

## Attività di promozione della concorrenza

### Energia elettrica

#### *INTEGRITÀ E TRASPARENZA DEL MERCATO DELL'ENERGIA ALL'INGROSSO*

Nel gennaio 2012 l'Autorità ha trasmesso al Presidente dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas e al Direttore dell'Agenzia europea per la cooperazione dei regolatori dell'energia (di seguito, ACER) le proprie osservazioni ai sensi dell'articolo 22 della legge 287/90 in merito alle possibili conseguenze anticoncorrenziali di alcune modalità di ottemperanza agli obblighi di trasparenza previsti dal Regolamento UE n. 1227 del 25 ottobre 2011, concernente l'integrità e la trasparenza del mercato dell'energia all'ingrosso (di seguito, REMIT), entrato in vigore nel dicembre 2011.

L'Autorità ha osservato che la criticità concorrenziale della pubblicazione di determinate informazioni sui mercati dell'energia all'ingrosso era strettamente connessa alla struttura dei mercati stessi. Le preoccupazioni concorrenziali sarebbero state, in particolare, minori per i mercati caratterizzati da una impresa largamente dominante (per i quali una maggiore trasparenza poteva addirittura rendere più difficile lo sfruttamento del potere di mercato unilaterale), e invece maggiori a fronte di situazioni di oligopolio più o meno concentrato, come nei mercati all'ingrosso italiani, caratterizzati da una conformazione geografica zonale che ne esalta, in particolare nelle due isole maggiori, il carattere oligopolistico. In tali mercati, una eccessiva trasparenza avrebbe potuto facilitare esiti collusivi (agevolando il monitoraggio e l'immediata identificazione di deviazioni) o comportamenti opportunistici volti a trarre vantaggio dalla tempestiva rivelazione delle informazioni, da parte di imprese *diverse* da quelle che avessero pubblicato le informazioni privilegiate di cui erano in possesso.

In ragione di ciò, l'Autorità ha ritenuto che le “informazioni privilegiate”, riguardanti “*la capacità e l'uso degli stabilimenti di produzione [...] inclusa l'eventuale indisponibilità pianificata o non pianificata di tali impianti*” (articolo 4 del REMIT), raccolte in forma disaggregata, dovessero essere pubblicate solo dopo la chiusura del Mercato del Giorno Prima (MGP), in forma aggregata e comunque anonima. Con riguardo al livello di aggregazione, si poteva ipotizzare un'aggregazione a livello “macrozonale”, distinguendo la macrozona Nord da quella Sud e aggregando a quest'ultima le isole (come già attualmente fa Terna Spa nel fornire le informazioni ex-ante sulla capacità produttiva disponibile) e a livello di tecnologia.

L'Autorità ha rilevato anche che la questione del livello di aggregazione dei dati pubblicati non sembrava porsi in relazione né alle infrastrutture di trasporto dell'energia elettrica o del gas naturale, né alle infrastrutture di stoccaggio del gas naturale e di rigassificazione del GNL.

Per queste ultime, anzi, in quanto operate in regime di sostanziale monopolio da imprese verticalmente integrate, una maggiore trasparenza non poteva che favorire lo sviluppo della concorrenza attraverso un accesso non discriminatorio.

L'Autorità ha sottolineato altresì che, ai sensi del REMIT lo stesso TSO (gestore della rete) era un operatore di mercato e che, pertanto, avrebbe dovuto essere soggetto ai medesimi obblighi di pubblicità riguardo allo stato della rete di trasmissione. Con particolare riferimento al TSO elettrico italiano, l'Autorità ha ritenuto che Terna avrebbe dovuto fornire in maniera tempestiva le informazioni privilegiate sia sulle indisponibilità di rete - ivi incluse le motivazioni degli eventuali lavori e le conseguenze in termini di forzata indisponibilità delle unità di generazione connesse alle porzioni di rete interessate - sia sui transiti, sia sui principali vincoli intrazonali, sia sulle misurazioni effettuate nei nodi pilota della rete (tensione, ecc.). La stessa tipologia di informazioni avrebbe dovuto essere messa a disposizione da SNAM Rete Gas Spa. Infine, l'Autorità ha concordato con la posizione espressa da ACER in merito alla preferibilità della pubblicazione centralizzata delle informazioni privilegiate, così da favorire la standardizzazione delle modalità di ottemperanza agli obblighi informativi del REMIT.

#### *MERCATO DELLA PRODUZIONE E VENDITA ALL'INGROSSO DI ENERGIA ELETTRICA*

Nel giugno 2012 l'Autorità, a seguito del ricevimento della relativa richiesta, ha trasmesso un parere ai sensi dell'articolo 22 della legge 287/90 al Dipartimento per le Politiche Comunitarie in ordine alla sussistenza dei presupposti di cui all'articolo 219 del decreto legislativo 163/2006, Codice dei Contratti Pubblici di Lavori, Servizi e Forniture, nell'ambito della procedura attivata dalla società EniPower Spa per l'esenzione dagli obblighi previsti dalla normativa sugli appalti. La Commissione europea, dopo un esame preliminare della domanda presentata da EniPower, aveva chiesto alle Autorità italiane di esprimere le proprie opinioni in merito alla sussistenza del requisito dell'esposizione alla concorrenza delle attività rispetto alle quali EniPower aveva presentato domanda di esenzione all'obbligo di gare per l'acquisto di beni e servizi, oltre che su una serie di questioni specifiche connesse al mercato della produzione e della vendita all'ingrosso di energia elettrica.

In particolare, la Commissione ha chiesto all'Autorità di pronunciarsi sulla possibilità di distinguere un mercato rilevante separato per la produzione di energia elettrica da fonte rinnovabile.

L'Autorità ha ritenuto che ciò non fosse possibile, alla luce sia del fatto che la produzione rinnovabile partecipa alla formazione del prezzo all'ingrosso sul Mercato del Giorno Prima in diretta concorrenza con la produzione da fonti fossili, sia del fatto che la maggior parte della produzione rinnovabile italiana è soggetta ai prezzi di mercato e non a prezzi amministrati.

Quanto alla valutazione della domanda di esenzione di Eni, l'Autorità ha osservato che qualunque fosse la definizione dell'estensione geografica del mercato rilevante adottata, il mercato della produzione e vendita all'ingrosso dell'energia elettrica risultava certamente "esposto alla concorrenza" e soddisfaceva quindi i requisiti richiesti per la concessione dell'esenzione. Il livello di concorrenza nei mercati della produzione e vendita all'ingrosso di energia elettrica era, infatti, cresciuto nel tempo. Enel Spa, pur rimanendo il maggior operatore a livello nazionale, aveva visto il suo ruolo ridimensionarsi sensibilmente, mentre erano contemporaneamente cresciuti operatori di rilievo quali Edison Spa, E.ON Italia Spa e la stessa EniPower, ed operatori di medie dimensioni come Sorgenia Spa, Tirreno Power Spa e EGL Spa. L'Autorità ha altresì ricordato come la recente rescissione dei legami tra Edison Spa e A2A Spa avesse portato alla creazione di due operatori completamente indipendenti, aumentando nettamente il grado di concorrenza del mercato all'ingrosso italiano. Tali conclusioni risultavano altresì confermate dall'analisi dei volumi venduti su MGP nel 2011, sia avendo riguardo agli indici di concentrazione CR3 e alla quota del primo operatore (ENEL) sia nella definizione dei mercati geografici seguita dalla prassi dell'Autorità (che prevedeva una macrozona Nord e una macrozona Sud), sia in base alla definizione alternativa proposta da EniPower (un unico mercato per l'Italia continentale).

#### *MECCANISMI DI PROMOZIONE PRODUZIONE DI ENERGIA DA FONTI RINNOVABILI E ASSIMILATE*

Nell'ottobre 2012 l'Autorità ha inviato, ai sensi dell'articolo 21 della legge 287/90, una segnalazione ai Ministeri dell'Economia e delle Finanze e dello Sviluppo Economico, nonché all'Autorità per l'energia elettrica e il gas, in merito ai possibili profili discriminatori contenuti nelle attuali modalità di ripartizione, sui grandi clienti elettrici, dei cosiddetti "oneri generali di sistema" (o componenti A della bolletta).

Il sistema attuale di ripartizione sui grandi clienti elettrici dei cosiddetti "oneri generali di sistema" prevede un meccanismo decrescente basato sui valori assoluti dei consumi di energia<sup>25</sup>. In particolare, gli oneri sono fatti gravare sui clienti serviti in bassa tensione non domestici (che non hanno agevolazioni) e su quelli in media tensione (che hanno un'esenzione totale al di sopra di consumi mensili eccedenti gli 8 Gwh, non frequenti per questo tipo di clienti), e meno sui grandi clienti in alta e altissima tensione. Come conseguenza, alcuni clienti allacciati ad alta e altissima tensione, caratterizzati da bassi livelli di consumi in termini assoluti ma da alta intensità energetica dei processi produttivi, possono subire discriminazioni derivanti dall'attuale sistema. Il fatto che per anni questa evidente discriminazione a danno delle piccole e medie imprese ad alta intensità energetica non abbia prodotto forti

<sup>25</sup> Cfr. articolo 3, comma 11, ultimo capoverso, del decreto legislativo n. 79 del 16 marzo 1999.

lamentele è da imputarsi all'incidenza tutto sommato limitata degli oneri generali sul costo totale dell'energia. L'esplosione della componente A3 tra il 2010 e il 2011 a seguito della forte crescita degli incentivi agli impianti fotovoltaici ha sicuramente reso molto più avvertito tale effetto discriminatorio.

L'Autorità per l'energia elettrica e il gas, nel mese di aprile del 2012, ha avviato una fase di ricognizione delle modalità di ripartizione sui grandi clienti elettrici dei cosiddetti “oneri generali di sistema”, finalizzata tra l'altro a individuare eventuali esigenze di modifica del quadro normativo (primario e secondario) vigente. È intervenuta anche una modifica della normativa primaria nel giugno 2012<sup>26</sup> che prevedeva che, con più decreti del Ministro dell'Economia e delle Finanze, di concerto col Ministro dello Sviluppo Economico, da emanare entro il 31 dicembre 2012, fossero definite le “imprese a forte consumo di energia”, in base a requisiti e parametri relativi a livelli minimi di consumo e incidenza del costo dell'energia sul valore dell'attività d'impresa.

