



AUTORITÀ GARANTE
DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO

Bollettino

Settimanale

Anno XXXIII - n. 4

**Publicato sul sito www.agcm.it
23 gennaio 2023**

SOMMARIO

ATTIVITA' DI SEGNALAZIONE E CONSULTIVA	5
AS1877 - COMUNE DI RAPONE (PZ)/ACQUISTO QUOTE SOCIETARIE CENTRALE DI COMMITTENZA ASMEL CONSORTILE	5
AS1878 - PROBLEMI CONCORRENZIALI NELL'ACCESSO ALL'ATTIVITÀ DI CONSULENTE CHIMICO DI PORTO IN ALCUNI PORTI ITALIANI	11
AS1879 - MINISTERO DEL LAVORO E DELLE POLITICHE SOCIALI - ESPERTO DI RISANAMENTO RADON	16

ATTIVITA' DI SEGNALAZIONE E CONSULTIVA

AS1877 - COMUNE DI RAPONE (PZ)/ACQUISTO QUOTE SOCIETARIE CENTRALE DI COMMITTENZA ASMEL CONSORTILE

Roma, 7 ottobre 2022

Comune di Rapone

L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, nella riunione del 4 ottobre 2022, ha deliberato di esprimere un parere, ai sensi dell'articolo 21-*bis* della legge 10 ottobre 1990, n. 287, relativamente alla Deliberazione del Consiglio Comunale di Rapone n. 13 dell'11 maggio 2022, avente ad oggetto "*Acquisto quote societarie centrale di committenza ASMEL consortile a.r.l. – ai sensi dell'art. 37, comma 4, del D.Lgs. n. 50/2016 e dell'art. 4, comma 2, lett. e), del D.Lgs. n. 175/2016*" (di seguito anche Delibera n. 13/2022), trasmessa all'Autorità lo scorso 10 agosto, ai sensi dell'art. 5, comma 3, del d.lgs. n. 175/2016 (Testo Unico delle Società a Partecipazione Pubblica – TUSPP).

Con tale deliberazione il Comune ha deciso di aderire ad ASMEL consortile s.c.ar.l. (d'ora in avanti anche solo "ASMEL"), attraverso l'acquisto di una quota di partecipazione societaria pari a 133,50 €, per usufruire dei servizi di centralizzazione delle gare e di coordinamento dei servizi da essa offerti, precisando che l'acquisizione risulta finanziariamente sostenibile, visto il suo importo contenuto. Il Comune ha allegato, oltre allo statuto (nella versione modificata nell'assemblea del 6 dicembre 2021) e all'atto costitutivo di ASMEL, l'avviso che ha preceduto la delibera in esame, dando atto che la consultazione non ha prodotto osservazioni. La delibera menziona il Regolamento per il controllo analogo di ASMEL, quale parte integrante e sostanziale. Il 29 settembre 2022, il Comune ha fornito copia del "*Regolamento delle attività di indirizzo e controllo analogo congiunto sulla società ASMEL consortile s.c. a r.l.*" (di seguito anche Regolamento)¹.

ASMEL è una società partecipata da oltre 850 soci², tra cui centinaia di enti pubblici detentori di irrisorie quote di partecipazione (per lo più Comuni, qualche azienda pubblica e alcune Unioni montane e di comuni), nonché le società Asmenet soc. cons. a r.l. e Asmenet Calabria soc. cons. a r.l., a loro volta partecipate da centinaia di enti pubblici. L'oggetto sociale di ASMEL, ai sensi dell'articolo 2 del relativo Statuto societario (di seguito anche Statuto), consiste nell'esercizio, su

¹ Sul sito ASMEL è presente quella originaria (2018), poi emendata nel senso sopra descritto.

² Cfr. l'elenco soci al 31 marzo 2022, pubblicato sul sito della Società.

tutto il territorio nazionale, delle attività e funzioni di centrale di committenza *ex* articoli 37 e 38 del d.lgs. n. 50/2016.

Sempre secondo l'art. 2 dello Statuto, è espressamente esclusa *“anche solo in linea teorica la partecipazione di privati e di forme associative partecipate da privati nella compagine sociale”*, nonché qualsiasi vocazione commerciale dell'attività di ASMEL; l'art. 13 (*“Amministrazione, controllo analogo congiunto e rappresentanza”*) prevede che *“l'amministrazione della società è affidata ad un consiglio di amministrazione, composto da tre membri. Il Consiglio di amministrazione dura in carica cinque anni”*.

Con riferimento alle modalità di esercizio dell'*in-house providing*, il Regolamento, nella versione modificata da ASMEL a seguito di alcuni interventi di ANAC³ e dell'Autorità⁴ per rafforzare l'esercizio in concreto del controllo analogo congiunto e individuale dei numerosi soci, istituisce, nell'ambito dell'Assemblea dei soci, una *“Giunta per il controllo analogo congiunto”* (art. 2), composta da nove amministratori locali di enti soci, scelti dagli stessi e, per accrescere la rappresentatività di tutti i soci, raggruppa i numerosi soci in tre *cluster* territoriali Nord, Centro e Sud (art. 3). La carica dura tre anni, salvo conferma (art. 4).

