 della legge n. 287/90. Eventuali esigenze di riservatezza dovranno essere manifestate all'Autorità entro cinque giorni dalla ricezione del presente parere, precisandone i motivi.

IL PRESIDENTE

Roberto Rustichelli

***Autorità garante
della concorrenza e del mercato***

Bollettino Settimanale
Anno XXXI- N. 17 - 2021

Coordinamento redazionale

Giulia Antenucci

Redazione

Valerio Ruocco, Simonetta Schettini, Manuela Villani
Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato
Ufficio Statistica e Applicazioni Informatiche
Piazza Giuseppe Verdi, 6/a - 00198 Roma
Tel.: 06-858211 Fax: 06-85821256

Web: <http://www.agcm.it>

Realizzazione grafica

Area Strategic Design