In tale contesto di ridefinizione delle modalità di ripartizione degli oneri generali di sistema, l'Autorità ha dunque inteso segnalare alle amministrazioni competenti che tale processo, affinché abbia come risultato un meccanismo esente dai profili di discriminazione contenuti invece in quello attuale, debba necessariamente identificare le imprese energivore non più (o non solo) in virtù del livello assoluto dei consumi mensili di energia (con soglie di agevolazione o esenzione dopo il superamento di dati valori di consumo), ma utilizzando anche il concetto di intensità ritenuto idoneo a correggere eventuali distorsioni nella contribuzione tra imprese, di dimensioni assolute diverse ma con tassi di utilizzo di energia, sul valore della produzione, molto simili.

***PARERE AI SENSI DELL'ARTICOLO 22 DELLA LEGGE 10 OTTOBRE 1990, N. 287  
IN MATERIA DI “STRATEGIA ENERGETICA NAZIONALE”***

Nel dicembre 2012, l'Autorità ha trasmesso al Ministro dello Sviluppo Economico (di seguito MSE) e delle Infrastrutture e dei Trasporti un parere, ai sensi dell'articolo 22 della legge 287/90 (di seguito Parere) sul documento denominato “Strategia Economica Nazionale: per un'energia più competitiva e sostenibile” (di seguito SEN), predisposto dal MSE per consultazione pubblica e che stabilisce una serie di obiettivi<sup>27</sup> da perseguire attraverso sette priorità di intervento<sup>28</sup>.

<sup>26</sup> Cfr. articolo 39 del decreto-legge n. 83 del 22 giugno 2012 “Criteri di revisione del sistema delle accise sull'elettricità e sui prodotti energetici e degli oneri generali di sistema elettrico per le imprese a forte consumo di energia; regimi tariffari speciali per i grandi consumatori industriali di energia elettrica”.

<sup>27</sup> Tali obiettivi sono: i) ridurre il costo dell'energia per cittadini e imprese (in particolare con l'obiettivo di azzerare il differenziale di costo con i principali paesi europei); (ii) raggiungere e superare gli obiettivi ambientali definiti dal cosiddetto pacchetto 20/20/20 di direttive comunitarie; (iii) garantire la sicurezza energetica del Paese riducendo la dipendenza dall'estero; (iv) favorire la crescita sostenibile attraverso lo sviluppo del settore energetico.

<sup>28</sup> Esse sono: i) promozione dell'efficienza energetica; ii) promozione di un mercato del gas competitivo, integrato con l'Europa e con l'opportunità per l'Italia di divenire il principale hub sud-europeo; iii) sviluppo sostenibile delle energie rinnovabili anche superando gli obiettivi europei ma contenendo gli oneri conseguenti in bolletta; iv) sviluppo di un mercato elettrico pienamente integrato con quello europeo; v) ristrutturazione dell'industria nazionale della raffinazione e della distribuzione carburanti; vi) sviluppo sostenibile della produzione nazionale di idrocarburi; vii) modernizzazione del sistema di governance dell'energia con l'obiettivo di rendere più snelle e veloci le procedure decisionali.

L'Autorità ha ritenuto che alcune tra le linee di intervento individuate dal SEN avessero affinità con la propria sfera di competenze istituzionale, ovvero: *i*) la riforma della *governance* del comparto dell'energia; *ii*) la promozione di un mercato del gas competitivo unitamente al progetto di fare dell'Italia un *hub* sud europeo del gas; *iii*) il progetto di creare le condizioni per un mercato elettrico sempre più integrato con il resto d'Europa che sappia sfruttare l'attuale eccesso di capacità da fonte convenzionale (gas) anche in esportazione verso i paesi confinanti; *iv*) il progetto di razionalizzare l'industria della raffinazione e la rete di distribuzione carburanti.

In merito alla cosiddetta *governance* multilivello (Stato, Regioni, Province, Comuni, associazioni sul territorio, ecc.), attualmente prevalente nel comparto dell'energia, e ai costi derivanti dalla stessa, l'Autorità ha formulato una specifica segnalazione<sup>29</sup>. L'elevata conflittualità istituzionale tra poteri centrali e locali è, infatti, troppo spesso causa di ritardi e incertezze nei processi di autorizzazione delle infrastrutture energetiche ritenute necessarie allo sviluppo dei mercati.

L'Autorità ha in particolare osservato come, al di là del possibile uso dei cosiddetti poteri sostitutivi da parte del Governo centrale<sup>30</sup>, si debba riflettere sull'attuale struttura del titolo V della Costituzione e sull'opportunità di eventuali modifiche dello stesso, per risolvere le criticità emerse in questi anni. In particolare, essa ritiene che un disegno finalizzato a sottrarre l'energia dalle materie sottoposte alla legislazione concorrente per ricondurla tra le materie di competenza esclusiva dello Stato potrebbe essere coerente con l'obiettivo di creare un mercato dell'energia caratterizzato da diverse fonti di approvvigionamento liquido e, dunque, con prezzi decrescenti.

Per quel che concerne, invece, la proposta di fare dell'Italia un *hub* sud europeo del gas, essa potrebbe essere valida, ad avviso dell'Autorità, solo se coerente con l'obiettivo di riduzione dei prezzi del gas naturale. Pertanto, essa non dovrebbe presentarsi come un "progetto nazionale" (magari in opposizione a progetti simili, o a legittimi interessi, di altri paesi confinanti che potrebbero temere di venire spiazzati dal nostro) ma dovrebbe "imporsi" come un progetto europeo, derivante dal processo di creazione del "mercato unico" dell'energia.

Elemento necessario per la realizzazione del progetto dell'*hub* del gas è la previsione di una serie (limitata) di investimenti in nuove infrastrutture di importazione sia via tubo sia tramite rigassificatori di GNL. L'Autorità, al riguardo, richiamandosi a precedenti interventi<sup>31</sup>, ha auspicato che il Governo, nell'individuare le infrastrutture strategiche, come previsto dall'ar-

<sup>29</sup> Cfr. da ultimo AS988 "Proposte di riforma concorrenziale ai fini della legge annuale per il mercato e la concorrenza anno 2013", Bollettino n. 38/2012.

<sup>30</sup> Cfr. articolo 38 del decreto-legge 22 giugno 2012, n. 83.

<sup>31</sup> AS988, cit.

articolo 57 *bis* comma 1 del decreto-legge n. 5 del 2012: (i) effettui una rigorosa analisi dell'effettiva necessità di nuovi investimenti, al fine di escludere opere non indispensabili che finiscano per gravare eccessivamente sui consumatori finali e (ii) agisca in stretta coerenza con il processo di individuazione delle cosiddette infrastrutture di interesse comune europeo, ai sensi dell'emanando Regolamento del Parlamento e del Consiglio sulle infrastrutture energetiche. Inoltre, occorrerebbe creare un mercato del gas naturale organizzato efficiente e liquido. Al riguardo, si osserva che nel corso del 2012, complice l'eccesso di offerta di gas causato dalla congiuntura economica e il progressivo funzionamento del mercato del bilanciamento di recente costituzione, si è sviluppato anche in Italia uno spazio per scambi di partite di gas su base *spot* valorizzate al prezzo prevalente sul cosiddetto Punto di Scambio Virtuale (PSV). Inoltre, vi è stata una progressiva riduzione dello *spread* tra il prezzo al PSV e quello sui principali *hub* liquidi europei (in particolare TTF), che ancora per tutto il 2011 era molto più elevato della componente legata ai costi di trasporto. L'Autorità è chiaramente a favore di un modello nel quale si sviluppi sempre più un sistema di scambi di gas su base *spot* rispetto all'attuale prevalenza di contratti di lungo periodo (quasi sempre su base *take or pay*)<sup>32</sup>.

Per quanto riguarda, infine, l'elemento connesso all'incremento della capacità di stoccaggio, l'Autorità ha ricordato come alcune delle misure individuate nel 2009<sup>33</sup> possano costituire tuttora delle valide indicazioni<sup>34</sup>.

In merito alla possibilità di creare le condizioni per un mercato elettrico integrato in grado di sfruttare l'attuale eccesso di capacità da fonte convenzionale (gas) anche in esportazione verso i paesi confinanti, la SEN

<sup>32</sup> Le proposte contenute nella SEN auspicano una progressiva migrazione - nel mercato dell'approvvigionamento all'ingrosso - da contratti di lungo periodo (*take or pay* e generalmente indicizzati al prezzo di prodotti petroliferi) a contratti *spot* che possono risentire maggiormente delle condizioni congiunturali del mercato del gas (nella giusta prospettiva di pervenire nel più breve tempo possibile a una cosiddetta *gas to gas competition*). Sotto questo profilo l'impostazione contenute nella SEN appaiono coerenti con possibili sviluppi a medio termine relativi al mancato rinnovo di alcuni tra i contratti *take or pay* attualmente sottoscritti dai principali importatori italiani che avrebbe l'effetto di liberare completamente il gasdotto Tenp/Transitgas il cui proprietario Fluxys potrebbe pertanto dedicare esclusivamente al commercio di gas *spot* dagli *hub* europei (TTF, ecc.) in Italia (e viceversa dall'Italia verso il nord Europa). Si tratta di una situazione che, sotto un profilo concorrenziale, potrebbe effettivamente contribuire non poco alla riduzione "strutturale" del divario tra il prezzo europeo e quello italiano del gas naturale. Al tempo stesso, nella prospettiva della creazione dell'*hub* italiano prefissata dalla SEN, un gasdotto Tenp/Transitgas completamente privo di diritti di transito legati a contratti di lungo periodo faciliterebbe la realizzazione di operazioni di controflusso (sud-nord).

<sup>33</sup> IC38 Mercato Dello Stoccaggio del Gas Naturale, provvedimento n. 19925 del 28 maggio 2009 in Bollettino n. 21/2009.

<sup>34</sup> Si tratta, da un lato, di indicazioni relative a: il processo di raccolta delle informazioni sui giacimenti in via d'esaurimento convertibili in stoccaggio; le procedure di gara e di selezione delle offerte che deve seguire il MSE nella individuazione dei concessionari dei nuovi siti di stoccaggio; lo snellimento delle procedure burocratiche per il rilascio della concessione e delle autorizzazioni. D'altro canto sempre nelle conclusioni dell'Indagine Conoscitiva sullo Stoccaggio, l'Autorità aveva anche favorevolmente valutato sia la creazione e lo sviluppo dei mercati organizzati per il bilanciamento e per la *commodity* gas, sottolineandone gli effetti positivi anche sulla disponibilità di flessibilità, sia il passaggio a una allocazione della capacità di stoccaggio attraverso meccanismi di mercato (rispetto agli attuali meccanismi che vedono l'allocazione prioritaria ai soggetti che vendono gas ad usi domestici).

analizza il mercato elettrico italiano individuando alcune criticità che si traducono in un maggior costo dell'energia per gli utilizzatori italiani, sia domestici che industriali<sup>35</sup>. Tuttavia l'Autorità ha rilevato come la SEN non abbia fornito risposte adeguate sul tema del mix tecnologico. Infatti, secondo tale documento programmatico, nel 2020, l'energia elettrica italiana dovrebbe essere prodotta per lo più da gas naturale ed energia rinnovabile. Quest'ultima dovrebbe coprire il 38% del fabbisogno elettrico, rispetto all'attuale 27% circa, mentre il gas dovrebbe coprire un ulteriore 38%, rispetto all'attuale 45%, con il restante 24% coperto da carbone (14%) e import (10%). Ad avviso dell'Autorità tale integrazione produttiva non lascia tuttavia prevedere una sostanziale riduzione del prezzo (assoluto) dell'energia elettrica in Italia, a meno di non ottenere risultati straordinari sul fronte della discesa del prezzo del gas naturale.