Ai sensi dell'art. 1 del Regolamento, la Giunta e/o i soci possono esercitare una influenza determinante, con un concreto e diretto coinvolgimento della Giunta per il controllo analogo, in forma di: indirizzo (controllo preventivo: ricezione da parte della società della documentazione necessaria all'adozione delle decisioni di principale rilevanza), monitoraggio (controllo concomitante: ricezione da parte della società di aggiornamenti sull'andamento della gestione della società e dei servizi affidati); verifica (controllo successivo: presentazione da parte della società del resoconto periodico della gestione della società e dei servizi svolti, al fine di consentire agli enti di soci di esercitare, oltre i poteri *ex* articolo 2422 e ss. c.c. e il controllo economico-finanziario, di verificare che i risultati economico-reddituali siano o meno in linea con quelli previsti, nonché di esercitare un controllo sulla gestione societaria *“verificando che le azioni dell'amministratore unico siano coerenti con le deliberazioni e gli indirizzi definiti”*). Inoltre, ai sensi dell'art. 5 del Regolamento, la Giunta esercita ogni attività di controllo sulla qualità dell'amministrazione e sul bilancio, anche attraverso l'esercizio di poteri ispettivi diretti *“su qualunque atto dell'amministratore unico”*; monitora periodicamente *“attraverso la richiesta di documenti, relazioni periodiche o audizione dell'amministratore unico lo stato di attuazione delle attività gestionali”*; accerta in via successiva che *“l'attività svolta dall'amministratore unico sia stata posta in essere in conformità alle direttive impartite”*; *“rende disponibili sul sito”* della società, in forma riservata ai soci, i verbali e le deliberazioni delle proprie riunioni; presenta una *“relazione sull'attività svolta”* al termine dell'anno di mandato.

Lo Statuto e il Regolamento nulla prevedono in materia di scelta dei membri del CdA unicamente tra i rappresentanti dei soci pubblici, di limitazione territoriale dell'attività svolta né di revoca del mandato di membro della giunta per il controllo analogo da parte dell'assemblea dei soci.

L'Autorità intende svolgere le seguenti considerazioni.

³ Si vedano, *inter alia*, le seguenti delibere adottate dall'ANAC: n. 32 del 30 aprile 2015, n. 179 del 26 febbraio 2020, n. 202 del 3 marzo 2021.

⁴ Cfr. il parere motivato di marzo 2021 AS1790 (Comune di Lavello), in Boll. 39/2021.

Preliminarmente, si richiama l'art. 37, comma 4, del Codice Contratti Pubblici (in seguito anche solo CCP), nella parte in cui prevede che se la stazione appaltante è un Comune non capoluogo di provincia, come nel caso di specie, tra le diverse modalità consentite per l'acquisizione di beni, servizi o lavori, è previsto il ricorso a una centrale di committenza o a soggetti aggregatori qualificati. Rileva, inoltre, che l'art. 3, comma 1, lett. i), CCP, definisce centrale di committenza *“un'amministrazione aggiudicatrice o un ente aggiudicatore che forniscono attività di centralizzazione delle committenze e, se del caso, attività di committenza ausiliarie”*.

Ciò posto, l'attività di centrale di committenza può essere svolta, oltre che da soggetti pubblici, anche da soggetti privati, ricorrendo tuttavia i presupposti per l'affidamento *in house*. Per il ricorso all'*in house providing* - ai sensi dell'art. 5 CCP - è necessaria la contestuale sussistenza dei requisiti della partecipazione pubblica, dell'attività prevalente e del controllo analogo a quello che l'ente esercita nei confronti delle proprie articolazioni amministrative.

Inoltre, il comma 5 del citato articolo 5 CCP dispone che il controllo analogo congiunto è esercitato da un'amministrazione quando sono soddisfatte tutte le seguenti condizioni: a) gli organi decisionali della persona giuridica controllata sono composti da rappresentanti di tutte le amministrazioni aggiudicatrici o enti aggiudicatori partecipanti. Singoli rappresentanti possono rappresentare varie o tutte le amministrazioni aggiudicatrici o enti aggiudicatori partecipanti; b) tali amministrazioni aggiudicatrici o enti aggiudicatori sono in grado di esercitare congiuntamente un'influenza determinante sugli obiettivi strategici e sulle decisioni significative di detta persona giuridica; c) la persona giuridica controllata non persegue interessi contrari a quelli delle amministrazioni aggiudicatrici o degli enti aggiudicatori controllanti⁵.

L'acquisizione di quote in ASMEL è stata più volte valutata dall'Autorità che, sulla scorta di alcune pronunce del giudice amministrativo intervenute a partire dal 2020 nell'ambito di autonomi ricorsi⁶, ha evidenziato alcune criticità ricorrenti, con riguardo alla impossibilità per ciascun socio di esercitare in concreto su ASMEL il controllo analogo (congiunto) a quello sui propri servizi e alla prevalenza delle entrate commerciali di quest'ultima, quale corrispettivo per i servizi resi chiesti agli aggiudicatari delle procedure da essa organizzate, rispetto alle quote dei comuni soci.

Tali rilievi sono stati espressi in più pareri motivati *ex art. 21-bis* della legge 287/90, nei quali l'Autorità, pur riconoscendo che le descritte modifiche allo Statuto e al Regolamento assunte da ASMEL a fine 2021 avevano senz'altro rafforzato le condizioni per l'esercizio del controllo analogo, ha rilevato che non risultavano pienamente integrati i requisiti per operare come centrale di committenza *in house ex art. 5, comma 5, lett. a)*, del D.Lgs. n. 50/2016, in quanto: *i)* lo statuto ASMEL non prevedeva espressamente che i membri del CdA venissero scelti soltanto tra i rappresentanti dei soci pubblici (art. 13); *ii)* non erano stati esplicitati i limiti territoriali dell'attività

⁵ Inoltre, ai sensi dell'art. 2, comma 1, lett. d) del d.lgs. n. 175/2016 (TUSPP) il controllo analogo congiunto è *“la situazione in cui l'amministrazione esercita con altre amministrazioni su una società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi”*, laddove ricorrano le condizioni di cui al citato art. 5, comma 5. La lettera c), del d.lgs. n. 50/2016, a sua volta, qualifica il controllo analogo come *“la situazione in cui l'amministrazione esercita su una società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi, esercitando un'influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni significative della società controllata. Tale controllo può anche essere esercitato da una persona giuridica diversa, a sua volta controllata allo stesso modo dall'amministrazione partecipante”*.

⁶ Cfr. Consiglio di Stato, sentenza del 3 novembre 2020, n. 6787; Consiglio di Stato, sentenza del 12 novembre 2020, n. 6975; Tar Lombardia, sede di Milano, sentenza del 3 febbraio 2020, n. 240; Tar Campania, sezione staccata di Salerno, sentenza del 2 gennaio 2021, n. 1.

svolta; *iii*) non era stata prevista la possibilità di revocare il mandato di membro della giunta per il controllo analogo da parte dell'assemblea dei soci. Inoltre, è stato ribadito che ASMEL, in caso di affidamento diretto *ex art. 36 CCP*, non può richiedere contributi agli aggiudicatari. Per tali ragioni, l'assetto dell'acquisizione della partecipazione in ASMEL è stato ritenuto lesivo degli artt. 5, comma 5, lett. a), 38 e 39 del D.Lgs. n. 50/2016, nonché dell'art. 2, comma 1), lett. c) e d), TUSPP⁷.

Nel frattempo, con sentenza n. 461/2022, passata in giudicato, il TAR Basilicata ha accolto il ricorso dell'Autorità proposto a fronte del mancato adeguamento del Comune di Lavello al proprio parere motivato, e ne ha condiviso i rilievi, vista l'impossibilità per ciascuno dei numerosissimi comuni soci di esercitare in concreto un controllo analogo congiunto che permetta ad ASMEL di operare come società *in house*, ai sensi dell'art. 5, comma 1, lett. a), D. Lgs. n. 50/2016⁸. Comportando rilevanti deroghe al normale funzionamento delle società di capitali, il TAR ha sottolineato la necessità che via siano le condizioni affinché i soci pubblici, nel loro insieme considerati, possano esercitare *“un'influenza determinante e un controllo effettivo sulla gestione dell'ente partecipato, attraverso poteri di interferenza e condizionamento penetranti sul complesso delle funzioni direttive e gestionali, in grado di conformare l'azione della persona giuridica controllata agli interessi pubblici di cui il singolo Ente Pubblico partecipante è portatore”*. Il giudice ha precisato che questi stessi rilievi sono stati condivisi da ANAC nell'ambito del procedimento con cui ha negato, nonostante l'approvazione da parte della stessa ANAC delle menzionate modifiche, l'iscrizione di ASMEL nell'Elenco *“delle Amministrazioni aggiudicatrici e degli Enti aggiudicatori che operano mediante affidamenti diretti nei confronti delle proprie società in house” ex art. 192 CCP*⁹, proprio considerando ostativa all'esercizio del controllo analogo la preponderante incidenza dei contributi privati sul fatturato complessivo e l'autonomia patrimoniale e gestionale di cui gode la società.

L'acquisizione di quote di ASMEL da parte del Comune di Rapone in esame ripropone i residui profili di criticità già riscontrati nei precedenti interventi. Pertanto, ai sensi dell'art. 5, comma 5, lett. a) del d.lgs. n. 50/2016, è necessario che venga espressamente previsto che i membri del consiglio di amministrazione siano scelti solo tra i rappresentanti delle amministrazioni, mentre l'art. 13 dello Statuto di ASMEL consortile non prevede espressamente una simile ipotesi; inoltre, ai fini in generale della qualificazione come società *in house*, sarebbe opportuno che venissero anche esplicitati i limiti territoriali dell'attività svolta, nonché la possibilità di revoca dell'incarico di membro della giunta da parte dell'assemblea.