L'Autorità condivide l'obiettivo, considerato nella SEN strategico, di rendere competitivo sui mercati esteri l'attuale surplus di potenza convenzionale del parco elettrico italiano. Tale obiettivo richiede tuttavia un intervento sui costi del sistema (anche in termini di modulazione del peso della incentivazione della produzione da fonti rinnovabili) e sulla rete di trasmissione, per eliminare tutti gli ostacoli e rendere possibile ed economicamente conveniente l'eventuale sviluppo delle esportazioni di energia elettrica dall'Italia verso i Paesi confinanti. Tale sviluppo sarebbe, infatti, in grado di mitigare i problemi di sovracapacità produttiva (che tendono sempre di più a gravare sui bilanci delle società di generazione elettrica) e consentirebbe di sollevare la collettività dai costi del mantenimento in funzione della capacità termoelettrica, spiazzata sul mercato dalla sempre maggiore capacità, non programmabile, da fonte rinnovabile, ma ritenuta ciò nondimeno necessaria per garantire la sicurezza di funzionamento della rete proprio per i possibili sbilanciamenti derivanti dalla sempre maggiore presenza di capacità rinnovabile. Per quel che concerne il completamento della rete di trasmissione elettrica, l'Autorità ha sottolineato nuovamente l'importanza<sup>36</sup>, anche sotto

<sup>35</sup> In estrema sintesi si individuano quattro motivi per l'esistenza di valori di prezzi dell'energia elettrica più alti della media europea:

- il mix di input utilizzati per la generazione elettrica, principalmente basato su gas e rinnovabili e che si differenzia notevolmente da quello della media europea per l'assenza di nucleare e la bassa incidenza di carbone, che possono offrire costi inferiori;
- prezzi all'ingrosso del gas che hanno determinato nel 2011 un incremento di circa 10-12 euro/MWh sui costi della produzione elettrica di una centrale CCGT rispetto ad analoga produzione europea;
- incentivi alla produzione rinnovabile elettrica, che dovrebbero ammontare a 12,5 miliardi di euro nel 2012 e incidere per quasi il 20% della bolletta elettrica totale (escluse imposte);
- inefficienze e colli di bottiglia nella rete (con un sovra-costi stimato di circa 500 milioni di euro/anno per il sistema), come ad esempio quelli tra le isole e il continente, che determinano ancora un significativo differenziale di prezzo tra continente e Sicilia, oppure le strozzature tra il Centro e il Sud Italia, che possono limitare il potenziale di produzione rinnovabile.

<sup>36</sup> Cfr. AS901 "Proposte di riforma concorrenziale ai fini della legge annuale per il mercato e la concorrenza - ANNO 2012" in Bollettino n. 51/2011.

il profilo concorrenziale, del potenziamento della rete di trasmissione e della risoluzione delle congestioni, anche attraverso l'efficace e rigorosa applicazione della norma (articolo 36 del d.lgs. 93/2011) che prevede, nel rispetto del principio di separazione proprietaria tra la trasmissione e la generazione elettrica, un sistema di pianificazione degli investimenti del gestore di rete Terna Spa e di controllo da parte dell'AEEG. Al riguardo, l'Autorità ha sottoposto al parere del MSE la possibilità che la SEN individui anche eventuali misure di penalizzazione, attuabili poi dall'AEEG, dei ricavi di Terna, qualora le opere previste non entrino in funzione nei tempi prospettati.

Con riferimento, infine, al mercato *retail* dell'energia e agli strumenti di tutela per singole categorie di clientela (domestico, PMI), l'Autorità ha ribadito quanto già affermato nella propria segnalazione di inizio 2012<sup>37</sup> in merito all'importanza di studiare modalità di progressivo abbandono dei regimi di tutela attualmente previsti per la vendita finale di energia elettrica e gas naturale e/o il loro confinamento alle utenze effettivamente vulnerabili, così che siano le forze di mercato a garantire equità ed efficienza ai prezzi per le altre tipologie di utenza.

In relazione alle misure proposte nella SEN per la razionalizzare del settore della raffinazione, l'Autorità ha affermato che qualsiasi iniziativa di ristrutturazione del settore (che decida quali raffinerie chiudere e che eventualmente preveda degli incentivi alla chiusura), a livello nazionale o europeo, dovrebbe essere discussa con le competenti Autorità di concorrenza (europee e/o nazionali), dal momento che si tratterebbe in ogni caso di un'intesa restrittiva della concorrenza da valutare eventualmente - ove ne ricorrano i presupposti - ai sensi dell'articolo 101(3) TFUE. Inoltre l'Autorità ha invitato il MSE a riflettere con attenzione sulla reale necessità di introdurre misure di stampo protezionistico come quelle sui vincoli al rispetto degli standard ambientalistici prefigurate nella SEN (cosiddetta "green label"), che avrebbero il notevole costo, ostacolando le importazioni extra europee, di rallentare un processo che potrebbe trasformare la crisi del sistema nazionale della raffinazione in una opportunità di riorganizzazione su basi più dinamiche e concorrenziali dell'intera filiera dei carburanti per autotrazione (anche grazie a un deciso avvio della piattaforma della logistica e del mercato organizzato dei prodotti finiti).

Con riferimento al tema della ristrutturazione della rete carburanti, le iniziative che la SEN ritiene siano da avviare in questo settore mirano a rendere il mercato dei carburanti più concorrenziale e a incidere sul livello dei prezzi, rafforzando la tutela dei consumatori, la trasparenza dei prezzi e la qualità del servizio offerto. Si tratta in buona sostanza di una serie di

---

<sup>37</sup>AS901 cit.

misure che sono in larga parte attuative di norme introdotte con il decreto-legge in materia di liberalizzazioni 1/2012<sup>38</sup>. Assume invece rilievo autonomo l'obiettivo, contenuto nella SEN, di istituire - nell'ambito del decreto legislativo di recepimento della direttiva sulle scorte - un mercato all'ingrosso dei carburanti, cioè un embrione di "borsa dei carburanti" e una piattaforma centralizzata della logistica, dove potranno anche rifornirsi gli operatori e i gestori indipendenti. In merito al tema della attuazione delle misure previste nel decreto-legge 1/2012, l'Autorità ha rinnovato l'auspicio che il processo di liberalizzazione dell'attività venga completato e rafforzato con l'adozione di norme chiare e non soggette a interpretazioni che eliminino ogni tipo di obbligo asimmetrico a carico dei nuovi entranti con riferimento alle caratteristiche dell'impianto che si intende realizzare, che prevedano la possibilità di aprire impianti totalmente automatizzati (anche all'interno di centri urbani e senza alcuna distinzione tra modalità *pre* e *post pay*), che superino le attuali limitazioni alla tipologia di prodotti *non-oil* che possono essere venduti negli impianti di distribuzione carburanti.

### Distribuzione dei carburanti

#### MISURE PER LA CONOSCIBILITÀ DEI PREZZI DEI CARBURANTI

Nel maggio 2012 l'Autorità ha trasmesso una segnalazione ai sensi dell'articolo 21 della legge 287/90 al Presidente del Consiglio e al Ministro dello Sviluppo Economico e delle Infrastrutture e dei Trasporti per ribadire l'importanza di istituire un servizio di raccolta e pubblicazione dei prezzi praticati in ciascun punto vendita di carburanti per auto-trazione d'Italia, alla stregua di quanto avviene in numerosi paesi europei e di quanto già previsto dall'articolo 51 della legge n. 99 del 2009.

L'Autorità ha ricordato *in primis* che la pubblicazione dei prezzi praticati alla pompa per singolo punto vendita costituiva un elemento di forte stimolo concorrenziale nel settore della distribuzione carburante. La mancata realizzazione di una banca dati istituzionale, che raccogliesse e pubblicizzasse i prezzi praticati da tutti gli impianti presenti sul territorio, rappresentava

<sup>38</sup> Incremento della modalità di erogazione self-service e rimozione di molti vincoli sulle attività non-oil; miglioramento della comunicazione e della trasparenza dei prezzi dei carburanti all'utente; progressiva eliminazione del vincolo dell'esclusiva, introducendo la possibilità per i gestori, che sono anche titolari dell'autorizzazione petrolifera, di svincolarsi per il 50% dal vincolo di esclusiva e quindi di rifornirsi direttamente sul mercato all'ingrosso; divieto per le normative regionali di imporre, per i nuovi impianti, obblighi di presenza di alcuni carburanti (GPL o metano autotrazione), laddove tali obblighi comportino oneri di tipo economico o laddove sussistano ostacoli tecnici sproporzionati alla finalità della diffusione di tali tipi di carburanti; implementazione delle misure per la chiusura degli impianti cosiddetti "incompatibili" alle norme urbanistiche, al codice della strada, ecc.; ri-finanziamento del Fondo per la razionalizzazione della rete dei carburanti, ampliandone la destinazione anche ai contributi per i costi ambientali di ripristino dei luoghi a seguito di chiusura degli impianti; introduzione di nuove tipologie contrattuali per regolare i rapporti tra Compagnie petrolifere, retisti e gestori degli impianti di distribuzione carburanti; possibilità per i titolari ed i gestori dei punti vendita di riscattare l'impianto, anche consorziandosi o associandosi, in modo da far aumentare il numero delle pompe bianche e dei retisti.

dunque un elemento di ostacolo a un maggiore sviluppo delle dinamiche concorrenziali nel settore. Ciò, ancor più considerando che, dal 2007, a seguito degli impegni assunti dalle società petrolifere nei confronti dell'Autorità nell'ambito del procedimento 1681, non esistono più prezzi consigliati unici a livello nazionale ed è invalsa la prassi delle principali società petrolifere di effettuare campagne di sconto sulla modalità di erogazione *self-service*.