Infine, permane il fatto che la quasi totalità del fatturato di ASMEL proviene dai contributi versati dagli aggiudicatari. Anzi, in base all'ultimo bilancio ASMEL, il fatturato 2021 è stato di 4.607.667 €, a titolo di *“proventi per le prestazioni di servizi”*, seguiti dalla *“emissione della fattura o ... apposita “comunicazione” o fattura pro-forma inviata al cliente”*, a fronte di *“altri ricavi e proventi”*

⁷ Cfr. i pareri motivati di febbraio e aprile 2022 AS1829 (San Marzano sul Sarno) in Boll. n. 16/2022, AS1844 (Cumiana) in Boll. n. 23/2022, e AS1846 (Bollengo), in Boll. n. 26/2022.

⁸ Nella sentenza il TAR Basilicata, rifacendosi alla consolidata giurisprudenza (tra cui il TAR Milano Sez. IV, n. 2746/2018), osserva che *“affinché il requisito del controllo analogo in caso di società in house pluripartecipata sia soddisfatto, occorre che le Amministrazioni Pubbliche in possesso di partecipazioni di minoranza possano comunque esercitare il controllo analogo in modo congiunto”* e che, per quanto di rilievo in questa sede *“a) gli organi decisionali dell'organismo controllato siano composti da rappresentanti di tutti i soci pubblici partecipanti, ovvero, siano formati tra soggetti che possono rappresentare più o tutti i soci pubblici partecipanti; ... c) l'organismo controllato non persegua interessi contrari a quelli di tutti i soci pubblici partecipanti”*.

⁹ Si tratta della delibera ANAC n. 130 del 16 marzo 2022, impugnata da ASMEL dinanzi al TAR Lazio.

– ovvero le quote dei soci – per soli 483.315 €, che sommano i proventi delle acquisizioni di quote societarie, sempre di valore irrisorio. L'evidente e insanabile sproporzione fra proventi da conferimenti degli enti pubblici e da attività puramente commerciali compromette, anche, la stessa possibilità di ASMEL di agire unicamente per soddisfare esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale e commerciale (cfr. CdS n. 8072/2021) e concreta una palese violazione perfino dell'oggetto sociale (art. 2 dello Statuto).

Alla luce delle considerazioni che precedono, si ritiene che la Deliberazione del Consiglio Comunale di Rapone n. 13 dell'11 maggio 2022 viola gli articoli l'art. 5, comma 5, 38 e 39 del CCP, nonché l'art. 16 del TUSPP in combinato disposto con l'art. 2, comma 1, lett. c) e d) del TUSPP.

Ai sensi dell'articolo 21-bis, comma 2, della legge n. 287/90, codesta Amministrazione dovrà comunicare all'Autorità, entro il termine di sessanta giorni dalla ricezione del presente parere, le iniziative adottate per rimuovere la violazione della concorrenza sopra esposta. 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 presente parere sarà pubblicato nel Bollettino dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.

IL PRESIDENTE

Roberto Rustichelli

Comunicato in merito al mancato adeguamento del Comune di Rapone (Potenza) al parere motivato espresso dall'Autorità ex art. 21-bis della legge n. 287/1990 in merito all'acquisizione di una quota del capitale della società ASMEL Consortile a r.l.

Nella propria riunione del 4 ottobre 2022, l'Autorità ha deliberato di inviare un parere motivato ai sensi dell'articolo 21-bis della legge 10 ottobre 1990, n. 287, pubblicato sopra la presente comunicazione, in merito alla Deliberazione del Consiglio comunale di Rapone alla Deliberazione del Consiglio comunale n. 13 dell'11 maggio 2022, avente ad oggetto "Acquisto quote societarie centrale di committenza ASMEL consortile a.r.l. – ai sensi dell'art. 37, comma 4, del D.Lgs. n. 50/2016 e dell'art. 4, comma 2, lett. e), del D.Lgs. n. 175/2016" (di seguito anche Deliberazione n. 13/2022 e ASMEL). Il parere ha evidenziato che l'acquisizione da parte del Comune di una quota di partecipazione societaria (pari a € 133,50) in ASMEL, quale centrale di committenza ai sensi degli artt. 37 e 38 del Codice dei contratti pubblici (di seguito anche D.Lgs. n. 50/2016 o Codice), nonostante alcune modifiche nel frattempo apportate allo statuto di ASMEL e al Regolamento sul controllo analogo, non fosse accompagnata da elementi idonei a eliminare definitivamente la richiesta di corrispettivi all'aggiudicatario per i servizi di centrale unica svolti in favore degli enti soci e, soprattutto, ad assicurare il concreto esercizio del controllo analogo congiunto, ai sensi dell'art. 5, comma 5, lett. a) del D.Lgs. n. 50/2016. Infatti, mancava ancora l'espressa previsione che i membri del consiglio di amministrazione debbano essere scelti solo tra i rappresentanti delle

amministrazioni, nonché l'indicazione dei limiti territoriali dell'attività svolta e la possibilità dell'Assemblea di revocare l'incarico di membro della giunta.

Nel parere motivato trasmesso lo scorso 7 ottobre al Comune di Rapone, l'Autorità ha, quindi, rilevato che la Deliberazione n. 13/2022 fosse lesiva della concorrenza, per violazione degli artt. 5, comma 5, 38 e 39 del Codice, nonché all'art. 16 del TUSPP in combinato disposto con l'art. 2, comma 1, lett. c) e d) del TUSPP.

Il 6 dicembre 2022, il Comune di Rapone ha inviato una breve comunicazione propria e di ASMEL che preannuncia modifiche statutarie coerenti con i rilievi dell'Autorità in occasione dell'assemblea straordinaria ASMEL appositamente convocata per il 12 dicembre 2022, impegnandosi a trasmettere all'Autorità la versione modificata dello Statuto. Il 15 dicembre 2022, il Comune di Rapone ha soltanto comunicato che procederà a inoltrare tempestivamente tale documentazione non appena verrà fornita da ASMEL.

Preso atto del mancato adeguamento dell'Amministrazione al parere motivato dello scorso 4 ottobre 2022 ai sensi dell'art. 21-*bis* della legge n. 287/1990, l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, nella propria riunione del 20 dicembre 2022, ha quindi disposto di proporre ricorso contro la citata Delibera n. 13/2022.

AS1878 - PROBLEMI CONCORRENZIALI NELL'ACCESSO ALL'ATTIVITÀ DI CONSULENTE CHIMICO DI PORTO IN ALCUNI PORTI ITALIANI

Roma, 13 dicembre 2022

Capitaneria di Porto di Gela
Capitaneria di Porto di Pozzallo

Nell'esercizio dei poteri di cui all'articolo 22 della legge 10 ottobre 1990, n. 287, l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, nella propria riunione del 6 dicembre 2022, ha inteso formulare alcune osservazioni in merito ai problemi concorrenziali riscontrati nella disciplina dell'attività di consulente chimico di porto in alcuni porti siciliani, nei quali l'esercizio dell'attività viene indebitamente riservato a un solo professionista o comunque a un numero chiuso di operatori.

L'Autorità è infatti venuta a conoscenza che la Capitaneria di Porto di Gela, con Decreto n. 55/2018, ha ripristinato il numero chiuso di una unità degli iscritti nei registri ex art. 68 del Cod. nav., in considerazione delle esigenze locali e del ridotto traffico portuale, mantenendo comunque nel registro i due ulteriori chimici di porto precedentemente iscritti, che non possono essere cancellati dal registro in base alla disciplina vigente. Anche la Capitaneria di Porto di Pozzallo, con Decreto n. 38/2005, ha introdotto il numero chiuso di un solo iscritto nell'apposito registro, riconoscendo tuttavia nel corso del presente anno la necessità di rivedere tale decreto, ed orientandosi verso un numero massimo di tre professionisti iscritti al registro dei consulenti chimici di porto.

L'attività del consulente chimico di porto consiste nel verificare e certificare l'assenza di rischi per la salute e la sicurezza delle persone che svolgono attività commerciale, industriale o artigianale nel sedime portuale e sulle navi, con riguardo ad esempio all'assenza di vapori/gas pericolosi (infiammabili, tossici, corrosivi ecc.), di pericoli nell'accedere a cisterne, serbatoi, doppi fondi, depositi di combustibile di qualsiasi tipo di nave o galleggiante, nonché di rischi in occasione di lavori meccanici o di immissione delle navi in bacini di carenaggio, etc. Essa, in particolare, rientra nell'art. 68 del Codice della Navigazione del 1942 (*"Vigilanza sull'esercizio di attività nei porti"*), secondo cui *"Coloro che esercitano un'attività nell'interno dei porti ed in genere nell'ambito del demanio marittimo sono soggetti, nell'esplicazione di tale attività, alla vigilanza del comandante del porto. Il capo del compartimento, (...), può sottoporre all'iscrizione in appositi registri, eventualmente a numero chiuso, e ad altre speciali limitazioni coloro che esercitano le attività predette"*.