In un contesto del genere, l'Autorità ha osservato che i benefici per i consumatori finali, in termini di riduzione delle asimmetrie informative e dei costi di ricerca derivanti da una grande banca dati istituzionale sarebbero maggiori degli eventuali costi, in termini di incentivi alla collusione da parte dei singoli gestori degli impianti, che potrebbero discendere dalla maggiore trasparenza in tal modo creata. L'Autorità ha auspicato, pertanto, che si procedesse alla pronta realizzazione di quanto previsto dal 2009 in materia di trasparenza dei prezzi praticati alla pompa a livello di singolo impianto.

Quanto alla previsione, di cui al comma 2 dell'articolo 51 della legge 99/2009, secondo cui la realizzazione del sistema di comunicazione e pubblicizzazione dei prezzi sarebbe dovuta avvenire senza “*nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica*”, l'Autorità ha ricordato come un esame di esperienze analoghe in paesi esteri fornisce utili elementi per ipotizzare sinergie tra pubblica amministrazione e imprese private attive nell'offerta di servizi informativi sui prezzi ai consumatori.

### Telecomunicazioni

#### *SCHEMI DEI DECRETI LEGISLATIVI VOLTI A MODIFICARE IL CODICE DELLE COMUNICAZIONI ELETTRONICHE E IL CODICE PER LA PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI*

Nel febbraio 2012, l'Autorità, a seguito della relativa richiesta, ha inviato al Ministro dello Sviluppo Economico e delle Infrastrutture e dei Trasporti il proprio parere ai sensi dell'articolo 22 della legge 287/90 in merito agli “*Schemi dei decreti legislativi volti a modificare il Codice delle comunicazioni elettroniche di cui al Decreto Legislativo 1 agosto 2003, n. 259 e successive modificazioni, e il Codice per la protezione dei dati personali, di cui al Decreto Legislativo 30 giugno 2003, n. 196, in attuazione del recepimento della direttiva 2009/140/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio*”.

In relazione al Codice delle comunicazioni elettroniche, l'Autorità ha valutato positivamente il conferimento all'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni (AGCom) del potere di imporre, al ricorrere di determinate condizioni, alle imprese verticalmente integrate di collocare le attività relative alla fornitura all'ingrosso di prodotti di accesso alle reti in un'entità commerciale operante in modo indipendente (cosiddetta separazione funzionale). Stesso giudizio positivo è stato espresso per l'introduzione di una specifica disciplina per la valutazione degli effetti derivanti dall'adozione di forme di separazione volontaria da parte di un'impresa verticalmente integrata.

In considerazione della cruciale importanza delle valutazioni di ordine concorrenziale, l'Autorità ha tuttavia evidenziato la necessità di prevedere, in entrambi i casi citati, una specifica preventiva consultazione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato in relazione alle previste misure di separazione.

Nell'ambito delle disposizioni concernenti la coubicazione e la condivisione di elementi della rete e risorse correlate per i fornitori di reti di comunicazione elettronica, partendo dall'assunto secondo cui una condivisione migliore delle strutture può migliorare significativamente la concorrenza, l'Autorità ha ritenuto necessario specificare che il Ministero e l'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni, nell'adottare i provvedimenti di loro competenza, avrebbero dovuto tenere nella massima considerazione la salvaguardia del corretto funzionamento della concorrenza.

Inoltre, con particolare riferimento alle disposizioni in materia di spettro radio, rivestiva una significativa importanza sotto il profilo concorrenziale l'introduzione nell'ordinamento italiano dei principi di neutralità tecnologica e dei servizi e, in associazione all'applicazione di tali principi, il trasferimento di frequenze tra operatori. L'Autorità ha osservato, tuttavia, che vincolare il trasferimento tra soggetti che utilizzano la frequenza avvalendosi di un'analogia tecnologica appariva in contrasto con il principio di neutralità tecnologica. Di conseguenza, ha auspicato che venisse sostituito il riferimento all'analogia *tecnologia* con il richiamo a che il trasferimento dei diritti d'uso delle frequenze avvenisse nel rispetto delle eventuali deroghe al principio di neutralità adottate ai sensi dei commi 3 e 4 del novellato articolo 14. Inoltre, poiché il vincolo del trasferimento a soggetti già in possesso di un titolo autorizzatorio avrebbe limitato l'ingresso di nuovi entranti nei mercati per i quali lo spettro radio costituisce un input essenziale, l'Autorità ha auspicato l'eliminazione del riferimento a operatori già autorizzati, suggerendo di prevedere esplicitamente che, in caso di un operatore nuovo entrante, la verifica della sussistenza dei requisiti necessari per l'ottenimento dell'autorizzazione generale di operatore di comunicazioni potesse effettuarsi nell'ambito della stessa procedura volta al rilascio del nulla osta alla cessione dei diritti individuali d'uso, di cui ai nuovi commi 5 e 6 dell'articolo 14 *ter*.

In merito alla citata procedura di nulla osta, per favorire una maggiore efficienza del mercato del *frequency trading*, l'Autorità ha considerato necessario prevedere che la verifica che la concorrenza non fosse falsata in occasione di un trasferimento del diritto d'uso delle frequenze venisse rimessa alla sola Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, a seguito di una diretta consultazione da parte del Ministero; inoltre, ha ritenuto altresì necessario prevedere espressamente la pubblicazione del nulla osta del Ministero e dei pareri sui quali esso era fondato, per rispondere a esigenze di trasparenza.

Sempre in materia di spettro radio, l'Autorità ha rilevato che il testo del nuovo Codice stabiliva che la possibilità di trasferire o affittare diritti d'uso individuali di radiofrequenza non si applicava nei casi in cui il diritto individuale dell'impresa fosse stato inizialmente ottenuto a titolo gratuito, per evitare di determinare un ingiusto arricchimento in capo ad alcuni operatori, con conseguenti criticità sia sotto il profilo dell'equità che della distribuzione delle risorse. Tuttavia, non consentire il trasferimento dei diritti d'uso in caso di assegnazione gratuita avrebbe ridotto significativamente gli spazi per lo sviluppo del *trading* di frequenze con un conseguente impatto significativo sotto il profilo della concorrenza, cristallizzando ulteriormente la struttura del mercato dei servizi di diffusione radiotelevisiva. In considerazione di ciò, l'Autorità ha allora suggerito di introdurre strumenti normativi e/o regolamentari idonei a garantire un utilizzo effettivo e completo della frequenza, limitando il rischio che gli operatori, non incentivati dal costo opportunità connesso al *trading* di frequenze, utilizzassero in maniera inefficiente le frequenze. In alternativa, se la costante verifica a livello regolatorio di un pieno ed effettivo utilizzo della risorsa frequenziale fosse stata ritenuta troppo onerosa o poco efficace, l'Autorità ha invitato a prendere in considerazione la rimozione del divieto al trasferimento dei diritti inizialmente assegnati a titolo gratuito di cui all'articolo 14-ter, comma 4, accompagnata tuttavia da misure idonee a risolvere i problemi di equità e di ingiusto arricchimento.

In relazione, infine, al Codice per la protezione dei dati personali, l'Autorità ha proposto delle modifiche limitatamente all'articolo 122 "*Informazioni raccolte nei riguardi dell'abbonato o dell'utente*", essendo idoneo ad avere un impatto sulla concorrenza con riferimento in particolare al mercato della raccolta pubblicitaria online.

L'interpretazione letterale di tale disposizione avrebbe implicato l'introduzione nel nostro ordinamento di un regime di cosiddetto *opt-in*, basato sull'obbligo di acquisire il consenso preliminare dell'utente prima della ricezione e installazione di ciascun *cookie*. Tale lettura, tuttavia, era in contrasto con l'effettivo intento perseguito dal legislatore comunitario nella disciplina dei *cookie*, tesa a garantire che l'abbonato o l'utente sia "*informato preliminarmente*" in merito al trattamento dei dati, ma che non richiede un "*consenso preliminare*" per ogni ricezione ed installazione di *cookie*.

In considerazione di ciò, l'Autorità ha auspicato l'adozione di un sistema misto di *opt-in* e *opt-out* come modalità alternative di espressione del consenso informato dell'interessato, possibilmente basato sulle impostazioni del *browser*, per consentire ai soggetti operanti sul mercato dell'informazione e della pubblicità online di svolgere la propria attività a condizioni pressoché invariate e, al contempo, per assicurare un alto livello di tutela per gli interessati.

## Editoria

### REVISIONE DEL REGOLAMENTO SULLA SEMPLIFICAZIONE E RIORDINO DELL'EROGAZIONE DEI CONTRIBUTI ALL'EDITORIA

Nel maggio 2012 l'Autorità ha espresso alcune considerazioni ai sensi dell'articolo 21 della legge 287/90, al Sottosegretario di Stato alla Presidenza del Consiglio dei Ministri con delega all'informazione, la comunicazione, l'editoria e il coordinamento amministrativo, in merito al decreto del Presidente della Repubblica 25 novembre 2010, n. 223 *“Regolamento recante semplificazione e riordino dell'erogazione dei contributi all'editoria, a norma del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112, convertito, con modificazioni, dalla legge 6 agosto 2008, n. 133”*. In materia, il decreto-legge 6 dicembre 2011 n. 201 - *Disposizioni urgenti per la crescita, l'equità, e il consolidamento dei conti pubblici* (convertito con legge n. 214 del 22 dicembre 2011), ha previsto, all'articolo 29, comma 3, che il sistema di contribuzione diretta di cui alla legge 7 agosto 1990, n. 250 cessi alla data del 31 dicembre 2014, con riferimento alla gestione 2013, allo scopo di *“contribuire all'obiettivo del pareggio di bilancio entro la fine dell'anno 2013”*. Lo stesso comma ha demandato al Governo il compito di rivedere il suddetto Regolamento al fine di conseguire il *“risanamento della contribuzione pubblica, una più rigorosa selezione dell'accesso alle risorse, nonché risparmi nella spesa pubblica”*.

In vista di tale revisione, l'Autorità ha segnalato alcune alterazioni concorrenziali derivanti dai vigenti criteri per il calcolo dei contributi pubblici da erogare alle imprese beneficiarie e dalla concessione di contributi in caso di vendita congiunta di testate locali e nazionali.

Più specificamente, l'Autorità ha osservato che l'attuale sistema di calcolo dei contributi diretti, che prevede il riferimento ai costi e, in misura variabile, alla distribuzione delle copie, non rappresentava un incentivo per il suo beneficiario a perseguire la massima efficienza limitando le spese. Il meccanismo è suscettibile, infatti, di alimentare una dinamica autoespansiva dei costi, potendo incentivare le imprese beneficiarie a incrementare i propri costi fino ai limiti delle soglie consentite. Secondo l'Autorità, il parametro di quantificazione dei contributi diretti avrebbe potuto piuttosto essere rappresentato da un indicatore dell'apporto che ciascuna testata è in grado di fornire al pluralismo, quale, ad esempio, il valore delle vendite, come indice del numero di persone interessate ad acquistare la testata alle condizioni di prezzo praticate, tenendo eventualmente conto anche della struttura dell'impresa coinvolta (con l'adozione di parametri quali, ad esempio, il numero di giornalisti impiegati).