Il Ministero dei trasporti e della navigazione ha emanato, quindi, la Circolare relativa alla *"disciplina dell'attività dei consulenti chimici di porto"* n. 1160 del 10 dicembre 1999, da ultimo modificata dal Decreto Direttoriale del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti n. 234/2017 (di seguito, rispettivamente, anche Circolare del 1999 e D.D. n. 234/2017). La Circolare del 1999 qualifica

l'attività in esame come funzionale alla sicurezza della nave, delle operazioni portuali e del porto e precisa che essa, *“in considerazione degli aspetti di interesse pubblico che riveste, è soggetta alla vigilanza dell'autorità competente ai sensi dell'art. 68 cod. nav. e dell'art. 8 lett. h) della legge 84/94”*. Tale Circolare, dopo aver previsto che *“I consulenti chimici per operare in ambito portuale devono essere iscritti nel registro istituito ai sensi dell'art. 68 cod. nav.”*, ha definito i requisiti per l'iscrizione al registro, le cause di cancellazione dallo stesso e i compiti che il consulente chimico di porto è chiamato a svolgere nell'esercizio del suo incarico.

Quanto ai requisiti di iscrizione, la Circolare del 1999 indica, per quanto di interesse in questa sede, il possesso di *“a) laurea in chimica, chimica industriale o ingegneria chimica; b) iscrizione all'albo professionale”* (paragrafo n. 1). Nel paragrafo n. 2, la Circolare contempla espressamente la possibilità che l'autorità portuale che tiene il registro di cui all'art. 68 cod. nav. limiti il numero di operatori *“in considerazione delle esigenze locali”*. Essa dovrà organizzare il servizio *“in maniera tale che almeno un chimico di porto sia disponibile per lo svolgimento dell'attività (...), assicurando la propria reperibilità in qualsiasi momento. Nell'organizzazione del servizio e nella determinazione del numero dei consulenti chimici dovrà tenersi conto delle esigenze operative del porto determinabili in relazione all'attività cantieristica, al numero dei bacini di carenaggio, alla tipologia ed alla quantità di traffico...”*. Gli elenchi di consulenti chimici di porto sono pubblicati sul sito del Ministero competente, in collaborazione con le Autorità Marittime e di Sistema Portuale cui devono essere tempestivamente inviate le variazioni/cancellazioni. Queste ultime sono possibili soltanto in caso di *“a) morte del consulente chimico b) richiesta dell'interessato c) cancellazione dall'albo professionale d) perdita della capacità fisica attestata dal medico di porto”* (paragrafo n. 4).

In questo quadro, i consulenti chimici di porto non rappresentano una professione in senso proprio, soggetta a una specifica disciplina, bensì un segmento delle più ampie attribuzioni proprie delle professioni regolamentate di ingegnere e di chimico (ovvero i laureati in chimica, chimica industriale e ingegneria chimica). Essi, pertanto, devono essere iscritti sia nei rispettivi albi professionali, sia nel registro istituito a livello di singola autorità portuale ex art. 68 cod. nav.

La giurisprudenza in materia è oramai pressoché unanime¹ nel riconoscere che il rapporto professionale in questione ha natura puramente fiduciaria, in quanto intercorre unicamente tra professionista e utente (armatore o agenzia marittima), beneficiario esclusivo della prestazione. Pertanto, non si tratta di un *“pubblico servizio in senso soggettivo (esercitato cioè da un pubblico potere o per suo conto)”*, bensì di un servizio di pubblica necessità, in cui l'asseverazione o certificazione resa dal consulente, pur realizzando l'interesse pubblico della sicurezza di operazioni in ambito portuale, si inserisce pur sempre in un rapporto professionale privato, che non trasforma di per sé il professionista in un consulente dell'Autorità, nonostante il potere di controllo che questa esercita ai sensi dell'art. 68 cod. nav. *“Trattandosi di una prestazione professionale, l'Autorità non può dunque impedire all'utente di valersi del professionista di fiducia tra quelli iscritti nello specifico registro, anche se questi non è inserito nel turno di reperibilità”*² (enfasi aggiunta).

¹ Cfr. sentenza CGARS n. 320/2012, Consiglio di Stato n. 256/2022, TAR Catania n. 2388/2022. È rimasta, invece, isolata la pronuncia che faceva perno sulle indubbie connessioni dell'attività con aspetti di sicurezza per affermare che il rapporto viene instaurato con l'Autorità portuale e giustificare eventuali restrizioni così introdotte (sentenza CGARS n. 639/2021).

² Cfr. la sentenza del CGARS n. 320/2012, in cui si legge che Anche qualificando come pubblica in senso oggettivo un'attività oggettivamente inerente a profili di pubblico interesse, tale giurisprudenza ha sottolineato che questo aspetto

L'intervento dell'Autorità portuale nella gestione dell'elenco di cui all'art. 68 cod. nav. serve, quindi, unicamente a garantire all'utente di rivolgersi – senza indugio – a un soggetto abilitato, sotto la vigilanza della stessa Autorità (sentenza Consiglio di Stato n. 256/2022). In tale pronuncia, il giudice ha affermato che *“in base alla normativa primaria e per come risulta allo stato orientato il sistema positivo, ai consulenti chimici di porto l'utenza è libera di rivolgersi sulla base di una scelta sostanzialmente fiduciaria (tanto da doversi escludere che l'Autorità portuale “possa invece autonomamente imporre all'utente stesso di valersi di uno specifico soggetto tra quelli abilitati ad erogare quel servizio in regime di reciproca concorrenza) e che le prestazioni professionistiche in esame si svolgono in regime di ‘concorrenzialità’”*. Pertanto, è stato anche escluso che l'Autorità potesse legittimamente imporre all'utente di avvalersi del professionista di turno, in quanto essa *“non può attribuire al chimico in servizio obbligatorio alcuna esclusiva ma, più semplicemente, garantisce all'utenza nell'intero arco della giornata la presenza di un professionista comunque disponibile”*³.