Con riferimento poi alla concessione di contributi in caso di vendita congiunta di testate locali e nazionali, l'Autorità ha rilevato che, in presenza di un sistema di sostentamento pubblico all'editoria, la vendita congiunta poteva creare un duplice effetto distorsivo. In primo luogo, l'incremento della distribuzione della testata locale, conseguente alla vendita in abbinamento

alla testata nazionale, comporta un innalzamento del contributo pubblico al quotidiano locale, determinando un forte svantaggio competitivo per le altre testate locali, la cui diffusione non fruisce della spinta di un giornale nazionale e, conseguentemente, di un contributo pubblico altrettanto significativo. In secondo luogo anche i quotidiani nazionali concorrenti possono risentire indirettamente della descritta forma di sussidio: il quotidiano nazionale che non dispone di pagine locali risente chiaramente, in termini concorrenziali, dei benefici che un editore nazionale concorrente può trarre dalla vendita congiunta del proprio quotidiano con uno locale, destinatario del contributo pubblico. In tal caso la distorsione della concorrenza risiede nel fatto che il prezzo della vendita abbinata potrà risultare competitivo anche grazie alla circostanza che parte dei costi dell'editore locale risultano già coperti dallo Stato.

In considerazione di ciò, l'Autorità ha osservato che nel nuovo Regolamento avrebbe potuto prevedersi che, nel computo delle vendite per la quantificazione dei contributi pubblici da erogare alle imprese beneficiarie, fossero espressamente escluse le vendite di testate locali realizzate in abbinamento con testate nazionali. Tale soluzione non avrebbe privato completamente i quotidiani locali della possibilità di avvalersi di un efficace strumento di distribuzione commerciale, quale la vendita in abbinamento a quotidiani nazionali, né avrebbe escluso per questi ultimi il vantaggio di entrare su nuovi mercati locali. Nondimeno, lo scomputo delle vendite in abbinamento dalla base su cui calcolare il contributo pubblico erogabile al quotidiano locale avrebbe consentito una più equa distribuzione del sostegno statale, che tenga conto delle finalità di tutela del pluralismo e dell'informazione, sottese alla normativa sui contributi all'editoria.

### Servizi postali

#### *MODALITÀ DI AFFIDAMENTO DI SERVIZI POSTALI DA PARTE DELLE PUBBLICHE AMMINISTRAZIONI*

Nell'aprile 2012 l'Autorità ha formulato le proprie osservazioni ai sensi dell'articolo 22 della legge 287/90 al Ministro dello Sviluppo Economico e delle Infrastrutture e dei Trasporti, al Ministro per la Pubblica Amministrazione e per la Semplificazione, al Presidente dell'ANCI - Associazione Nazionale Comuni Italiani, e al Presidente della Conferenza permanente per i rapporti tra Stato-Regioni e le Province Autonome di Trento e Bolzano in ordine alle problematiche concorrenziali connesse alle modalità di affidamento dei servizi postali prescelte dalle pubbliche amministrazioni appaltanti.

L'Autorità ha evidenziato alcuni comportamenti utili per implementare la concorrenza nel settore dei servizi postali, segnalando al contempo le criticità emerse dall'analisi di alcuni bandi di gara.

Con riferimento ai servizi di recapito, quasi totalmente liberalizzati, l'Autorità ha auspicato che le stazioni appaltanti utilizzassero lo strumento della gara per selezionare il recapitista migliore anche nei settori nei quali

vigeva, fino al 31 dicembre 2010, la riserva a favore di Poste Italiane Spa. Ciò avrebbe potuto determinare sensibili benefici sul fronte dell'assetto concorrenziale del mercato, nonché risparmi di spesa e miglioramenti del servizio.

In relazione al mercato dei servizi a monte del recapito, l'Autorità ha riscontrato che spesso le stazioni appaltanti, nella predisposizione dei bandi di gara, adottavano scelte che limitavano ingiustificatamente la partecipazione dei consolidatori agevolando, invece, i grandi operatori integrati verticalmente come Poste Italiane. In particolare, alcune Pubbliche Amministrazioni bandivano gare per l'affidamento del servizio di stampa e imbustamento in abbinamento con il servizio di recapito, nonostante vi fosse una netta distinzione dal punto di vista tecnico ed economico tra le attività che si collocano a monte del recapito e il recapito stesso. Tale pratica determinava una limitazione alla partecipazione alle gare per gli operatori attivi esclusivamente sul mercato a monte del recapito, i quali non potevano partecipare individualmente a gare così strutturate e dovevano, perciò, presentare offerta in associazione temporanea di imprese (ATI) con società attive nel mercato del recapito.

L'Autorità ha rilevato, tuttavia, che le più importanti gare pubbliche avevano ad oggetto servizi di recapito estesi a tutto il territorio nazionale. Ciò determinava una forte restrizione dal lato dell'offerta anche per il mercato del recapito in quanto solo pochi operatori erano in grado di fornire servizi di recapito a livello sovra-regionale e solo Poste Italiane era in grado di garantire una copertura totale del territorio italiano. Quest'ultima, in quanto società verticalmente integrata, era in grado di presentare un'offerta completa sia dei servizi a monte che dei servizi di recapito, riducendo, così, drasticamente anche le possibilità, per i consolidatori, di costituire un'ATI, in virtù del divieto previsto dall'articolo 37 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163<sup>39</sup>. Ciò comportava inevitabilmente che, ove alla gara partecipasse un grande recapitista proponendo un'offerta integrata, non poteva partecipare anche in ATI con i consolidatori.

L'Autorità ha ritenuto che siffatti ostacoli alla concorrenza, mentre privavano i consolidatori della fetta di domanda rappresentata dai servizi alla P.A., non risultavano giustificati da particolari ragioni di efficienza ed economicità per la stessa P.A.

Un ulteriore elemento che pregiudicava la partecipazione dei consolidatori alle gare bandite dalla P.A. era costituito dall'importo sproporzionato della fideiussione richiesto dalle stazioni appaltanti a garanzia della corretta esecuzione del servizio. Tale importo, spesso, veniva commisurato al valore dei servizi di recapito che era di gran lunga superiore rispetto ai servizi di

---

<sup>39</sup> L'art. 37, comma 7, del d. lgs. n. 163/06 prevede il divieto per i concorrenti "di partecipare alla gara in più di un raggruppamento temporaneo o consorzio ordinario di concorrenti, ovvero di partecipare alla gara anche in forma individuale qualora abbia partecipato alla gara medesima in raggruppamento o consorzio ordinario di concorrenti".

stampa e imbustamento. Tale pratica risultava fortemente restrittiva per il mercato dei servizi a monte, in considerazione del fatto che i consolidatori, spesso costituiti da piccole e medie imprese, non riuscivano a sostenere i costi relativi a una fideiussione sproporzionata rispetto al servizio da eseguire.

Infine, dall'analisi di alcuni bandi di gara l'Autorità ha riscontrato la presenza di una richiesta di anticipazione degli oneri di affrancatura a carico del consolidatore, la quale costituiva una preclusione concorrenziale difficilmente superabile, al pari della fideiussione. L'Autorità ha auspicato che le P.A. strutturassero il bando escludendo l'anticipazione degli oneri di affrancatura attraverso la scelta di servizi di recapito che non contemplano tale onere, quale, ad esempio, il servizio di Posta Massiva di Poste Italiane, il quale, a determinate condizioni, era accessibile senza oneri di anticipazione, a seguito del procedimento A438 chiuso dall'Autorità nel marzo 2012.

## **Intermediazione monetaria e finanziaria**

### **Servizi assicurativi**

#### **AFFIDAMENTO DEI SERVIZI ASSICURATIVI E DI INTERMEDIAZIONE ASSICURATIVA**

Nel settembre 2012 l'Autorità ha svolto talune considerazioni ai sensi dell'articolo 22 della legge 287/90, con riferimento alla consultazione promossa dall'Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici di Lavori, Servizi e Forniture (in seguito AVCP), in merito alle questioni interpretative concernenti l'affidamento dei servizi assicurativi e di intermediazione.

L'Autorità ha richiamato gli orientamenti espressi nel corso degli anni sui mercati assicurativi, introducendo ulteriori chiarimenti in merito alle modalità di affidamento dei servizi assicurativi e di brokeraggio, dando così conto di alcune problematiche emerse nell'analisi delle denunce pervenute negli ultimi anni. Deve sottolinearsi, infatti, che, se da un lato si è osservata una maggior diffusione, rispetto al passato, dell'utilizzo di procedure di evidenza pubblica per l'affidamento dei servizi assicurativi e di brokeraggio assicurativo, dall'altro risultano ancora presenti criticità concorrenziali spesso collegate alle procedure di acquisizione adottate e alla redazione dei bandi di gara.

In quest'ottica, l'Autorità ha segnalato, in particolare, i seguenti temi:

a) la necessità di predisporre set informativi che consentano di valutare compiutamente il rischio da assumere e formulare offerte competitive al fine di limitare il fenomeno delle gare deserte e delle proroghe. Al fine di favorire la massima partecipazione delle imprese assicurative alle gare per l'affidamento di servizi assicurativi bandite dalla P.A. si ritiene necessario implementare dei sistemi idonei a garantire l'accesso alle informazioni rilevanti a tutte le imprese assicurative interessate su un piano di pari opportunità. Tali informazioni, depurate degli elementi sensibili ai fini della tutela della privacy, dovrebbero essere rese facilmente accessibili al pub-

- blico, anche, ad esempio, attraverso la loro pubblicazione su siti Internet. Tale pratica, oltre a evitare che le informazioni rilevanti sul rischio rimangano nell'esclusiva disponibilità dell'impresa assicuratrice o dell'intermediario che gestisce lo stesso, potrebbe innescare meccanismi di trasparenza che favorirebbero una migliore gestione del rischio con conseguente maggior appetibilità dello stesso per le compagnie assicurative interessate;
- b) l'opportunità di utilizzare forme di affidamento con bandi più flessibili e disciplinare con attenzione la clausola di recesso per aumento della sinistrosità nell'ambito dei contratti assicurativi.

In merito alle forme di affidamento utilizzate dalla P.A., si ritiene che l'adozione di modelli procedurali che prevedano un contributo alla definizione della polizza da parte delle compagnie assicurative - quali il dialogo competitivo e la possibilità di proporre varianti progettuali in sede di offerta - possa utilmente contribuire ad implementare la concorrenza nell'ambito delle gare per i servizi assicurativi. In quest'ottica, anche al fine di evitare l'utilizzo di tali clausole in chiave anticoncorrenziale, le stesse, ove ritenute indispensabili per la costruzione del contratto assicurativo, dovrebbero essere delimitate attraverso l'introduzione di parametri, quali ad esempio la fissazione di un numero minimo di sinistri necessario per effettuare il recesso anticipato, che consentano di contemperare le esigenze dell'impresa a reagire all'aggravamento del rischio (articolo 1898 c.c.) con quelle della P.A. alla certezza della fornitura del servizio assicurativo;

- c) la necessità di rispettare il principio di proporzionalità nell'ambito della scelta dei requisiti dei partecipanti alle gare assicurative e di brokeraggio;
- d) le problematiche relative al ricorso al RTI e, con specifico riferimento agli affidamenti dei servizi assicurativi, le criticità emerse con riguardo all'utilizzo della coassicurazione;
- e) la necessità di rispettare le forme di pubblicità della gara al fine di consentire a tutti gli interessati di partecipare alla competizione;
- f) la valutazione dell'offerta nell'ambito dell'affidamento del servizio di brokeraggio.

### ***Servizi finanziari e credito***

#### ***INTRODUZIONE DI UNA DIFFERENTE FORMA DI TASSAZIONE PER I COSIDDETTI CONTI DEPOSITO, I LIBRETTI DI RISPARMIO E I CONTI CORRENTI***

Nel maggio del 2012, l'Autorità ha segnalato al Parlamento ed al Governo, ai sensi dell'articolo 21 della legge 287/90, talune distorsioni concorrenziali conseguenti all'introduzione di una forma di tassazione per i cosiddetti conti deposito, per i libretti di risparmio e i conti correnti, avvenuta ad opera dell'articolo 8, comma 13, del decreto-legge 2 marzo 2012, n. 16, convertito, con modificazioni, nella legge 26 aprile 2012, n. 44 "Disposizioni urgenti in materia di semplificazioni tributarie, di efficientamento e potenziamento delle procedure di accertamento".

In particolare, il decreto-legge n. 16/2012 ha introdotto una nuova imposta di bollo sulle comunicazioni periodiche alla clientela relative a prodotti finanziari, anche non soggetti ad obbligo di deposito, ivi compresi i depositi bancari e postali. Tale disposizione ha novellato l'articolo 13 della Tariffa allegata al decreto del Presidente della Repubblica 26 ottobre 1972, n. 642, contenente "Disciplina dell'imposta di bollo". In seguito alla novella legislativa vengono differenziate forme di risparmio uguali (libretto di deposito e conto deposito, storicamente assoggettate alla medesima imposizione fiscale) introducendo un'inedita assimilazione del conto deposito ai prodotti finanziari. Le nuove norme fiscali introducono, infatti, una tassazione più onerosa per i conti deposito rispetto ai libretti di risparmio (ed ai conti corrente). Per questi ultimi, infatti, come si è visto, quando sono intestati a persone fisiche è prevista una no tax area per depositi inferiori ai € 5.000 e un'imposta fissa, oltre questa soglia, di € 34,20. Per i conti deposito, invece, è prevista un'imposta proporzionale e, in ogni caso, un importo minimo di € 34,20 applicabile a prescindere dall'entità del deposito.

A tal proposito l'Autorità ha evidenziato alcune distorsioni concorrenziali che potrebbero conseguire all'applicazione di tale differenziazione. In primo luogo l'applicazione di una tassazione differente per i libretti di risparmio e per i cosiddetti conti deposito non appare giustificata alla luce del fatto che i due prodotti presentano la stessa funzione giuridica e la medesima finalità economica, differenziandosi esclusivamente per il supporto cartaceo nel quale vengono effettuate le annotazioni dei movimenti (articolo 1835 c.c.). Allo stesso tempo introdurre una no tax area per i libretti di risparmio e per i conti corrente, escludendola per i conti deposito, determina per quest'ultimo prodotto un ingiustificato svantaggio concorrenziale e rischia di creare una differenziazione tra prodotti equivalenti con conseguente freno allo sviluppo del conto deposito, il quale rappresenta uno strumento di risparmio innovativo e competitivo all'interno del settore bancario.

#### *PAGAMENTI ALLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE MEDIANTE L'UTILIZZO DI CODICI BANCARI IDENTIFICATIVI*

Nel novembre 2012 l'Autorità ha formulato alcune osservazioni, ex articolo 21 della legge 287/90, in merito all'articolo 15 del decreto-legge 18 ottobre 2012 n. 179 recante "Ulteriori misure urgenti per la crescita del Paese" (decreto-legge Crescita 2) che ha modificato l'articolo 5 del decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82 (Codice dell'Amministrazione digitale), inserendo alcune previsioni idonee a determinare restrizioni concorrenziali nel mercato dei servizi di pagamento e, nel contempo, ad arrecare un pregiudizio sensibile ai consumatori.

L'Autorità è, infatti, intervenuta più volte per sottolineare l'importanza, sotto il profilo concorrenziale, del fatto che le Pubbliche Amministrazioni consentano ai cittadini il pagamento delle somme loro dovute

attraverso molteplici sistemi alternativi ai bollettini di conto corrente postale come, ad esempio, il MAV, il pagamento con bonifico (rendendo disponibile l'IBAN del conto corrente dell'amministrazione), il pagamento presso reti alternative, il pagamento on line con carte di credito ed altri mezzi di pagamento presenti sul mercato. In coerenza con quanto più volte segnalato dall'Autorità, l'articolo 6-ter del decreto-legge 9 febbraio 2012, n. 5, convertito, con modificazioni, in legge 4 aprile 2012, n. 35 (decreto-legge semplificazione) aveva modificato l'articolo 5, comma 1, del Codice dell'Amministrazione digitale inserendo l'obbligo, per le Pubbliche Amministrazioni, di *“pubblicare nei propri siti istituzionali e sulle richieste di pagamento i codici identificativi dell'utenza bancaria sulla quale i privati possono effettuare i pagamenti mediante bonifico e specificare i dati e i codici da indicare obbligatoriamente nella causale di versamento”*. Tale norma costituiva un sensibile passo avanti sia per la modernizzazione dei sistemi di pagamento della Pubblica Amministrazione, sia per favorire la concorrenza tra i sistemi di pagamento. In quest'ottica l'obbligo di rendere disponibili i codici IBAN favoriva la possibilità di effettuare i pagamenti mediante bonifico, lasciando all'utente la possibilità di scegliere lo strumento più comodo ed efficace per le sue esigenze.

L'articolo 15 del decreto-legge Crescita 2 ha ulteriormente modificato, peggiorandolo, il predetto articolo 5 del Codice dell'Amministrazione digitale rendendo l'indicazione del codice IBAN del conto di pagamento sostituibile con l'indicazione degli *“identificativi del conto corrente postale sul quale i soggetti versanti possono effettuare i pagamenti mediante bollettino postale”*.

L'inserimento della possibilità di sostituire l'indicazione dell'IBAN con il codice di conto corrente postale per consentire il pagamento con bollettino rischia di produrre l'effetto opposto a quello che sarebbe auspicabile al fine di implementare la concorrenza e agevolare i pagamenti da parte dell'utenza. Se le Pubbliche Amministrazioni possono scegliere tra le due forme di pagamento (bonifico o bollettino di conto corrente postale) le stesse sarebbero, infatti, autorizzate a riadottare (o mantenere), come unica forma di pagamento, il bollettino postale, annullando così il percorso finora compiuto verso l'offerta di più modalità di pagamento dei debiti verso la Pubblica Amministrazione. Ciò determinerebbe un grave danno sia per i concorrenti di Poste Italiane nel mercato dei sistemi di pagamento, sia per gli utenti, costretti nuovamente a subire un sistema di pagamento scomodo e costoso quale il bollettino di conto corrente postale senza avere la possibilità di scegliere.

Per quanto precede, l'Autorità auspica che si possa eliminare la sostituibilità del codice IBAN con il codice di conto corrente postale al fine di favorire l'adozione di molteplici strumenti di pagamento per i crediti dovuti dai cittadini alla Pubblica Amministrazione.

## Servizi professionali

### NUOVA DISCIPLINA DELL'ORDINAMENTO DELLA PROFESSIONE FORENSE

Nell'agosto 2102, l'Autorità ha inviato al Presidente del Senato, al Presidente della Camera, al Presidente del Consiglio dei Ministri e al Ministro della Giustizia un parere ai sensi dell'articolo 22 della legge 287/90 in merito a taluni profili di problematicità della proposta di legge recante “Nuova disciplina dell'ordinamento della professione forense” (AC 3900), nel testo licenziato, l'11 giugno 2012, dalla Commissione Giustizia della Camera. La proposta di legge riprendeva, con alcune modifiche, il disegno di legge presentato al Senato nel luglio 2009, già oggetto della segnalazione dell'Autorità AS602 “Riforma della professione forense” del 18 settembre 2009.

L'Autorità ha in particolare evidenziato come alcune disposizioni della proposta di legge sembravano reintrodurre ingiustificate misure limitative della concorrenza tra professionisti, già superate dai più recenti interventi legislativi di riforma.

In particolare, in merito all'introduzione del nuovo titolo di “specialista”, l'Autorità, in linea con quanto già rilevato nella segnalazione AS602/09, ha evidenziato che, se il titolo in questione poteva costituire un elemento di differenziazione verticale dei servizi professionali, rappresentando uno strumento utile per la scelta del servizio professionale da parte dell'utente, tuttavia l'introduzione di tale titolo, qualora il conseguimento dello stesso non fosse stato correlato esclusivamente all'effettiva esperienza professionale del professionista nel campo specifico, rischiava di determinare una segmentazione artificiale del mercato. In tal senso, l'Autorità ha manifestato preoccupazione per il fatto che nella proposta il rilascio del titolo era subordinato a verifiche che non risultavano sempre fondate sull'accertamento dell'esperienza professionale effettiva, essendo richiesti, per i professionisti con anzianità di iscrizione all'albo da 1 a 3 anni, la frequenza dei corsi di formazione e l'esame finale e, per i professionisti con anzianità di iscrizione all'albo da 3 a 20 anni, soltanto l'esame finale.