Il Consiglio di Stato ha anche negato che la Circolare del 1999 potesse prevedere per l'esercizio della professione un tirocinio e un esame non previsti dalla legge, dal momento che una *“misura organizzativa proveniente da una circolare non può che fare riferimento all'attività interna della Pubblica Amministrazione (mediante disposizioni vincolanti esclusivamente per gli organi di quest'ultima), ma non può riguardare la regolamentazione diretta (in assenza di norme primarie) di una libera professione né può consentire ad atti amministrativi (in mancanza di previsioni di legge) di limitare per motivi di interesse generale la libertà di circolazione dei servizi”* (sentenza n. 256/2022).

Di recente, il TAR Catania (sentenza n. 2388/2022) ha avallato la scelta di una Capitaneria di disapplicare la Circolare del 1999 per accogliere la domanda di iscrizione di un consulente chimico già iscritto nel registro di un altro porto, muovendo proprio dal quadro normativo e giurisprudenziale nei termini appena richiamati. Analogamente, la nota ministeriale DGVPTM/DIV.6/RV del 16 novembre 2022 al Comando Generale delle Capitanerie di Porto ha precisato che, in caso di momentanea indisponibilità dell'unico consulente chimico di porto iscritto (o di tutti quelli iscritti), la scelta del professionista cui rivolgersi debba sempre provenire dall'utente, che può rivolgersi a qualsiasi *“altro consulente regolarmente iscritto in altro porto nazionale”*.

E, in effetti, le informazioni acquisite sulle caratteristiche in concreto dell'attività in esame confermano che il rapporto professionale ha natura squisitamente privatistica, sia con riguardo alla natura privata della domanda, rappresentata da armatori o agenzie marittime, sia rispetto alla definizione del corrispettivo, che avviene a partire da tariffe proposte dal professionista e liberamente negoziate con il cliente, sia in relazione alla scelta del professionista cui rivolgersi, in funzione delle tariffe chieste e della disponibilità a svolgere il servizio, senza che l'Autorità possa

“non incide sui modi di esercizio della stessa, fermo restando il necessario e ineliminabile controllo da parte del pubblico potere. Esistono infatti, accanto a servizi pubblici gestiti dal pubblico potere in forma amministrativa o imprenditoriale, servizi pubblici gestiti da soggetti privati con strumenti di diritto comune (si pensi al settore dell'istruzione) e a tali soggetti l'utenza è libera di rivolgersi sulla base di una scelta sostanzialmente fiduciaria. Nel momento in cui la normativa primaria positiva riconosce tale libertà di scelta all'utente e correlativamente il regime di concorrenzialità delle prestazioni professionistiche, non può ipotizzarsi che l'Autorità portuale possa invece autonomamente imporre all'utente stesso di valersi di uno specifico soggetto tra quelli abilitati ad erogare quel servizio in regime, come si è detto, di reciproca concorrenza”, enfasi aggiunta.

³ Cfr. sentenza CGARS n. 320/2012.

imporre il soggetto di cui avvalersi, neppure in caso di turnazione. Anzi, le Capitanerie di Porto interpellate, senza numero chiuso, non hanno ritenuto necessario ricorrere all'istituto della turnazione o della reperibilità, proprio perché il rapporto si instaura sulla base della mera disponibilità del professionista.

L'Autorità intende al riguardo svolgere le seguenti considerazioni.

La natura squisitamente privatistica del rapporto professionale in esame emerge in maniera inequivocabile dagli elementi fattuali e giuridici esposti. Il registro di cui all'art. 68 cod. nav. – la cui esistenza non viene minimamente messa in discussione in questa sede –, risulta funzionale a garantire la libertà di scelta del soggetto qualificato cui rivolgersi. Infatti, è evidente che i servizi in parola non rappresentano un costo diretto per l'amministrazione, in quanto interamente a carico dell'utente privato, né lo è la tenuta dell'elenco, per la quale essa chiede un corrispettivo al consulente chimico di porto ad ogni iscrizione.