In tema di pubblicità dei servizi legali, il progetto riproponeva, all'articolo 10, la previsione del disegno di legge già oggetto della citata segnalazione AS602/09, ponendosi, peraltro, in contrasto con la disciplina vigente in materia di pubblicità dei servizi professionali contenuta nell'articolo 2, comma 1, lettera b) del decreto-legge n. 223/2006, che ha abrogato tutte le disposizioni legislative e regolamentari che ponevano divieti, anche parziali, alla diffusione della pubblicità informativa dei professionisti senza restrizione con riguardo ai mezzi di diffusione, come previsto espressamente, di recente, dall'articolo 3, comma 5, lettera g) del decreto-legge n. 138/2011. Al riguardo, l'Autorità ha rilevato che l'articolo 10 utilizzava l'equivoca espressione di “informazioni sull'esercizio della professione”, piuttosto che la corretta espressione di pubblicità, prevedendo che “è consentito all'av-

*vocato dare informazioni sul modo di esercizio della professione purché in maniera veritiera, non elogiativa, non ingannevole e non comparativa*” (comma 1). Oltre ai divieti riportati, venivano fissati ulteriori criteri cui l’attività pubblicitaria diffusa dagli avvocati avrebbe dovuto conformarsi. Era previsto, inoltre, che *“il CNF determina i criteri concernenti le modalità dell’informazione e della comunicazione”* (comma 3).

In linea con il consolidato orientamento dell’Autorità, si è osservato in primo luogo come l’utilizzo dell’espressione *“informazione”* ovvero *“comunicazione”* in luogo del termine *“pubblicità”* poteva ingenerare dei dubbi circa la possibilità per il professionista di ricorrere allo strumento pubblicitario per la promozione della propria attività, disincentivando in tal modo l’uso di un’importante leva concorrenziale. Inoltre, la disciplina sopra esposta risultava ingiustificatamente restrittiva della concorrenza, nella misura in cui, vietando il ricorso alla pubblicità comparativa, l’utilizzo di toni elogiativi ed enfatizzando la finalità della tutela dell’affidamento della collettività oltre al rispetto del prestigio della professione, riduceva lo spazio entro cui poteva essere utilizzato lo strumento pubblicitario. Infine, l’Autorità ha ritenuto inopportuna la previsione di un intervento del CNF nella determinazione dei criteri concernenti le modalità della pubblicità degli avvocati, essendo il controllo sull’attività pubblicitaria dei professionisti, svolto in via generale dall’Autorità ai sensi del decreto legislativo 6 settembre 2005, n. 206 e del decreto legislativo 2 agosto 2007, n. 145.

In ordine al regime del compenso, l’Autorità ha osservato che l’articolo 13 della proposta di legge, rubricato *“Conferimenti dell’incarico e tariffe professionali”* - oltre ad essere in contrasto, con riferimento ad alcuni aspetti, con l’articolo 9 del decreto-legge n. 1/2012, destava forti perplessità dal punto di vista concorrenziale. Tale articolo, infatti, dopo aver sancito in generale il principio di libera determinazione del compenso, prevedeva che *“in caso di mancata determinazione consensuale [...] il compenso del professionista è determinato con riferimento a parametri stabiliti ogni due anni con decreto del Ministro della giustizia sentito il CNF”*. Parametri che l’articolo 9, comma 2, del decreto-legge n. 1/2012 prevedeva esclusivamente per la liquidazione giudiziale del compenso del professionista e che vengono stabiliti con decreto del Ministro vigilante, ma senza l’intervento del CNF.

L’Autorità ha ritenuto che la disposizione presentava profili di incompatibilità con i consolidati principi concorrenziali in materia di tariffe. La proposta di legge, infatti, ripristinava in sostanza il rispetto di prezzi uniformi, atteso che i parametri ministeriali si prestavano ad essere interpretati dai professionisti di fatto come *“tariffe”* da cui non discostarsi nella definizione dei compensi, con il rischio di vanificare, peraltro, la liberalizzazione dei servizi professionali effettuata dall’articolo 9, comma 1, del decreto-legge n. 1/2012 che ha abrogato le tariffe delle professioni regolamentate.

Con riguardo al regime delle incompatibilità, la proposta in esame ne ampliava in sostanza la portata e dettava, all'articolo 18, la medesima disciplina, prevista nel disegno di legge e già oggetto della citata segnalazione AS602/09.

In merito, l'Autorità ha richiamato quanto già rilevato nella suindicata segnalazione, secondo cui la disciplina dell'esercizio delle attività professionali, per essere coerente con i principi di concorrenza, richiedeva l'eliminazione di tutte le incompatibilità non necessarie e non proporzionate rispetto agli obiettivi che con le stesse si intendono perseguire. In questa ottica, non risultavano necessarie né proporzionali, rispetto alla garanzia dell'autonomia degli avvocati o alla tutela dell'integrità del professionista, le incompatibilità a svolgere altre attività di lavoro autonomo o dipendente, anche *part-time*, né appariva giustificata l'imposizione del limite all'iscrizione degli avvocati in altri albi professionali, posto che, in base al principio di responsabilità professionale specifica, l'avvocato, ove svolga attività forense, deve conformarsi alla relativa disciplina. Eventuali situazioni di conflitto di interesse derivanti dallo svolgimento di diverse attività professionali potevano essere risolte con la previsione di strumenti proporzionati, meno restrittivi della libertà di iniziativa economica, quali, ad esempio, le regole di correttezza professionale e i conseguenti obblighi di astensione dallo svolgimento delle attività in conflitto.

124

Infine, quanto al tirocinio, le nuove misure previste dalla proposta di legge irrigidivano la scelta di chi voleva intraprendere la carriera forense, prevedendo nuovi ostacoli e limitazioni per lo svolgimento del tirocinio. Date le caratteristiche del tirocinio, volto all'acquisizione delle conoscenze pratiche relative all'esercizio della professione, l'Autorità ha ritenuto non fosse necessario subordinare lo svolgimento dello stesso durante il corso universitario alla stipula di accordi-quadro tra i Consigli degli Ordini e il MIUR. La proposta di legge introduceva poi oneri ingiustificati a carico del praticante, quali la previsione secondo cui l'interruzione del periodo di tirocinio per più di sei mesi avrebbe reso inefficace tutto il periodo di tirocinio precedentemente svolto, il limite di tre praticanti per avvocato e i vincoli all'attività propria del tirocinante ingiustificatamente limitata alla sostituzione dell'avvocato affidatario.

Inoltre, l'Autorità ha ritenuto che la previsione dell'obbligatorietà dei corsi e del superamento dell'esame finale degli stessi avesse l'effetto di rendere assai rigido il tirocinio, riducendo le possibilità di scelta di chi intende accedere alla professione; al contrario, la frequenza dei corsi, se resa solo facoltativa, potrebbe essere valorizzata come titolo di valutazione ai fini del tirocinio.

### **Servizi pubblici locali**

L'Autorità ha svolto una generale attività di monitoraggio sulle principali criticità concorrenziali caratterizzanti i settori dei servizi pubblici locali beneficiando di competenze sviluppatesi in applicazione, già dalla metà del 2011, dell'articolo 4 della legge 14 settembre 2011, n. 148 (di conversione

del decreto-legge 13 agosto 2011, n. 138 “*Ulteriori misure urgenti per la stabilizzazione finanziaria e per lo sviluppo*”).

La norma, dichiarata incostituzionale con sentenza della Corte Costituzionale del 20 luglio 2012, n. 199, prevedeva all'articolo 4 che ciascun ente locale, nel rispetto dei “*principi di concorrenza, di libertà di stabilimento e di libera prestazione dei servizi*”, avrebbe dovuto 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*”, 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*”. Il comma 4 dello stesso articolo prevedeva che la verifica fosse inviata all'Autorità per il rilascio di un parere obbligatorio da rendere entro sessanta giorni, in merito all'esistenza di ragioni idonee e sufficienti all'attribuzione di diritti di esclusiva<sup>40</sup>.

L'esperienza dell'Autorità, maturata in applicazione dell'articolo 4 del decreto-legge 138/2011 citato, ha consentito di evidenziare numerose criticità concorrenziali che influiscono pesantemente sulle *performance* dei principali settori coinvolti (Trasporto pubblico locale, gestione dei rifiuti urbani, gestione delle aree di sosta, illuminazione pubblica).

Le principali distorsioni di carattere concorrenziale in materia di SPL si rinvencono già nelle fasi iniziali di programmazione dei servizi, con riferimento alla definizione degli ambiti/bacini territoriali ottimali e degli oneri di servizio pubblico, il più delle volte orientate a confermare gli assetti gestionali esistenti piuttosto che al conseguimento di economie di scala o di differenziazione. Tale *modus operandi* cela, il più delle volte, l'intento evidente di ridurre ingiustificatamente la platea dei potenziali operatori concorrenti a vantaggio dell'operatore *incumbent*.

In altri casi, non meno frequenti, l'esperienza dell'Autorità ha dimostrato che l'estensione ingiustificata dei diritti di esclusiva concessi ai soggetti affidatari dei SPL anche a settori merceologici esclusi *ex lege* dall'ambito della privativa pubblica ha ostacolato la liberalizzazione di alcune attività e attribuito ai gestori *incumbent* vantaggi concorrenziali ingiustificati. Emblematiche, a tale proposito, sono le distorsioni riconducibili alla prassi dell'“*assimilazione*”, invalsa nel settore della gestione dei rifiuti urbani, che ha ostacolato drasticamente il processo di liberalizzazione delle attività legate alla gestione dei rifiuti speciali.

<sup>40</sup> Articolo 4 del decreto-legge 13-8-2011 n. 138 “*Ulteriori misure urgenti per la stabilizzazione finanziaria e per lo sviluppo*”, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale 13 agosto 2011, n. 188 nella versione vigente alla data della sentenza della Corte Costituzionale.

Un ulteriore aspetto è rappresentato da tutte le ipotesi in cui la distorsione concorrenziale è direttamente riconducibile all'utilizzo improprio dell'istituto dell'affidamento diretto, secondo il modello dell'*in house providing*. Tale modalità di gestione dei servizi è ancora estremamente diffusa sul territorio nazionale, con *performance* tutt'altro che incoraggianti.

### Società strumentali

L'articolo 4, comma 3, del decreto-legge 6 luglio 2012, n. 95 convertito dalla legge 7 agosto 2012, n. 135, "*Misure urgenti per la crescita del Paese*", prevede che l'Autorità si esprima, con parere vincolante, sulla relazione e contestuale indagine di mercato trasmessa dalle amministrazioni a sostegno dell'eventuale intenzione di mantenere in vita le società *in house* che erogano servizi strumentali. I commi 1-3 dell'articolo 4 citato prevedono che le amministrazioni procedano allo scioglimento o, in alternativa, alla privatizzazione di società partecipate, direttamente o indirettamente, qualora il fatturato delle citate società sia costituito per oltre il 90% da prestazioni di servizi alla pubblica amministrazione. Tale obbligo non trova applicazione nell'ipotesi in cui, a causa delle peculiari caratteristiche economiche e sociali, ambientali e geo-morfologiche del contesto, anche territoriale, di riferimento, non sia possibile per l'amministrazione controllante un efficace e utile ricorso al mercato. In tale ipotesi, l'amministrazione predisponde un'analisi di mercato e trasmette una relazione sugli esiti di tale analisi all'Autorità ai fini dell'acquisizione del parere vincolante, che deve essere reso entro 60 giorni dalla ricezione della relazione.

Nei casi sinora trattati dall'entrata in vigore della norma, l'Autorità ritenuto di rendere parere negativo in tutti i casi in cui le amministrazioni non hanno dimostrato la sussistenza delle peculiarità tali da giustificare il mancato ricorso al mercato. In particolare, l'Autorità ha evidenziato un difetto di analisi nei casi in cui l'impossibilità di ricorrere al mercato non è fondata sull'esito di una consultazione del mercato, preceduta da un'adeguata pubblicizzazione, finalizzata a verificare l'eventuale presenza di operatori in grado di offrire i servizi in questione e di rispondere pertanto alle esigenze delle amministrazioni interessate.

Al fine di agevolare le amministrazioni soggette all'obbligo di legge nei casi in cui esse ritengano sussistenti i presupposti per la deroga di cui al citato articolo 4, comma 3 del decreto-legge 95/2012, e intendano quindi richiedere il relativo parere vincolante dell'Autorità, quest'ultima ha adottato una Comunicazione sulle procedure applicative dell'articolo 4, comma 3 del decreto-legge 6 luglio 2012, n. 95 convertito nella legge 7 agosto 2012, n. 135, che illustra le esigenze informative da assolvere ai fini del rilascio del parere stesso.

### Interventi ai sensi dell'articolo 21-bis della legge 287/90

L'articolo 35 del decreto-legge 6 dicembre 2011, n. 201 recante “*Disposizioni urgenti per l'equità, la crescita e il consolidamento dei conti pubblici*”, convertito, con modificazioni, nella legge 22 dicembre 2011, n. 214 (cosiddetto decreto salva-Italia) è, come noto, intervenuto sugli strumenti a disposizione dell'Autorità nell'attività di contrasto delle restrizioni della concorrenza riconducibili ad atti amministrativi. Per effetto di tale disposizione, infatti, la legge 287/90 è stata arricchita con l'introduzione dell'articolo 21-bis, a norma del quale all'Autorità è riconosciuta la legittimazione ad impugnare gli atti amministrativi che determinano violazioni delle norme a tutela della concorrenza e del mercato.

Più precisamente, ai sensi dell'articolo 21-bis della legge 287/90, l'Autorità può emettere un parere motivato in relazione ad “*atti amministrativi generali, regolamenti e provvedimenti amministrazione*” che determinano distorsioni della concorrenza (nel termine di 60 giorni, decorrenti dalla pubblicazione dell'atto o, per gli atti non soggetti a pubblicazione, dalla conoscenza dello stesso). Ove, trascorsi 60 giorni dal ricevimento del parere motivato, l'amministrazione che ne è destinataria non dà seguito alle indicazioni ivi contenute, l'Autorità ha il potere di impugnare l'atto dinanzi al giudice amministrativo, per il tramite dell'Avvocatura dello Stato, entro i successivi 30 giorni.

L'Autorità ha prontamente dato attuazione a questa nuova prerogativa, cogliendo da subito le potenzialità dello strumento in termini di rafforzamento dei propri poteri di intervento sugli atti della P.A. idonei a restringere o a ostacolare il confronto competitivo tra operatori economici. Ad un anno dall'entrata in vigore della norma, peraltro, la prassi applicativa dell'articolo 21 bis ha consentito di compiere talune scelte interpretative, tra l'altro connesse all'individuazione dei soggetti destinatari della norma e, quindi, alla nozione di pubblica amministrazione e alle modalità procedurali con cui proporre l'impugnativa. Inoltre, l'esperienza maturata permette di assumere posizione in merito ad alcune questioni cruciali, rispetto alle quali già i primi commentatori della riforma avevano evidenziato i possibili dubbi interpretativi.

In particolare, quanto alla possibilità di impugnare l'atto amministrativo restrittivo della concorrenza, in assenza della previa trasmissione di un parere all'ente da cui promana al fine di rappresentare le restrizioni riscontrate, l'Autorità ritiene che valutazioni di carattere pragmatico, sorrette peraltro dalla lettera dell'articolo 21 bis, inducano a legittimare, in taluni casi specifici, l'*impugnazione diretta* degli atti. Tale ipotesi interpretativa, condivisa anche da parte della dottrina, muove soprattutto dall'esigenza di poter all'occorrenza adire d'urgenza il giudice, in particolare in quei casi in cui la misura cautelare rappresenta l'unico strumento idoneo a garantire l'efficacia dell'impugnativa (ad esempio, per i ricorsi aventi ad oggetto bandi di gara o atti di aggiudicazione). Si consideri, peraltro, che il rinvio dell'articolo 21 bis,

comma 3 al codice del processo amministrativo è effettuato, tra le altre, proprio alle disposizioni che disciplinano il rito abbreviato per le tipologie di atti amministrativi da ultimo richiamati (articoli 120 ss. c.p.a.).

Nel corso del 2012 l'Autorità ha emesso 18 pareri ed ha intentato 4 ricorsi dinanzi ai giudici amministrativi competenti per territorio, ai sensi dell'articolo 21-*bis*. Tutti i pareri adottati sono stati pubblicati sul Bollettino dell'Autorità dopo averne dato comunicazione all'amministrazione interessata.

Uno dei ricorsi citati è stato intentato dinanzi al TAR del Lazio senza previa trasmissione all'amministrazione interessata del parere relativo alla delibera impugnata<sup>41</sup>.

La gran parte degli interventi menzionati è stata avviata a seguito di segnalazione. Le segnalazioni sono quasi sempre pervenute all'Autorità nel termine di 60 giorni decorrente dalla data di pubblicazione dell'atto o dalla effettiva conoscenza dello stesso (nel caso di atti non soggetti a pubblicazione).

Gli atti oggetto di intervento sono stati i più vari: delibere di giunta o di consiglio comunale, provinciale o regionale<sup>42</sup>; bandi di gara e lettere di invito<sup>43</sup>; decreti ministeriali<sup>44</sup>; determine e decreti dirigenziali<sup>45</sup>; dinieghi di autorizzazioni o concessioni<sup>46</sup>. Nell'ambito di questi casi si registra anche un bando di gara pubblicato su GUCE<sup>47</sup> e una deliberazione dell'Osservatorio sulle attività di autotrasporto<sup>48</sup>.

Nella quasi totalità dei casi il soggetto destinatario del parere è stato una pubblica amministrazione in senso stretto (riconducibile, cioè, alla nozione di cui all'art. 1, comma 2, d.lgs. 165/2001)<sup>49</sup>; soltanto in un caso la nozione di P.A. è stata interpretata ed applicata in modo estensivo, in quanto

<sup>41</sup> S1621 - Ingresso ZTL operatori NCC nel Comune di Roma. Nel caso di specie, la problematica concorrenziale sottoposta all'attenzione del giudice era già stata oggetto di due segnalazioni dell'Autorità, effettuate in relazione alla legge regionale da cui la delibera traeva fondamento, nonché di un'ulteriore segnalazione relativa ad una precedente delibera del Comune di Roma che presentava le medesime criticità dal punto di vista *antitrust* della delibera oggetto di impugnativa.

<sup>42</sup> AS958 - Deliberazione della Giunta provinciale di Rieti, avente ad oggetto il rinnovo della concessione di esercizio di un impianto di seggiovia; AS975 - deliberazione del Comune di Roseto degli Abruzzi volto ad estendere concessioni demaniali marittime.

<sup>43</sup> AS908 - Lettera di invito per una gara relativa a pezzi di ricambio per autobus.

<sup>44</sup> AS977 - Decreto del Ministero del lavoro di fissazione delle tariffe di facchinaggio nella provincia di Cremona.

<sup>45</sup> AS997 - Delibera della Giunta regionale della Campania concernente un "contratto ponte" di servizio pubblico; AS941 - Circolare sui turni delle farmacie adottata da più uffici competenti della Regione Puglia e inviata alle Asl e all'Ordine dei farmacisti; AS986 - decreto dirigenziale in tema di servizi di trasporto ferroviario di passeggeri.

<sup>46</sup> AS/990 - Diniego di rilascio di concessione da parte della Capitaneria di porto di Milazzo ad una società di rimorchiatori.

<sup>47</sup> AS926 - Gara TPL della Regione Molise.

<sup>48</sup> AS913 - Deliberazione avente ad oggetto i costi minimi di esercizio per l'attività di autotrasporto di merci per conto di terzi.

<sup>49</sup> "Per amministrazioni pubbliche si intendono tutte le amministrazioni dello Stato, ivi compresi gli istituti e scuole di ogni ordine e grado e le istituzioni educative, le aziende ed amministrazioni dello Stato ad ordinamento autonomo, le Regioni, le Province, i Comuni, le Comunità montane, e loro consorzi e associazioni, le istituzioni universitarie, gli Istituti autonomi case popolari, le Camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura e loro associazioni, tutti gli enti pubblici non economici nazionali, regionali e locali, le amministrazioni, le aziende e gli enti del Servizio sanitario nazionale, l'Agenzia per la rappresentanza negoziale delle pubbliche amministrazioni (ARAN) e le Agenzie di cui al decreto legislativo 30 luglio 1999, n. 300".

il soggetto destinatario del parere è stata una società per azioni a totale partecipazione pubblica<sup>50</sup>.

L'Autorità ha contestato l'illegittimità degli atti individuando i principi rilevanti per la tutela della concorrenza e del mercato che, nel caso concreto, sono stati considerati lesi a opera dall'atto amministrativo al suo esame.

In un'occasione la violazione riscontrata ha riguardato la normativa europea in materia di aiuti di Stato, muovendo dalla considerazione che, al fine di evitare distorsioni ingiustificate della concorrenza, l'eventuale compensazione degli obblighi di servizio pubblico concessa alle imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale, non deve eccedere quanto necessario per coprire i costi netti sostenuti dall'impresa per gestire il servizio, compreso un margine di utile ragionevole<sup>51</sup>.

---

<sup>50</sup> Il riferimento è al citato caso AS908, in cui destinataria del parere è stata la società pubblica Cotral Spa.

<sup>51</sup> Cfr. il caso AS997, cit.