Risultano pertanto inconferenti le ragioni evidenziate dalla Capitaneria di Gela, che ha ripristinato il numero chiuso di una sola unità dopo alcuni anni in cui erano iscritti più consulenti, pur sulla base di elementi apparentemente oggettivi (assenza dei bacini di carenaggio e ridotto traffico navale): riservare l'attività a un solo iscritto risulta di per sé idoneo a escludere integralmente qualsiasi possibilità di scelta dell'utente e costituisce una restrizione non necessaria né proporzionata che si pone quindi in contrasto con il quadro sopra esposto⁴. D'altra parte, la presenza di “*almeno un*” professionista già chiesta dalla Circolare del 1999 serve a qualificare detta figura come obbligatoria e rappresenta pertanto un numero minimo e non certo massimo di operatori.

Quanto alla disciplina della Capitaneria di Pozzallo, si rileva che, benché essa si stia orientando per portare a tre il numero massimo di operatori iscritti, resta comunque il fatto che si tratta della previsione di un limite numerico all'esercizio di una libera attività economica, non consentito dal contesto normativo e giurisprudenziale sopra ricostruito.

In conclusione, il regime vigente nelle Capitanerie di Porto di Gela (una sola unità) e Pozzallo (tre unità con numero chiuso) non risulta coerente con i principi introdotti dalla Direttiva Servizi, recepita dal D.Lgs. n. 59/2010, applicabile a “*qualunque attività economica, di carattere imprenditoriale o professionale, svolta senza vincolo di subordinazione, diretta allo scambio di beni o di servizi anche a carattere intellettuale*” (art. 1), secondo cui “*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*” (art. 10). In tal caso, quando sono necessarie per rispondere a motivi imperativi di interesse generale, eventuali restrizioni debbono comunque essere necessarie e proporzionate (artt. 11 e 12). Rileva poi che i servizi in esame non risultano tra quelli esclusi dal campo di applicazione del decreto (art. 7).

L'Autorità auspica, quindi, che le Amministrazioni in indirizzo tengano in adeguata considerazione le suesposte osservazioni, al fine di eliminare limitazioni numeriche all'esercizio dell'attività in esame e invita a comunicare, entro un termine di 45 giorni dalla ricezione del presente parere, le determinazioni che saranno assunte al riguardo. Il presente parere viene inviato per conoscenza anche a codesto Ministero affinché provveda a diffonderlo presso tutte le Capitanerie di Porto.

⁴ Peraltro, rileva la circostanza che i professionisti inizialmente iscritti che ora si trovano “in esubero” non possono comunque essere cancellati dal registro, in quanto le esigenze del traffico non rientrano tra i casi tassativamente previsti di cancellazione e ciò avvalorata la natura artificiosa della restrizione del mercato rappresentata dalla previsione di un numero chiuso e, soprattutto, riportato a una sola unità.

Il presente parere sarà pubblicato nel 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

AS1879 - MINISTERO DEL LAVORO E DELLE POLITICHE SOCIALI - ESPERTO DI RISANAMENTO RADON

Roma, 16 dicembre 2022

Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali

Con riferimento alla richiesta di parere formulata ai sensi dell'art. 3, comma 3, del D.Lgs. n. 142/2020 da codesto Ministero in relazione allo Schema di Decreto Legislativo "*recante disposizioni integrative e correttive al decreto legislativo 31 luglio 2020, n. 101, di attuazione della direttiva 2013/59/Euratom, che stabilisce norme fondamentali di sicurezza relative alla protezione contro i pericoli derivanti dall'esposizione alle radiazioni ionizzanti, e che abroga le direttive 89/618/Euratom, 90/641/Euratom, 96/29/Euratom, 97/43/Euratom e 2003/122/Euratom e riordina la normativa di settore in attuazione dell'articolo 20, comma 1, lettera a), della legge 4 ottobre 2019, n. 117*", l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, nella riunione del 6 dicembre 2022, ha osservato quanto segue.

Alla luce delle motivazioni evidenziate nella tabella allegata alla richiesta di parere, l'accesso alla qualifica di esperto di risanamento radon, riservata ai soggetti abilitati alla professione di progettista edile, con formazione specifica per la radiazione da radon negli edifici, in luogo dell'iniziale riferimento ai soggetti abilitati alla professione di geometra, architetto e ingegnere che codesto Ministero intende introdurre, appare proporzionata rispetto agli obiettivi perseguiti e non discriminatoria.

Le disposizioni citate, in quanto essenzialmente volte a garantire una competenza specifica nel trattamento del radon, pericoloso per la salute e l'ambiente, nella progettazione ed esecuzione di opere edili, non appare idonea a introdurre ingiustificate restrizioni alla concorrenza nel settore in esame.

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

IL PRESIDENTE
Roberto Rustichelli

*Autorità garante
della concorrenza e del mercato*

Bollettino Settimanale
Anno XXXIII- N. 4 - 2023

Coordinamento redazionale

Giulia Antenucci

Redazione

Valerio Ruocco, Simonetta Schettini, Manuela Villani
Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato
Direzione gestione documentale, protocollo e servizi
statistici
Piazza Giuseppe Verdi, 6/a - 00198 Roma
Tel.: 06-858211 Fax: 06-85821256

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

Realizzazione grafica

Area Strategic Design
